

Revista da

CGU

ANO VI - Nº 9
Junho/2011
ISSN 1981-674X

Controladoria-Geral da União

CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR



Controladoria-Geral da União

CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR

Revista da CGU

Brasília, DF
Junho/2011

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU
SAS, Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro
70070-905 - Brasília /DF
cgu@cgu.gov.br

Jorge Hage Sobrinho

Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União

Luiz Navarro de Britto Filho

Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

Valdir Agapito Teixeira

Secretário Federal de Controle Interno

José Eduardo Elias Romão

Ouvidor-Geral da União

Marcelo Neves da Rocha

Corregedor-Geral da União

Mário Vinícius Claussen Spinelli

Secretário de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas

A Revista da CGU é editada pela Controladoria-Geral da União.

Tiragem: 1.500 exemplares

Periodicidade: semestral

Distribuição gratuita da versão impressa

Diagramação e arte: Assessoria de Comunicação Social da CGU

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra desde que citada a fonte.

O conteúdo e as opiniões dos artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores e não expressam, necessariamente, as opiniões da Controladoria-Geral da União.

Revista da CGU / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano VI, n.º 9, Junho/2011. Brasília: CGU, 2011.

128 p. Coletânea de artigos.

1.Prevenção e Combate da corrupção. I. Controladoria-Geral da União.

ISSN 1981- 674X

CDD 352.17

umário

Nota do editor 5

Artigos

A Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016: os desafios para o controle interno 8

Tarcísio Gomes de Freitas e José de Castro Barreto Júnior

Incidência da atuação do conselho de transparência pública e combate à corrupção no processo de accountability federal..... 25

Damásio Alves Linhares Neto e Eveline Martins Brito

A corrupção: conceitos e proposições de luta em vertentes repressiva e preventiva, adaptados à realidade brasileira 39

Bernardo Alvarenga Spadinger

A concessão de assistência jurídica aos agentes públicos – exame da legitimidade 58

Cibely Pelegrino Chagas

Aspectos polêmicos acerca do controle interno..... 73

Gilberto Batista Naves Filho

Vantagens e desvantagens da adesão à ata de registro de preços..... 84

Ana Maria de Farias

Estudo comparado das garantias processuais no âmbito do processo disciplinar e sua proteção na esfera global.....	90
<i>Rodrigo Vieira Medeiros</i>	

Legislação

Atos Normativos	102
Legislação em Destaque	104

Jurisprudência

Julgados recentes do TCU – Súmulas / Acórdãos	108
Julgados recentes de tribunais – Acórdãos	110

Nota do editor

Caro leitor,

A nona edição da Revista da CGU conta com sete artigos inéditos escritos por colaboradores externos ou por servidores da casa, que debatem, analisam ou sugerem medidas de aperfeiçoamento dos métodos e sistemas de controle e estratégias de prevenção e combate à corrupção. Nesta publicação, o leitor encontrará textos técnicos, posições doutrinárias, além de análises sobre políticas anticorrupção.

O primeiro artigo desta edição é “A Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016: os desafios para o controle interno”. Por meio desse trabalho, o autor analisa o papel do controle interno e cita seus desafios na fiscalização da aplicação dos recursos públicos envolvidos na realização dos dois mais importantes eventos esportivos mundiais, que acontecerão no Brasil nos anos de 2014 e 2016.

Também ligado ao tema Controle Interno, o artigo “Aspectos polêmicos do controle interno” de *Gilberto Batista Naves Filho*, traz à baila diversos pontos controversos e questionados pela CGU do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública (APLOAP), elaborado por uma comissão de juristas do mais alto gabarito, nomeados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Em seguida, o leitor da Revista encontrará o artigo intitulado “Incidência da atuação do Conselho de Transparência pública e combate à corrupção no processo de *accountability* federal”. Tal artigo aborda o conceito de *accountability* e a importância da *accountability* para a democracia, e discorre sobre suas limitações no atual cenário político. Em caráter complementar, trata da institucionalização do CTPCC, sua composição e suas atribuições. O objetivo

central do autor é analisar se a atuação do CTPCC incide no processo de *accountability* federal.

No artigo de *Cibely Pelegrino Chagas*, o leitor poderá saber, a partir da disciplina legal sobre o tema, como deve a Administração discernir as situações em que é cabível a defesa institucional do agente público, daquelas em que o patrocínio, em princípio, se mostra vedado, em razão dos indícios de ilegalidade e imoralidade na conduta.

Interessante também é o tema tratado pelo autor *Bernardo Alvarenga Spadinger*, que faz uma síntese dos principais conceitos e abordagens do tema da corrupção assimilados e selecionados pelo autor por ocasião de sua participação no ciclo internacional especializado de administração pública "*La Corruption: Realités Économiques et Moyens de Lutte*" (A Corrupção: Realidades Econômicas e Meios de Luta), realizado em junho de 2010, na França.

Por fim, o leitor ainda terá a oportunidade de analisar os prós e contras da adesão à ata de registro de preços no artigo de Ana Maria de Farias e ler um estudo comparado das garantias processuais no âmbito do processo disciplinar e sua proteção na esfera global, realizado no artigo de *Rodrigo Vieira Medeiros*.

Além dos artigos, o leitor pode ampliar e enriquecer seus conhecimentos com a legislação em destaque, a saber, o Decreto nº 7.221, de 29 de junho de 2010, que dispõe sobre a atuação dos órgãos e entidades da Administração Pública federal durante o processo de transição governamental.

Esperamos que a Revista da CGU continue sendo um instrumento de troca de experiências e fomento a diversas discussões acerca do fenômeno da corrupção, e, assim, possa contribuir para o aperfeiçoamento das atividades de prevenção e combate à corrupção no Brasil.

Boa leitura!

Os editores



rtigos

A Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016: os desafios para o controle interno

Tarcísio Gomes de Freitas, engenheiro civil graduado pelo Instituto Militar de Engenharia, pós-graduado em gerenciamento de projetos pela FGV e Analista de Finanças e Controle da CGU.

José de Castro Barreto Júnior, engenheiro civil graduado no Instituto Militar de Engenharia e Analista de Finanças e Controle da CGU.

1. Introdução

O Brasil vive um momento ímpar em sua história recente. O País, principalmente desde 1999, conseguiu progressos importantes em termos de controle inflacionário (a inflação caiu de 12,2% para menos de 5% ao ano no período), mostra um desempenho razoável nas contas externas, superou, sem maiores problemas, crises financeiras internacionais importantes, como a ocorrida em 2008, tem mantido o equilíbrio fiscal e, mais importante, tem ampliado os investimentos em infraestrutura, o que pode alavancar o crescimento econômico.

O Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) desempenhou papel importante nesse processo, no

que diz respeito à retomada do crescimento econômico e ao combate aos efeitos da crise financeira, com maciços investimentos nos vetores logístico, energético e social urbano. Concebido para proporcionar as condições de retomada de um vigoroso crescimento econômico, teve como objetivo principal a recuperação da infraestrutura brasileira, de modo a aumentar o estoque de capital, proporcionando condições para o crescimento potencial. Além disso, subsidiariamente funcionou como mecanismo anticíclico de atenuação dos efeitos nocivos da crise financeira internacional.

Dentro desse contexto, melhorando ainda mais a perspectiva de crescimento de curto prazo, o Brasil foi

escolhido para sediar os dois mais importantes eventos esportivos do planeta. A Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Essas escolhas elevam o país ao patamar daqueles de tradição esportiva consolidada, visto que, em uma década (2007-2016), o Brasil terá sediado cinco das mais representativas competições esportivas de nível continental e mundial (além da Copa de 2014 e das Olimpíadas de 2016, os XV Jogos Pan-americanos e os III Jogos Parapan-americanos Rio 2007, os V Jogos Mundiais Militares Rio 2011 e a Copa das Confederações de 2013).

Esses megaeventos esportivos podem, seguramente, garantir a promoção do crescimento econômico, estimulando a renovação urbana, melhorias infraestruturais, ampliação do turismo e melhoria da imagem externa. Além dos benefícios econômicos, outros legados são esperados, como a transformação de projetos de formação de atletas em ações permanentes de governo, a incorporação de bens públicos de padrão internacional para o fomento das atividades esportivas, o amadurecimento mercadológico dos clubes e confederações esportivas brasileiras e a melhoria da gestão de ativos esportivos, particularmente das arenas, que poderão se transformar em centro de consumo e entretenimento, aumentando bastante o potencial de geração de receitas.

Para o sucesso dos empreendimentos, no entanto, há um árduo trabalho pela frente. Este envolve o

planejamento do Estado, que deve ser meticuloso e conjugar as prioridades públicas nas áreas de transportes, segurança, saneamento, mobilidade urbana, turismo, educação, saúde e esportes com os interesses privados, buscando a convergência de esforços e a transformação dos altos custos em rentáveis dividendos políticos, econômicos e sociais.

O Controle Interno, visto que grande parte dos recursos para a viabilização desses eventos será financiada pelo Poder Público, seja diretamente por meio de dotações orçamentárias, seja por meio de financiamentos dos bancos de fomento – notadamente o BNDES, aportando recursos do tesouro, e a CAIXA, com recursos do FGTS –, terá um papel fundamental para o sucesso dos eventos.

Para cumprir com seu dever constitucional no que diz respeito ao monitoramento desses eventos, é necessário o planejamento de suas ações de acompanhamento e controle, promovidas mediante ações conjuntas com os outros partícipes, destacadamente os gestores envolvidos, em primeira instância, e também o Ministério Público Federal, o Tribunal de Contas da União e os tribunais de contas dos estados e municípios, por meio de auditorias integradas e adoção de ações coordenadas, tempestivas, preventivas e proativas, que evitem a ocorrência de irregularidades na realização dos programas de governo, principalmente no que diz respeito à realização das despesas.

2. Impactos econômicos e os pressupostos da hierarquização das políticas públicas para fins de controle interno

As diversas ações e investimentos veiculados quase que diariamente pela mídia, muitos dos quais começam a se concretizar, permitem concluir que, em termos de controle interno, não há dúvidas acerca da materialidade. Os investimentos em arenas esportivas, transportes, mobilidade urbana, segurança, hotelaria, mídia, dentre outros, atingem cifras expressivas. Os investimentos aplicados diretamente na organização dos Jogos e da Copa superam a marca dos R\$ 50 bilhões.

Mas além do aspecto da materialidade, cabe identificar a relevância e a criticidade, para fins de hierarquização das políticas públicas com vistas ao controle interno. A hierarquização é a fase do planejamento do Sistema de Controle Interno em que se estabelece a importância relativa de cada política com base nos critérios de materialidade, relevância e criticidade, para que seja possível priorizar as ações integrantes que serão objeto de controle.

A materialidade, portanto, está estampada na magnitude dos orçamentos envolvidos na elaboração dos eventos. A relevância pode ser verificada na análise dos aspectos macroeconômicos e microeconômicos relacionados a eles.

Além dos recursos aplicados diretamente para garantir a infraestrutura necessária à organização dos eventos,

a Copa e as Olimpíadas devem injetar adicionalmente mais de R\$ 120 bilhões na economia brasileira, com a produção em cadeia de efeitos indiretos e induzidos. Projeta-se que, até 2016, o Brasil será alçado ao posto de 5ª maior economia do planeta, superando, entre outros, a Inglaterra e a França. O País deverá movimentar cerca de R\$ 150 bilhões adicionais no período 2010-2016, gerando três milhões de empregos/ano e R\$ 60 bilhões de renda para a população, o que vai impactar, inevitavelmente, o mercado de consumo interno. A arrecadação tributária adicional deve superar os R\$ 18 bilhões, e os eventos devem responder sozinhos por um crescimento do PIB da ordem de 2%.

Os eventos poderão proporcionar um crescimento superior a 50% no fluxo turístico internacional para o Brasil em 2014 e 2016, com redução gradual nos anos subsequentes, porém superiores aos níveis percebidos hoje. O Brasil inteiro, por exemplo, recebe menos turistas anualmente que a cidade de Paris. No período 2010-2016, o número de visitantes estrangeiros deve superar a marca dos três milhões. O fluxo turístico traz consigo uma entrada significativa de divisas, notoriamente direcio-

Os investimentos aplicados diretamente na organização dos Jogos e da Copa superam a marca dos R\$ 50 bilhões.

nadas para os setores de hotelaria, transportes, comunicações, cultura, lazer e comércio varejista. Segundo levantamento da consultoria Ernst & Young, o fluxo turístico induzido direta e indiretamente pela Copa do Mundo seria responsável por receitas adicionais de até R\$ 5,94 bilhões para as empresas brasileiras.

Além disso, por conta do intrincado sistema de repartição tributária e dos efeitos induzidos na economia, os investimentos de R\$ 20 bilhões nas cidades-sede devem impactar os PIBs municipais em R\$ 8 bilhões. Além do impacto sobre a macroeconomia, detalhado até aqui, há o efeito dos eventos sobre um grande número de micro e pequenas empresas e serviços que, certamente, serão fortemente impulsionados, tais como os setores têxteis, de máquinas elétricas, calçados e artefatos de couro, caminhões, ônibus e outros equipamentos de transporte, eletrodomésticos, etc.

Há de se conter, no entanto, o otimismo desmedido. O primeiro aspecto relacionado à criticidade diz respeito à corrupção, chaga que exaure recursos valiosos do PIB, principalmente dos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. A corrupção engloba um leque de práticas que incluem suborno e captura de políticos, fraude corporativa, cartéis, corrupção em redes de fornecimento e transações entre fronteiras.

No Brasil, estamos particularmente vulneráveis à ação dos cartéis, como o do cimento e da side-

rurgia, e dos oligopólios das empresas de construção civil. Essas empresas, graças aos generosos financiamentos do Estado e à infiltração de membros na máquina estatal, cresceram, diversificaram suas atividades e tornaram-se quase inatingíveis, já que destinam vultosas quantias de dinheiro para o financiamento de campanhas. Como contrapartida, recebem obras públicas. As nove maiores empresas do segmento receberam, apenas em contratos públicos, cerca de R\$ 30 bilhões nos últimos três anos. O resultado é claro: certames arranjados e descontos irrisórios em relação aos inchados orçamentos de referência da administração.

Outro aspecto relacionado à criticidade está diretamente ligado ao mecanismo de financiamento dos empreendimentos. Os estádios, por exemplo, serão financiados com recursos do BNDES, por meio do programa Procopa Arenas, que conta com uma dotação de R\$ 4,8 bilhões para financiamento. Essa linha de crédito proporcionará recursos do Tesouro (vide capitalização do banco) a taxas subsidiadas (TJLP mais 0,9% de risco de crédito), para amortização em 15 anos, com três anos de carência. O risco reside na deficiência da análise de condicionantes de projeto, para as quais não há um critério transparente, e no acompanhamento visando os desembolsos, que não levam em consideração o valor agregado por etapa. Na mesma esteira estão os financiamentos da CAIXA para os projetos de mobilidade urbana, dessa vez com recursos do FGTS.

Ademais, cabe destacar que o superaquecimento da atividade econômica, aliado à expansão do emprego e da renda, pode gerar desequilíbrio em termos de balanço de pagamentos e pressões inflacionárias, exigindo das autoridades maior controle da base monetária, com aumento de depósitos compulsórios e taxas de redesconto, além do controle do consumo por meio da taxa de juros, o que repercutirá no déficit público.

Percebe-se, dessa forma, a relação entre os impactos econômicos diretos, indiretos e induzidos e os pressupostos da hierarquização das políticas públicas, ou seja, a materialidade, a relevância e a criticidade, que serão, certamente, mapeados e considerados pelo Sistema de Controle Interno em seu planejamento.

3. Governança, conflitos de interesse, corrupção e gestão de riscos: o que pode dar errado nos eventos

3.1. A governança no setor público e os conflitos de agência

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) define governança como o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre acionistas/cotistas, conselho de administração, auditoria independente e conselho fiscal. As boas práticas de governança têm por finalidade aumentar o valor da socie-

dade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade.

A governança é pautada por princípios e valores, dentre os quais se destacam a ética, a transparência, a equidade, a prestação de contas, o cumprimento das leis e a responsabilidade corporativa. A governança está intimamente ligada aos princípios éticos, constituindo-se, a ética, em sua pedra angular.

3.2. Conflitos de interesse e corrupção: o exemplo da Copa da África do Sul

Antes de analisar como os conflitos de interesse podem surgir no contexto de megaeventos esportivos como a Copa do Mundo e as Olimpíadas, é necessário definir o que vem a ser o conflito de interesse e como ele pode descambar para a corrupção.

Um conflito de interesse ocorre quando um agente público ou uma entidade têm um interesse privado que possa influenciar indevidamente certa decisão pública. Ele pode ser pensado como uma contradição entre os direitos de um servidor público ou entidade e os seus interesses particulares. Quando os conflitos de interesses não são identificados e regulamentados, podem levar à prática da corrupção, entendida como o uso de dinheiro e bens públicos para fins privados.

Tráfico de influência, nepotismo, subornos, propinas e extorsões envolvem conflitos de interesse. No entanto, os conflitos de interesse não devem ser confundidos como com-

portamento corrupto ou antiético. Um conflito de interesse é uma situação fática, em que um servidor pode se ver envolvido sem necessariamente se corromper. Em outras palavras, o conceito de conflito de interesses não se refere necessariamente à prática de irregularidades, embora potencialize a possibilidade de ocorrência.

Visto isso, é oportuno analisar as lições deixadas pela Copa da África do Sul, caracterizada por estouros significativos nos orçamentos, principalmente das arenas, e por várias denúncias de corrupção.

Os relatos produzidos pela Entidade Fiscalizadora Superior sul-africana e por jornalistas investigativos apontam diversas fraudes ao longo da preparação dos jogos.

Inicialmente foi detectada uma sobreposição significativa de desempenho de atividades públicas e privadas, culminando com a utilização da máquina estatal para o atingimento de objetivos comerciais. Após mapeamento, foram identificados 1.678 agentes públicos em funções comissionadas, como membros executivos, gerentes de programas e projetos em departamentos do governo nacional e provincial, que atuavam como diretores ou sócios em empresas e corporações fechadas. Além disso, o espantoso efetivo de 50.223 funcionários comuns foi identificado exercendo funções em diversas companhias.

A maioria dos departamentos governamentais não contava com sistemas para controlar os conflitos de

interesse, tampouco havia segregação de funções, fatos que criaram enorme potencial para a ocorrência de práticas de corrupção. Muitos desses servidores eram responsáveis pela adjudicação das propostas apresentadas nos certames licitatórios promovidos pelo Estado.

Esses fatos levaram o Instituto de Estudos de Segurança, Corrupção e Programa de Governança a advertir, em 2005, que a Copa de 2010 estava em perigo de se tornar um dos principais alvos de corrupção, especialmente por meio das fraudes em processos licitatórios, um dos principais riscos detectados e verificados ao longo da preparação.

Observou-se também o conluio por parte de empresas que, com a anuência das autoridades, conseguiam impor a colocação de cláusulas editalícias que restringiam a competição e limitavam o fornecimento dos serviços a um grupo restrito de empresas, a quem caberia ditar os preços.

Em 2008, o governo sul-africano abriu inquérito para investigar a atuação dos cartéis e a concentração de mercado. O alvo das investigações foi o setor da construção civil, principalmente por causa das propostas multibilionárias (em rands, moeda local) para a construção de estádios de futebol em todo o País.

As preocupações com os aumentos substanciais de custos colocaram sob a mira das autoridades as empresas vencedoras dos certames. Outro aspecto também investigado foi a fixação dos preços do aço pelo

cartel do setor siderúrgico, o que contribuiu para inflacionar o custo da infraestrutura, principalmente das arenas, em pelo menos 20%.

Com relação ao estádio Moses Mabhida, em Durban, o arco de esperança que envolve o estádio pode virar, na opinião de especialistas, símbolo da corrupção e da falta de compromisso público, principalmente no que tange às considerações acerca do legado deixado. Embora Durban tenha apresentado um dos projetos mais modestos de toda a África do Sul, o governo provincial de KwaZulu-Natal patrocinou mudanças no projeto que o tornaram um dos mais caros e de menor probabilidade de obtenção de retornos, ou seja, de difícil viabilidade financeira. Quem auferiu as vantagens do novo estádio, segundo o Instituto de Estudos de Segurança, Corrupção e Programa de Governança, foram grandes empresas de construção e as elites políticas locais. Os custos atuais e futuros são elevados e terão repercussões negativas para os cidadãos mais pobres da cidade.

Analisando os fatos apresentados, há de se considerar os interesses dos diferentes atores envolvidos no processo de construção de uma Copa do Mundo. De um lado, estão os interesses corporativos dos organizadores, a FIFA, e, de outro, o interesse público da nação que hospeda o evento. Isso por si só pode gerar situações de conflito, caso a relação FIFA-Estado não seja conduzida de modo transparente. Entre outros problemas, pesa sobre a FIFA denúncias de falta de transparência na es-

De um lado, estão os interesses corporativos dos organizadores, a FIFA, e de outro o interesse público da nação que hospeda o evento.

colha, ou na imposição, das empresas para o fornecimento de pacotes exclusivos e provisão de outros serviços, no tocante à organização do evento, bem como na localização das arenas, nem sempre as mais adequadas do ponto de vista da sustentabilidade e do legado.

A FIFA, como não poderia deixar de ser, tem amplo poder de barganha para defender as decisões que maximizam seu próprio marketing e rentabilidade. Contudo, se os resultados são prejudiciais para a sustentabilidade financeira dos projetos e de acolhimento legado de desenvolvimento do país, tais decisões são intrinsecamente incompatíveis com o interesse público.

3.3. Gerenciamento de riscos

A história recente da organização de eventos esportivos está repleta de exemplos de problemas que potencialmente poderiam comprometer o sucesso dos empreendimentos.

Estouros nos orçamentos e falta de cumprimento dos prazos estabelecidos são comuns em projetos, embora existam ferramentas para impe-

dir que eles ocorram. Essa será uma das principais tarefas do Sistema de Controle Interno, na condição de aliado dos gestores, na missão de garantir o êxito do que foi planejado.

Podemos detectar casos de estouro de orçamentos na organização dos Jogos Olímpicos de Montreal, em 1976, e de prazos, nos jogos de Atenas, em 2004. No berço dos Jogos Olímpicos, a falta de cadastramento de interferências e sítios arqueológicos atrasou a execução das obras. Várias delas abrigaram eventos ainda incompletas, como o parque aquático, que deveria ser coberto, conforme preconizado no projeto; no entanto, as competições de natação ocorreram expostas aos caprichos do clima.

Analisando o último evento ocorrido, a Copa da África do Sul, é possível listar o que deu errado e usar a experiência no trabalho de levantamento qualitativo e quantitativo dos riscos. As principais ocorrências foram as seguintes:

- Estouro nos orçamentos, atribuído à desvalorização da moeda e à crise financeira internacional. Como visto anteriormente, há outras razões para a elevação dos custos, como a formação de cartéis na indústria da construção civil e na indústria siderúrgica, a sobreposição de funções em agentes públicos que ocupavam postos na iniciativa privada e as cláusulas restritivas dos editais.

- Atraso nas obras – constitui outra patologia típica presente em grandes empreendimentos, em que o esforço de planejamento não foi

suficiente. Tanto nos estádios como na infraestrutura, os problemas com cronograma foram marcantes. Locais de acomodação e treinamento das seleções foram concluídos poucos dias antes do início da competição. Obras importantes de mobilidade urbana não chegaram a ser concluídas.

- Transporte público deficiente – esse foi apontado como um dos principais problemas da Copa. Perdiam-se até três horas em engarrafamentos no trajeto do estádio para os hotéis após as partidas. Havia pouquíssimos ônibus, trens ou metrô, e o transporte público era fundamentalmente executado por vans.

Alguns dos percalços ocorridos na África do Sul podem ocorrer no Brasil, como, por exemplo, a atuação dos cartéis. Em um mercado imperfeito, o excedente do produtor é potencializado à custa da redução de bem-estar dos consumidores. A sociedade como um todo perde, na medida em que os oligopólios alocam recursos produtivos em atividades improdutivas, que asseguram market share por meio de lobbying, propaganda e pressão política. Esse custo de abordagem e captura de patrocinadores engorda os orçamentos das obras públicas, visto que há espaço para isso, dada a reconhecida fragilidade dos projetos de engenharia.

Para se defender dessa falha de mercado, não resta alternativa ao governo senão atuar como agente regulador. A regulação pode ser exercida, entre outras formas, por meio da fixação de preços máximos, lastreados por sistemas de referência, o que vem sendo buscado pelas sucessivas LDOs desde 2002. A LDO

2011, aprovada recentemente pelo Congresso Nacional, estabelece o seguinte no artigo 127:

“Art. 127. Para os fins exclusivos da Lei nº 8.666, de 1993, e da Lei Complementar nº 101, de 2000, o custo global de obras e serviços de engenharia contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de custos unitários ou de suas composições previstas no projeto, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - SINAPI, mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal, e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias - SICRO.”

Busca-se, assim, certo controle sobre os preços das obras e serviços de engenharia, com o intuito de coibir abusos, originados da concentração de mercado. Para tanto, é imperioso que a administração possua um orçamento referencial confiável, definido a partir de um projeto básico de qualidade, e que contenha, conforme determina a Lei nº 8.666/93, no inciso X do artigo 40, critérios de aceitabilidade de preços unitários e preço global, seja qual for o tipo de licitação e regime de execução adotado.

A LDO 2011 inovou ao permitir que, nas contratações por preço global, seja admitida a variação de preços unitários para mais e para menos, desde que o preço global

seja igual ou inferior à referência construída pela administração. O dispositivo encerra um argumento extremamente razoável que deveria privilegiar empresas que tenham um diferencial competitivo em determinado serviço, seja pela tecnologia empregada que assegura maiores produtividades, seja pelo setor de compras, seja pelo planejamento logístico. No entanto, em um mercado imperfeito, em que predomina o oligopólio, poder-se-á assistir à repartição das obras validadas por falsos certames licitatórios, em que o desconto obtido será irrisório em relação ao orçado pela administração, e acima do valor justo.

Não se pode perder de vista o previsto no artigo 47 da Lei nº 8.666/93, que estabelece a necessidade, para a execução de obras e serviços, quando adotada a modalidade de execução de empreitada por preço global, de que a Administração forneça obrigatoriamente, junto com o edital, todos os elementos e informações necessários para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preço com total e completo conhecimento do objeto da licitação.

Além dos riscos citados, há o risco da ineficiência econômica. A opção do Brasil por sediar a Copa do Mundo representa uma decisão de arcar com investimentos significativos, fazendo uso de recursos públicos e privados que poderiam ser destinados a outros fins – escolas, hospitais, distribuição de renda, quitação de déficit, etc. Esse trade-off carrega consigo um custo implícito, o custo de oportunidade.

Reverendo o histórico do investimento público no Brasil, podemos identificar diversas causas frequentes de ineficiências:

- Realização de orçamentos deficientes ou equivocados;
- Falta de precisão na caracterização da obra ou do objeto licitado;
- Readequações devido a erros ou omissões nos projetos iniciais;
- Readequações devido a obras mal executadas;
- Custos devidos aos atrasos e interrupções nas obras (horas extras, licitações emergenciais por desídios administrativos, obras refeitas devido a deteriorações – como exemplo, podemos citar o caso dos Jogos Pan-americanos);
- Custos devidos a distorções no ambiente macroeconômico, cambial ou financeiro.

Com exceção da última, todas essas modalidades de ineficiência podem ser prevenidas por meio da aplicação judiciosa dos princípios da gestão pública – licitações bem planejadas e realizadas, utilização de expertise técnica e, principalmente, ações abrangentes e ininterruptas de acompanhamento e controle, papel desempenhado, entre outros órgãos, pela Controladoria-Geral da União.

4. Desafios impostos ao Sistema de Controle Interno

4.1. O desafio da transparência e o combate à corrupção

A transparência é um fator crítico de sucesso, para diminuir a probabi-

lidade de ocorrência de irregularidades. Os processos licitatórios devem transcorrer com mais altos níveis de transparência e abertura. Uma das medidas, já estabelecida em lei, é permitir o acesso do público ao corpo do processo. A ampla publicidade fomenta o controle social e legitima as ações do governo.

Ciente da importância da transparência para o controle social e o combate à corrupção, a Controladoria-Geral da União (CGU) desdobrou em três o já consagrado Portal da Transparência. Surgiram dois portais exclusivos, um destinado ao acompanhamento e publicidade das ações relacionadas à Copa de 2014, e outro para divulgação das ações relativas à organização dos Jogos Olímpicos.

Assim, a sociedade em geral, os Tribunais de Contas e os governos contam com um valioso instrumento para exercer a fiscalização dos gastos por todos os interessados. É um desafio e também mais um legado dos eventos, este de grande valor institucional.

Para viabilizar os portais, foram assinados pelo Presidente da República dois decretos. O Decreto nº 7.033, de 15 de dezembro de 2009, que dispõe sobre a divulgação, por meio do Portal da Transparência do Poder Executivo Federal, de dados e informações relativos aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; e o Decreto nº 7.034, de 15 de dezembro de 2009, que trata dos dados e informações relativos à Copa do Mundo. Para regulamentar esses

decretos, a CGU expediu duas portarias acerca da ampla transparência para as ações relacionadas aos eventos, a Portaria nº 571 e a Portaria nº 572, ambas de 22 de março de 2010.

O grande mérito dos portais é permitir o acompanhamento por cidade-sede das ações, sejam elas construção de arenas, sejam de mobilidade urbana ou outras, visualizando o avanço físico, os desembolsos financeiros, as fontes de financiamento, etc. Além disso, o usuário contará com a legislação relacionada aos eventos cronologicamente disposta para consulta.

Mas é preciso avançar. Avançar na direção de criar mecanismos jurídicos de afetação do patrimônio pessoal dos envolvidos em corrupção, além de agilizar sua responsabilização criminal; e regulamentar a lei de licitações, no sentido de impor a apresentação de projetos de melhor qualidade à administração.

4.2. O desafio de controlar custos

Apesar do tempo decorrido desde sua criação, o sistema SINAPI, consagrado pelas últimas LDOs como referência de custos para o Governo Federal, apresenta várias vulnerabilidades, dentre as quais se destacam o limitado número de insumos realmente pesquisados (a maioria dos preços se dá por correlação), a falta de um manual de metodologia e conceitos, a desconsideração do desconto obtido em função da economia

de escala, a falta de informações em serviços empregados em obras de maior porte, a não contemplação de insumos e serviços de uma série de empreendimentos tais como os hidrovias, os ferroviários, arenas esportivas, dentre outras, além da facilidade de inserção de composições nos bancos de dados regionais.

Assim, tendo em vista a fragilidade e mesmo a inexistência dos projetos, as deficiências dos sistemas de referência utilizados pelo governo e as mudanças introduzidas no controle de preços pela LDO 2011, cujo foco passa a ser mais do que nunca o preço global, é necessário investigar formas de construir boas estimativas de preço, ainda que de forma preliminar, que sirvam de direcionadores de custos para análises de viabilidade e alocação de recursos.

Para contrapor a falta de dados e a incompletude dos projetos e proporcionar uma estimativa de custos mais precisa, a fim de fornecer aos gestores e ao controle a correta noção do custo global do empreendimento, propõe-se a utilização das estimativas paramétricas, desde que não haja possibilidade de compor os custos analiticamente. Estimativa de custo paramétrica é um método que utiliza relações matemáticas e técnicas estatísticas, relacionando dados históricos das variáveis em análise, para calcular a estimativa de custo das atividades do projeto.

Tais relações estabelecem uma ligação entre determinado custo e uma característica técnica do produto, de tal forma que o parâmetro técnico seja de uma ordem que caracterize de modo claro o produto em estudo e também mantenha uma boa correlação estatística com o custo a ser estimado dentro da relação paramétrica que o utiliza. As características que definem o custo a ser estimado, como, por exemplo, a área do pavimento tipo ou a área global da construção, são denominadas de direcionadores de custo (PARISOTTO, 2003).

Um método paramétrico que pode ser utilizado, segundo Barbosa et al. (2007), é o uso de curvas de regressão ou curvas de aprendizado, que requer dados disponíveis para uma boa correlação; ou seja, a dispersão deve ser tal que a curva de regressão que dita a tendência possa projetar fielmente a variável dependente, no caso, o custo com grau de confiança aceitável. A função de aprendizagem costuma ser representada na forma de uma função potencial, em que o custo por unidade de produto depende da experiência acumulada em seu processo construtivo, sendo expresso por:

$$(1) Y = KX^n$$

Onde Y é o custo do X-ésimo produto, K o custo associado ao primeiro produto, e n é o parâmetro medindo a extensão da aprendizagem em função do tempo, ou, em outras palavras, a redução do custo para cada replicação da produção acumu-

lada. A curva representando essa função, normalmente conhecida como aprendizagem da produção, tem a forma de decréscimo exponencial, pois a redução do custo, com o tempo, vai se aproximando de um limite mínimo que não pode mais ser reduzido.

As estimativas paramétricas podem ser muito úteis para obtenção, com precisão razoável, do custo de empreendimentos para os quais não se disponha do projeto completo ou para as quais não haja referências dentro dos sistemas adotados pelo Governo Federal. Podem ser citados, por exemplo, obras de centrais hidrelétricas e a construção de arenas para a Copa do Mundo de 2014.

Pode-se exemplificar uma aplicação para avaliação do custo das arenas para a Copa de 2014, como na determinação do custo global da arena em função do custo dos assentos, ou do custo da estrutura metálica em função da área de cobertura.

Por exemplo, a tabela 1 traz os custos da estrutura metálica de várias arenas no mundo. Relacionando as áreas de cobertura ao valor da estrutura, obtém-se a curva apresentada no gráfico 1.

$$\frac{C_p}{C_e} = \left[\frac{D_p}{D_e} \right]^a$$

Fórmula 1 - Estimativa paramétrica por correlação simples

Tabela 1 – custos da estrutura metálica das arenas em função da área de cobertura.

Arena	Área de cobertura m ² x 1.000	Área Fachada m ² x 1.000	Área Total m ² x 1.000	Consumo KG/M ²	Consumo Total Kg x 1.000	Preço por Kg R\$	Custo da estrutura Metálica R\$ x 1.000
A	30,00	18,70	48,70	145,79	7.100,00	16,40	116.440,00
B	27,00	0,00	27,00	129,63	3.500,00	20,70	72.450,00
C	37,00	48,00	85,00	258,82	22.000,00	9,35	205.679,45
D	34,00	0,00	34,00	91,76	3.120,00	9,95	31.050,00
E	39,00	46,00	85,00	71,88	6.110,00	17,15	104.794,90

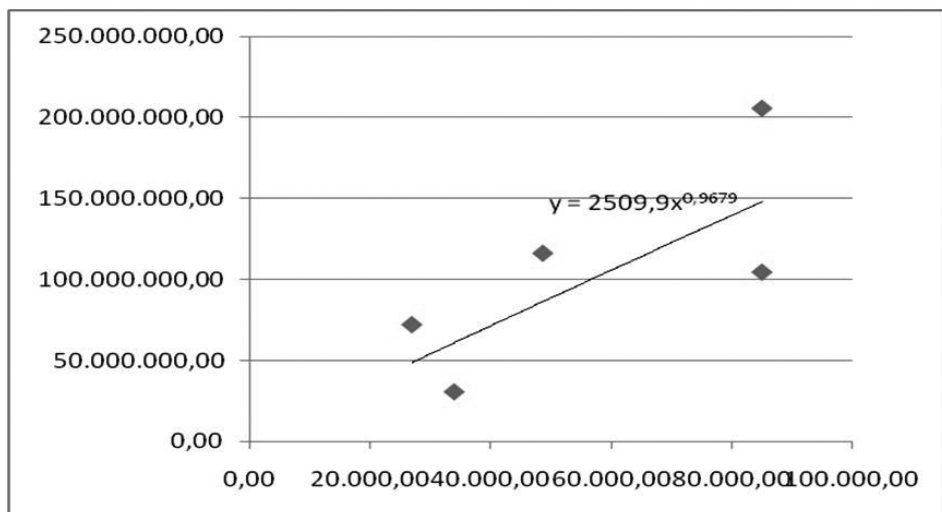


GRÁFICO 1: Curva custo da cobertura x área da cobertura.

Aplicando-se a curva obtida no caso concreto da Arena Amazônica, obteve-se o valor de R\$ 86 milhões para a cobertura metálica, orçada pela empresa vencedora do certame por R\$ 88 milhões.

Outras curvas podem ser obtidas, como a que relaciona o custo da administração local ao custo total da obra (gráfico 2), ou o custo das instalações elétricas com o valor global (gráfico 3).

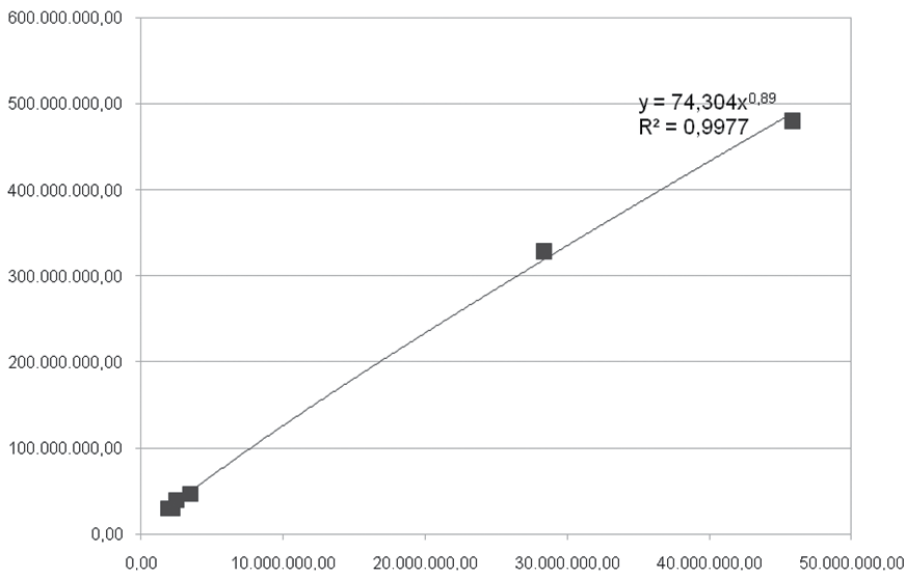


GRÁFICO 2: Curva custo da adm. local x custo global da obra.

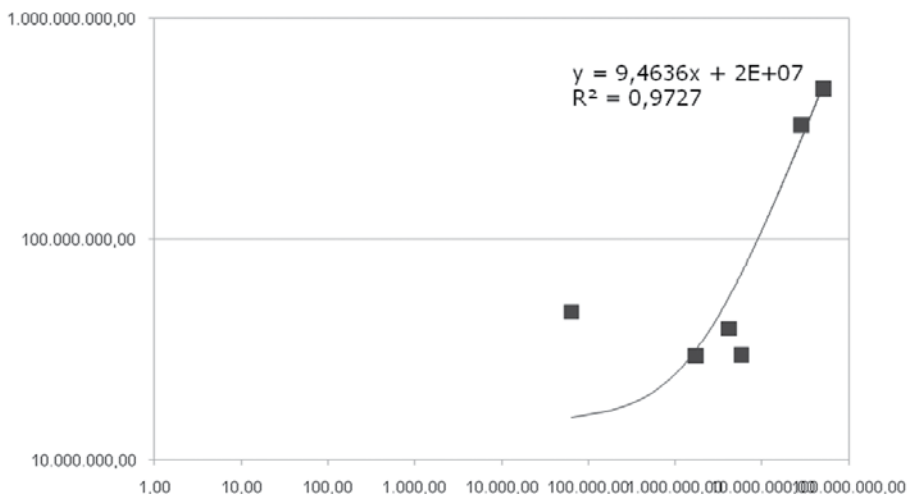


GRÁFICO 3: Custo de instalações elétricas x custo global do empreendimento.

4.3. O desafio de controlar os prazos

Estabelecer cronogramas tornou-se mais comum nos projetos de construção, na medida em que mais ferramentas são disponibilizadas

aos planejadores. Os softwares, como o MS Project e o Primavera, permitem o planejamento das atividades, a alocação dos recursos, o estabelecimento dos vínculos lógicos, das linhas de base, com extrema rapidez e facilidade.

No entanto, nas obras públicas, tem-se observado cronogramas com elementos inadequados, omissão de princípios básicos ou má utilização de processos e ferramentas. Por exemplo, é comum encontrarmos:

- Sequências de atividades e vínculos não lógicos;
- Recursos que não são considerados no cronograma ou, quando o são, que carecem de nivelamento;
- Conceitos de valor agregado que não são utilizados como ferramenta para monitorar desempenho e gerar tendências;
- Restrições de prazo utilizadas abusivamente;
- Folga das atividades utilizada indevidamente.

Para mitigar esses problemas e contribuir com o êxito dos projetos, uma maneira eficaz de atuar é por

meio da validação dos cronogramas, pelos gestores ou pelo controle interno, de modo que estes representem as atividades do plano de trabalho.

A validação pressupõe uma verificação geral de plausibilidade, avaliando a razoabilidade do cronograma em termos de marcos, prazos, produtividades e cadeias lógicas. O produto da validação é a entrega de uma linha de base aferida e um cronograma que servirá de referência para monitoramento e controle.

Com relação ao controle, este deve ser realizado por meio da análise do valor agregado, visto que o método tradicional de comparação obtido por meio do diagrama de barras (Gráficos de Gantt) ou custos previstos versus realizados encerra muitas distorções.

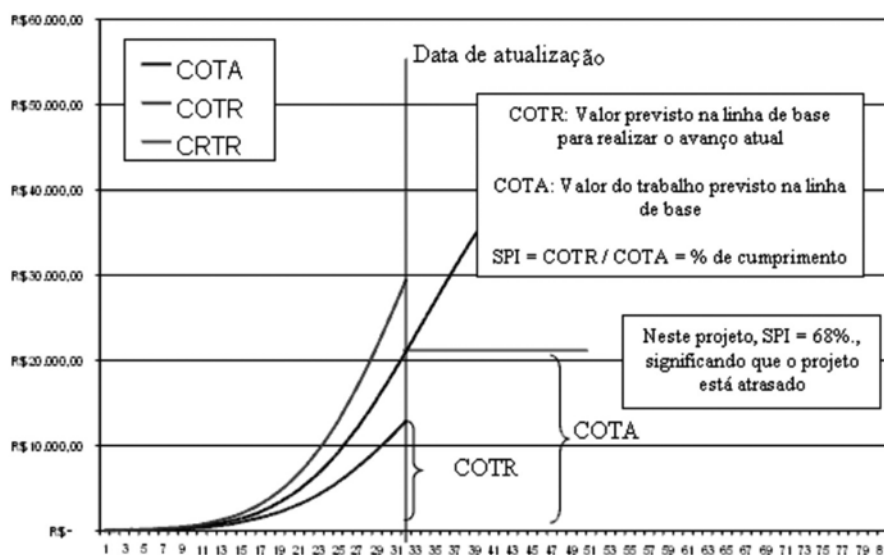


GRÁFICO 4: Método do valor agregado.

O valor agregado, obtido por meio da curva de agregação de valor (curva S), é o resultado do custo orçado de cada elemento que compõe a estrutura analítica de projeto, multiplicado pelo progresso físico de fato da tarefa correspondente, alcançado até a data de aferição. A diferença entre o valor agregado e o valor planejado fornece a variação de progresso ou de agenda. O quociente entre o valor agregado e a variação de prazo nos fornece o índice de variação de prazos, que, caso seja inferior a uma unidade, indica desvio na agenda, ou seja, atraso. O valor de 0,5 mostra que, mantido o ritmo do trabalho, a obra terá 50% de atraso. Por meio de tal processo, a administração terá precisamente a informação do ritmo de trabalho da executora, bem como do cronograma de desembolso. Essa metodologia tem perfeita aplicabilidade para o acompanhamento das obras que envolvem a Copa 2014 e as Olimpíadas de 2016, visto ser o tempo um dos principais pontos críticos para a realização desses eventos.

Conclui-se que, para avaliar o progresso físico, se devem considerar, por meio da curva S, os avanços físicos agregados em termos monetários, em relação aos valores planejados. Não há como fazer uma avaliação física dissociada da financeira. A aplicação desse método é particularmente importante na avaliação dos desembolsos dos projetos financiados pelo BNDES e pela CAIXA.

5. Conclusões

A Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016 colocam o Brasil como país com potencial para a realização de grandes eventos e atestam a sua vocação democrática e sua estabilidade política e econômica. Com os eventos, surge um turbilhão de oportunidades desencadeadas pelos maciços investimentos que serão realizados, com impactos macroeconômicos e microeconômicos consideráveis.

No entanto, para aproveitar as potencialidades geradas pelos eventos, é preciso mitigar os riscos, garantir que o planejamento privilegie o legado e que os custos e prazos sejam cumpridos. Além disso, esses eventos são um campo fértil para o surgimento de conflitos de interesse e corrupção. O combate a esses riscos se dá com o planejamento metódico das ações, um marco legal confiável e principalmente transparência dos atos.

Assim, o papel desempenhado pelo Sistema de Controle Interno é fundamental, seja para assegurar a transparência das ações, seja para garantir o cumprimento dos prazos e dos orçamentos, auxiliando os gestores a obter o êxito pretendido.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, L. Um estudo econômico das sedes dos Jogos Olímpicos. Monografia de Conclusão de Curso. Campinas: IE/Unicamp, 2007.

AYUNTAMIENTO DE BARCELONA. Barcelona economy. Barcelona: Organización y Economía de Empresas, 1992.

BIDERMAN et. al. Economia do Setor Público no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BRUNET, F. Ocupación i activitat econòmica, 1963-1992. Barcelona: Ajuntamiento de Barcelona - Barcelona Activa, S.A., 1993a.

CANALES, Fausto A. e BELUCO, Alexandre. Curvas Paramétricas de Custo para Mini-Centrals Hidrelétricas na Nicarágua – Comitê Brasileiro de Barragens – VI Simpósio Brasileiro sobre Pequenas e Média Centrais Hidrelétricas.

Crowe Horwath RCS - Gestão do Ativo Estádio, 2010.

Economía de Empresas, 1992.

Ernst & Young Auditoria, Impostos, Transações Corporativas e Assessoria, Brasil Sustentável, 2010.

LIMMER, Carl V. Planejamento, Orçamentação e Controle de Projetos e Obras. Rio de Janeiro: LTC Editora S.A, 1997.

PARISOTTO, J. A. Análise de estimativas paramétricas para formular um modelo de quantificação de serviços, consumo de mão de obra e custos de edificações residenciais: estudo de caso para uma empresa construtora. Orientação de Roberto de Oliveira. Florianópolis, SC. UFSC. 2003. 106 p. Dissertação (Pós-graduação em Engenharia de Produção) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2003.

PMI. A Guide to Project Management Body of Knowledge, Project Management Institute – PMI – USA, 3ª Edição, 2004.

PRONI, Marcelo, ARAÚJO, Lucas S., AMORIM, Ricardo L. Leitura Econômica dos Jogos Olímpicos: financiamento, organização e resultados – Texto para discussão nº 1356, IPEA, Rio de Janeiro, 2008.

VIGNOLI, Francisco et. al. A Lei de Responsabilidade Fiscal comentada para municípios. São Paulo: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 2002.

Incidência da atuação do Conselho de Transparência Pública e combate à corrupção no processo de *accountability* federal

Damásio Alves Linhares Neto, especialista em Gestão Pública pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), especialista em Auditoria Interna e Externa pelo Instituto de Ciências Sociais da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (ICS/ICAT), especialista em Legislativo e Orçamento Público pelo do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados (CEFOR) e Gerente de Auditoria da Secretaria de Controle Interno do Ministério da Defesa.

Eveline Martins Brito, especialista em Legislativo e Orçamento Público pelo do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados (CEFOR) e Coordenadora-Geral de Técnicas, Procedimentos e Qualidade da CGU.

1. Introdução

Com o crescimento da democracia no mundo atual, a resolução dos problemas da sociedade contemporânea depende, cada vez mais, da qualidade das instituições democráticas. Nesse contexto, surgem os mecanismos de *accountability*, com o objetivo de garantir o vínculo entre os representantes e representados, constituindo-se em elementos essenciais para o fortalecimento do próprio regime democrático.

Loureiro e Abrúcio (2004) definiram *accountability* como “a construção de mecanismos institucionais pelos quais os governantes são constangidos a responder, ininterruptamente, por seus atos ou omissões perante os governados”.

Santos (1999) explica mais detalhadamente a abrangência da *accountability*, nos seguintes termos.

“A *accountability* é um termo abrangente que vai além da prestação de contas, pura e sim-

ples, pelos gestores da coisa pública. São mecanismos, normativos e institucionais, que se empregam nas relações entre os níveis de governo e dentro deles. Regulam ainda a interface entre sociedade e Estado na implantação e controle das políticas públicas. Esses mecanismos (*accountability*) não garantem, por si só, o bom governo ou a governança (capacidade de implantar políticas públicas)”.

A preocupação do Brasil com o problema da corrupção no setor público e com a falta de transparência das ações governamentais – um dos componentes da *accountability* – está registrada em diversos documentos, sendo emblemática parte de texto da mensagem enviada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, em 2002.

“A prática da democracia no Brasil tem se manifestado, entre outros aspectos, pela cobrança cada vez mais intensa de ética e transparência na condução dos negócios públicos. Visando responder a essas demandas, os instrumentos já existentes na administração federal foram reforçados e outros foram criados. Ao nível de discurso o governo demonstra que está consciente que “a corrupção drena recursos que seriam destinados a produzir e realizar bens e serviços públicos em favor da sociedade, a gerar negócios e a criar e manter empregos. A corrupção e a malversação das verbas e recursos públicos são enormes obstáculos

ao desenvolvimento nacional, porque implicam diretamente redução da atividade econômica e diminuição da qualidade de vida da população (PR, 2002:515).”

Convencido de que a corrupção deixou de ser um problema local para se converter em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e ciente da ameaça que ela representa para a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável do país, o Brasil tornou-se signatário de três tratados internacionais que versam sobre o tema corrupção: a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção da ONU – ratificada em 2005), a Convenção Interamericana Contra a Corrupção (Convenção da OEA – 1996) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações

A corrupção e a malversação das verbas e recursos públicos são enormes obstáculos ao desenvolvimento nacional, porque implicam diretamente redução da atividade econômica e diminuição da qualidade de vida da população (PR, 2002:515).

Comerciais Internacionais (Convenção da OCDE – 1997).

Esses tratados internacionais têm em comum uma nova dinâmica de enfrentamento do problema da corrupção: o fortalecimento das medidas preventivas – em especial o processo de *accountability* e transparências públicas, inclusive entre as nações signatárias das convenções – sem comprometimento das medidas de repressão, quando os casos assim exigirem. Os países signatários dessas convenções se convenceram de que “prevenir é melhor que remediar” e de que a busca da transparência dos atos públicos e a participação da sociedade no controle das políticas públicas – controle social – são instrumentos dos quais os países democráticos não podem abrir mão no processo de dissuasão da corrupção.

Outra questão relevante decorrente da assinatura desses tratados é a exigência da criação, em cada país signatário, de uma “Agência Anticorrupção”. No Brasil, a Controladoria-Geral da União (CGU) é o órgão federal responsável pela implementação e pelo acompanhamento das medidas anticorrupção, com atuação voltada para o fortalecimento da *accountability*, o aprimoramento do controle social, o uso de informações estratégicas e a celebração de parcerias interinstitucionais com entidades nacionais e internacionais comprometidas com o combate à corrupção.

Para que a sociedade organizada pudesse participar ativamente do

processo de formulação e implementação das políticas públicas voltadas à transparência pública e à prevenção da corrupção – uma das recomendações da ONU –, foi criado o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC).

O Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção é um órgão colegiado e consultivo vinculado à CGU que tem como finalidade sugerir e debater medidas de aperfeiçoamento dos métodos e sistemas de controle e incremento da transparência na gestão da administração pública e estratégias de combate à corrupção e à impunidade.

Este artigo tem por objetivo responder à seguinte questão: a atuação do Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção incide no processo de *accountability* federal?

Como marco conceitual e teórico, o trabalho assume a abordagem da *accountability* preconizada por Santos (1999), que extrapola o entendimento da matéria como algo que vai além da prestação de contas pelos gestores da coisa pública e inclui os mecanismos, normativos e atos institucionais, que se empregam nas relações entre os níveis de governo e dentro deles no conceito da *accountability*.

A revisão de literatura, longe de ser exaustiva, aborda o conceito de *accountability*, a importância da *accountability* para a democracia e discorre sobre suas limitações no atual cenário político. Em caráter complementar, trata da institucionalização do CTPCC, sua composição e atribuições.

Logo, o trabalho está limitado às medidas consensadas pelo Conselho que vão ao encontro dessa definição, excluindo as proposições do Conselho que tratem exclusivamente de combate à corrupção ou outros temas que não tenham vínculo direto com a *accountability*.

O trabalho empírico foi realizado de acordo com a seguinte metodologia: i) leitura das atas das reuniões do Conselho desde sua fundação; ii) levantamento das proposições do Conselho relativas à *accountability*; iii) identificação do estágio atual das proposições; e iv) análise da incidência da atuação do CTPC no processo de *accountability* federal.

2. A importância da *accountability* para a democracia

Accountability é um termo da língua inglesa sem tradução exata para o português que remete à obrigação de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados.

Em termos gerais, a literatura sobre o assunto explica que os ocupantes de funções públicas devem regularmente explicar o que fazem, como fazem, por que fazem e quanto gastaram na realização de determinado projeto. Não se trata, portanto, apenas de prestar contas em termos quantitativos, mas de conferir transparência sobre todas as etapas das realizações e de justificar as eventuais falhas ocorridas.

A *accountability* tem sido utilizada como uma das principais ferramentas de democratização da atividade política, especialmente a governamental. As instituições democráticas acreditam que a disponibilização de dados e informações governamentais pode incrementar a esfera pública e, conseqüentemente, a capacidade de avaliação retrospectiva por parte de indivíduos e grupos.

Cintra (2004), ao discutir sobre a importância do presidencialismo e do parlamentarismo, destaca que o presidencialismo responde melhor a dois requisitos democráticos: a *accountability* e a identificabilidade. O autor entende que a responsabilidade do governante perante seus eleitores – demonstrada na prestação de contas de seus atos – é essencial para a estratégia da luta contra a corrupção.

De acordo com Miguel (2005), a *accountability* é a resposta dada pelas instituições democráticas a três desafios presentes nas democracias modernas, estreitamente ligados entre si, quais sejam:

(1) a separação entre governantes e governados, isto é, o fato de que as decisões políticas são tomadas de fato por um pequeno grupo, e não pela massa dos que serão submetidos a elas;

(2) a formação de uma elite política distanciada da massa da população, como consequência da especialização funcional acima mencionada. O “princípio da rota-

A *Accountability* tem sido utilizada como uma das principais ferramentas de democratização da atividade política, especialmente a governamental.

ção”, crucial nas democracias da Antiguidade – governar e ser governado, alternadamente –, não se aplica, uma vez que o grupo governante tende a exercer permanentemente o poder; e

(3) a ruptura do vínculo entre a vontade dos representados e a vontade dos representantes, o que se deve tanto ao fato de que os governantes tendem a possuir características sociais distintas das dos governados, quanto a mecanismos intrínsecos à diferenciação funcional, que agem mesmo na ausência da desigualdade na origem social.

Dessa forma, as instituições democráticas veem na *accountability* uma oportunidade de reduzir o distanciamento entre as decisões dos representantes e a vontade dos representados, em especial por meio da transparência das decisões e das ações governamentais. Assim, quando o Estado permite que o cidadão saiba em que estão sendo aplicados os recursos públicos – uma das formas de *accountability* –, está, simultaneamente, ampliando a transpa-

rência dos gastos públicos e inibindo a corrupção, pois quanto maior o nível de transparência do Estado em relação a seus atos, menor a possibilidade de os corruptos agirem.

2.1. Limitações da *accountability*

Barberis (1998) defende que os mecanismos de *accountability* não são substitutos da moralidade e virtude públicas, porém a falta ou a diminuição desses requisitos, bem como de um alto padrão de conduta, pode impedir ou prejudicar os arranjos necessários para a responsabilização.

Bezerra (2008), ao discorrer sobre as limitações da *accountability*, faz o seguinte questionamento: será que apenas realizando uma boa prestação de contas o governante está realizando plenamente o que se espera da *accountability* política? A resposta do próprio autor é não, pois a *accountability* não pode ser reduzida à transparência dos atos e gastos governamentais.

O mesmo autor trata de outra polêmica: como realizar *accountability* política sem enveredar pela propaganda direcionada para a persuasão político-eleitoral de interesse do grupo que está no poder? Para essa situação, ele destaca a necessidade de os grupos civis organizados – notadamente os que não tenham vínculo com o governo – orientarem a sociedade para o problema e discutirem meios de divulgação das ações governamentais sem a implícita mensagem política.

Nessa discussão, um tema relevante e com discussões atuais refere-se às situações de conflito de interesse. Conforme anteprojeto submetido à consulta pública (PL 7.528/2006), conflito de interesse é a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública.

Depreende-se que a *accountability* é um processo essencial à construção de um país mais justo e igualitário; porém, sua implementação se revela complexa, pois exige, dentre outros requisitos, a transparência dos atos públicos, a institucionalização de mecanismos de controle preventivo e a participação da sociedade no acompanhamento das decisões e ações governamentais.

A *accountability* é a grande parceira da democracia, por isso as instituições democráticas têm de zelar por sua manutenção e fortalecimento a cada dia.

3. O Conselho de Transparência Pública e o combate à corrupção

Nos termos do Decreto nº 4.923, de 18.12.2003, o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC), órgão colegiado e consultivo vinculado à Controladoria-Geral da União (CGU), tem como finalidade sugerir e fomentar o debate de medidas de aperfeiçoamento dos métodos e sistemas de controle e incremento da transparência na gestão da administração

pública e estratégias de combate à corrupção e à impunidade.

Vale destacar que a atuação do colegiado é de natureza consultiva. Na prática, todos os assuntos relevantes referentes à transparência pública e combate à corrupção são discutidos no CTPCC, que dispõe de regimento interno normatizando seu funcionamento. Embora os conselheiros deliberem sobre as matérias incluídas na pauta, a CGU não está obrigada a implementar o produto/resultado das discussões.

3.1. Competências do CTPCC

Para o desenvolvimento de sua missão institucional, O CTPCC está dotado das seguintes competências:

(1) contribuir para a formulação das diretrizes da política de transparência da gestão de recursos públicos e de combate à corrupção e à impunidade, a serem implementadas pela Controladoria-Geral da União e pelos demais órgãos e entidades da administração pública federal;

(2) sugerir projetos e ações prioritárias da política de transparência da gestão de recursos públicos e de combate à corrupção e à impunidade;

(3) sugerir procedimentos que promovam o aperfeiçoamento e a integração das ações de incremento da transparência e de combate à corrupção e à impunidade, no âmbito da administração pública federal;

(4) atuar como instância de articulação e mobilização da sociedade

civil organizada para o combate à corrupção e à impunidade; e

(5) realizar estudos e estabelecer estratégias que fundamentem propostas legislativas e administrativas tendentes a maximizar a transparência da gestão pública e o combate à corrupção e à impunidade (artigo 2º do Decreto nº 4.923/2003).

Verifica-se, portanto, que a finalidade e as competências institucionais do CTPCC estão alinhadas aos compromissos assumidos pelo Brasil nas convenções internacionais que tratam do problema da corrupção e aos princípios norteadores da *accountability*, em especial à transparência dos atos públicos.

3.2. Composição do CTPCC

Atualmente o CTPCC é presidido pelo Ministro de Estado do Controle e da Transparência e composto por 20 conselheiros, sendo oito representantes do Poder Executivo Federal, duas autoridades convidadas (MPU e TCU) e dez representantes convidados da sociedade civil (OAB, ABI, Transparência Brasil, ABONG, CNBB, Instituto ETHOS, representante das igrejas evangélicas, representante dos trabalhadores, representante dos empregadores e representante do meio acadêmico).

Nota-se, primeiramente, que existe proporcionalidade numérica entre os representantes do Estado e os representantes da sociedade civil na composição do Conselho.

O arranjo institucional do Conselho indica o chamamento do Estado aos principais atores externos – representantes da sociedade civil – para participar dos debates acerca das políticas de transparência pública e do combate à corrupção. A participação desses atores nas discussões é relevante, na medida em que legitima e fortalece as decisões do Estado.

4. A atuação do Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção e sua relação com a *accountability*

De acordo com o Relatório de Gestão da CGU referente ao exercício de 2008, constitui orientação básica de atuação do CTPCC o esforço de ampliação da visibilidade das ações daquele Conselho. Essa diretriz traduz a convicção de que a vigilância da sociedade é a maior garantia da integridade institucional e o melhor antídoto contra todas as formas de irregularidade e desvio de conduta.

Vale registrar que o CTPCC realizou reuniões em número bastante inferior ao que dispõe seu regimento interno. Entre julho de 2005 e agosto de 2009, ocorreram dez reuniões, quando deveriam ter ocorrido, pelo menos, 25. A justificativa constante nas atas das reuniões para esse problema é a demora do Poder de Executivo na nomeação dos Conselheiros – que, no caso dos representantes da sociedade civil, se revezam a cada dois anos.

Desde sua instituição, em 17 de novembro de 2004, o Conselho se reuniu 11 vezes para discutir, dentre outros, os seguintes assuntos: ratificação de acordos internacionais sobre corrupção, mobilização de instituições para divulgação de material institucional, projeto de lei sobre conflito de interesse, projeto de lei sobre acesso à informação, divulgação de atas do Conselho na internet, melhoria do controle de recursos federais repassados para municípios, programa de fortalecimento da gestão municipal, programa “Olho Vivo no dinheiro público”, páginas de transparência pública nos ministérios, pacto empresarial contra a corrupção, plano de integridade institucional da CGU, regulamentação do lobby, projeto de lei sobre responsabilização de pessoa jurídica e regulamentação sobre o nepotismo.

Boa parte dos temas citados no parágrafo anterior foi explorada no CTPCC, por esse se constituir em Conselho Consultivo da CGU e, como tal, ter a obrigação de tomar conhecimento das medidas mais relevantes adotadas pela instituição. Entretanto, o trabalho empírico envolve o estudo dos assuntos nos quais houve interferência direta do CTPCC – seja na sua concepção, seja por meio de proposições de melhorias aos projetos já existentes – e que tenham vínculo com o fortalecimento da *accountability*.

A seguir faremos uma análise dos principais temas tratados pelo Conselho e sua importância para o processo de *accountability* federal.

a) Conflito de Interesses – PL 7.528/2006

O tema conflito de interesse é fundamental para a dissuasão da corrupção e para a *accountability*. É na “confusão” do interesse entre o público e o privado que nasce a corrupção. A facilidade de obtenção de dados, o acesso privilegiado às informações e o contato com agentes públicos que possuem também acessos restritos fazem desse projeto de lei uma iniciativa fundamental para garantir ao Estado a proteção mínima necessária contra agentes recém-desligados de sua função pública, que se utilizam do cargo ou das informações privilegiadas, que detêm em razão de sua função, para obter vantagens para si ou para terceiros.

Até por ser uma questão de difícil combate, tendo em vista que a configuração do conflito de interesse não resta clara em muitas situações, faz-se necessária a definição de regras e situações que podem configurar conflito de interesses, bem como servir para orientar os agentes públicos sobre o tema.

Para propositura do projeto de lei, foi instituído grupo de trabalho, no âmbito do Conselho, em 20.07.2005. O anteprojeto foi encaminhado à Casa Civil da Presidência da República, que propôs alterações, para em seguida ser submetido à consulta pública.

Ao final, o projeto, com objetivo de instituir a quarentena para agentes públicos – ou seja, o período de um ano em que não podem assumir um

cargo na iniciativa privada após passarem pelo serviço público –, abrangeu funcionários de diversas hierarquias, tais como ministros, detentores de cargos de natureza especial, presidentes, vice-presidentes e diretores de autarquias, de fundações, de empresas e de sociedades de economia mista, e ainda detentores de cargos do Grupo Direção e Assessoramento Superior (DAS) níveis 5 e 6.

Em outubro de 2006, o Projeto de Lei nº 7.528 foi enviado ao Congresso Nacional. Em 19.2.2008, a liderança do Partido Democratas, alegando que a comissão de mérito não havia realizado audiência pública para debater o assunto, apresentou recurso que impediu sua aprovação em caráter terminativo nas Comissões, obrigando a apreciação do assunto pelo Plenário da Câmara. Embora o PL esteja pronto para entrar na pauta de votação, nada aconteceu desde o recurso.

a.1) Análise da proposta do CTPCC à luz da *accountability*

A aprovação do projeto de lei pelo Congresso Nacional ampliará de maneira significativa o escopo dos normativos legais existentes, tendo em vista que hoje vigoram regras esparsas que regulamentam a atuação ética dos agentes (Código de Conduta da Alta Administração e a Resolução nº 8/2003 da Comissão de Ética Pública).

O Projeto nº 7.528/2006 altera regras existentes pela modificação das penalidades e das políticas de remuneração para ex-ocupantes de

cargos públicos. Propõe dispositivos que buscam inibir o conflito de interesses, como a proibição de divulgação ou utilização de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas. O projeto também institui a quarentena – período de impedimento para o exercício de certas atividades após o desempenho de um cargo público. Pretende-se, com isso, evitar que o ex-agente público utilize as informações e o prestígio obtido durante o exercício do cargo em favor de interesses privado.

O projeto de lei sobre conflito de interesse, iniciado a partir das discussões no CTPCC, se aprovado, fortalecerá o processo de *accountability* federal, pois tenta preservar as instituições contra a ação de eventuais agentes inescrupulosos que queiram fazer mal uso das informações a que tenham obtido acesso em razão do cargo ocupado.

b) Acesso à Informação – PL 5.228/2009

O tema acesso à informação foi incluído na pauta de discussões já na segunda reunião do Conselho, em 20.7.2005. Depois de muitos debates internos, o assunto foi convertido no Projeto de Lei nº 5.228/2009 e tem como finalidade garantir o acesso pleno, imediato e gratuito a informações públicas, bem como estabelecer critérios para proteção das informações pessoais e sigilosas, regulamentando dispositivo da Constituição Federal de 1988 quanto à previsão de acesso à informação.

A prerrogativa de acesso à informação é um direito fundamental do indivíduo, conforme a Declaração dos Direitos Humanos da ONU. É importante, inclusive, para a concretização da liberdade de expressão, com consequências sobre a gestão dos recursos públicos pela sociedade, ao se fortalecerem os mecanismos de controle social. O direito à informação é a regra, e o sigilo, a exceção.

b.1) Análise da proposta do CTPCC à luz da *accountability*

A transparência tem como requisito o acesso à informação. Um país, para ser considerado democrático, deve ter normativos que garantam à sociedade o acesso à informação pública, que são documentos históricos, sigilosos ou não, e também a decisões governamentais que afetem a vida dos cidadãos, tal como a execução orçamentária e decisões associadas aos negócios celebrados pelo setor público em suas várias esferas.

Dentre os projetos propostos pela CTPCC, esse é o que mais se vincula à questão da *accountability*, pois a transparência das ações estatais é um elemento fundamental para o aprofundamento das raízes democráticas.

c) Controle dos recursos federais repassados a estados, municípios e ONGs

Tema recorrente na pauta do Conselho desde sua segunda reunião, o controle dos recursos federais repassados a estados, municípios e ONGs foi tratado por meio da criação de grupo de trabalho específico

sobre o assunto. O GT optou por trabalhar com propostas a serem encaminhadas aos órgãos competentes para alteração de normativos de ordem infralegal, consideradas a maior agilidade e a possibilidade de recomendações expedidas pelo Conselho. A proposta foi dividida em dois grupos: o primeiro sugeriu alterações na IN 01/97 da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), e o segundo articulou outras alterações com o Ministério do Planejamento.

Esse projeto, amplamente discutido no CTPCC, culminou com a edição do Decreto nº 6.170, de 25.7.2007, que trouxe muitas inovações em relação ao regulamento até então vigente, entre elas: i) criação de mecanismos de transparência das transferências aos estados e municípios; ii) aperfeiçoamento dos controles de transparência; iii) criação de um portal de convênios; iv) fim da intermediação de lobistas; e v) não permissão de saques em dinheiro no caixa.

c.1) Análise da proposta do CTPCC à luz da *accountability*

O Decreto nº 6.170/2007 traz uma série de inovações no trato do dinheiro público – transferido da União para estados, municípios e outras instituições –, especialmente em relação à transparência na concessão e na aplicação dos recursos e na implementação de novos mecanismos de controle. Esse projeto, além de representar um grande avanço para a administração pública, agrega os valores fundamentais da *accountability*, pois combina a transparência

das ações e a melhoria dos controles institucionais.

d) Portal da Transparência

O Decreto nº 5.482/2005 instituiu o Portal da Transparência e estabeleceu a obrigatoriedade de criação, pelos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, em seus sítios eletrônicos, de página denominada transparência pública, para divulgação de dados e informações sobre sua execução orçamentária e financeira, inclusive licitações, contratos e convênios.

O portal é uma iniciativa da CGU e acumula o total de 868.487.530 registros sobre 5.626 ações governamentais, consequência de 536 programas oficiais. Há informações inclusive sobre os favorecidos pelos créditos, 24,487 milhões de pessoas jurídicas e físicas, entre os quais os beneficiários dos programas sociais.

Embora a responsabilidade pela instituição e manutenção da página da Transparência seja da CGU, o CTPCC contribuiu para o aprimoramento do sítio, sugerindo a disponibilização de novas pesquisas aos usuários e a inclusão de novos con-

Qualquer cidadão, sem a necessidade de senha, pode acompanhar a execução orçamentária dos programas e ações do Governo Federal.

teúdos. As sugestões efetuadas pelo CTPCC de melhoria do sítio foram acatadas e implementadas.

d.1) Análise da proposta do CTPCC à luz da *accountability*

O Portal da Transparência do governo brasileiro é hoje referência internacional e conquistou reconhecimento por meio de premiações, inclusive das Nações Unidas. Desde novembro de 2004, esse meio de comunicação busca facilitar e incentivar o controle social. Qualquer cidadão, sem a necessidade de senha, pode acompanhar a execução orçamentária dos programas e ações do Governo Federal.

No último mês, outubro, dois meses antes de completar cinco anos, o Portal da Transparência alcançou 181 mil visitas, recorde mensal. Como o internauta navega em busca das informações, chegou a 2,2 milhões o total de acessos às diversas páginas do sítio eletrônico, número também inédito desde que o serviço está na internet. Desde a criação, o total de visitas é superior aos 3,9 milhões.

Os indicadores mencionados acima – retirados do próprio Portal da Transparência – dão a dimensão da importância do Portal para o processo de *accountability* federal.

4.1. Assuntos correntes do CTPCC

Além dos assuntos que objetivamente já estão encaminhados – nos casos dos projetos de lei – ou imple-

mentados – Portal da Transparência e Decreto das Transferências Federais –, o CTPCC tem tratado atualmente, com mais frequência, de dois temas relevantes para a *accountability*: a realização de consultas públicas na internet acerca das condições dos editais para aquisições de bens e serviços superiores a 15 milhões e a regulamentação do lobby. Existe a proposta de criação de GT para tratar de ambos os assuntos.

5. Conclusão

Este artigo teve por objetivo responder à seguinte questão: a atuação do Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção incide no processo de *accountability* federal?

A discussão exigiu que o assunto fosse abordado em duas frentes teóricas: na primeira, com uma contextualização sobre a importância da *accountability* para a democracia – incluindo suas limitações –, e, em seguida, de forma mais prática, com a demonstração do que é e como funciona o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção.

Da exploração teórica sobre a *accountability*, três aspectos merecem destaque: i) seu uso – as instituições democráticas acreditam que a disponibilização de dados e informações governamentais pode incrementar a esfera pública e, conseqüentemente, a capacidade de avaliação retrospectiva por parte de indivíduos e grupos; ii) sua abrangência – a *accountability* não se resume à prestação de contas em termos quantitativos, mas em ter-

mos de conferência da transparência sobre todas as etapas das realizações e de justificativa das eventuais falhas ocorridas; e iii) suas limitações – a *accountability* não substitui a moralidade e as virtudes públicas.

O Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC) é um órgão colegiado e consultivo vinculado à CGU que tem como finalidade sugerir e debater medidas de aperfeiçoamento dos métodos e sistemas de controle e incremento da transparência na gestão da administração pública, bem como estratégias de combate à corrupção e à impunidade.

O arranjo institucional do Conselho indica o chamamento do Estado aos representantes da sociedade civil para participar dos debates acerca das políticas de transparência pública e do combate à corrupção. A participação desses atores nas discussões é relevante, na medida em que legitima e fortalece as decisões do Estado.

Desde sua criação o CTPCC tem participado ativamente das discussões sobre os projetos que envolvem transparência e combate à corrupção. Este trabalho cuidou exclusivamente dos assuntos nos quais houve interferência direta do CTPCC – seja na sua concepção, seja por meio de proposições de melhorias aos projetos já existentes – e que tenham vínculo com o fortalecimento da *accountability*.

Durante a pesquisa empírica, identificamos quatro matérias que

foram tratadas pelo Conselho desde seu nascedouro e, por isso, mereceram uma análise qualitativa das proposições, à luz da *accountability*, com a finalidade de responder à questão da pesquisa e fundamentar a conclusão do trabalho: conflito de interesses, acesso à informação, controle dos recursos federais repassados a estados e municípios e Portal da Transparência.

Em relação às matérias transformadas em projetos de leis – conflito de interesses e acesso à informação –, se aprovadas, fortalecerão o processo de *accountability* federal, pois o primeiro tenta preservar as instituições contra a ação de eventuais agentes inescrupulosos que queiram fazer mal uso das informações, enquanto o segundo se confunde com a própria *accountability*, pois o acesso à informação se

consubstancia em requisito indispensável à sua prática.

No que se refere às matérias executivas – controle dos recursos federais repassados a estados e municípios e Portal da Transparência –, além de representar um grande avanço para a administração pública, agrega os valores fundamentais da *accountability*, pois combina a transparência das ações e a melhoria dos controles institucionais.

Analisando esses projetos sob ponto de vista qualitativo, sobretudo da importância desses para o desenvolvimento de uma sociedade justa e igual, conclui-se que a atuação do Conselho de Transparência e Combate à Corrupção incide no processo de *accountability* federal e contribui para o fortalecimento da democracia no Brasil.

Referências Bibliográficas

BARBERIS, Peter. The new public management and a new *accountability*. Public administration, London, 76 (3), 451-470, 1998.

BEZERRA, Heloisa Dias. Atores políticos, informação e democracia. Opin. Publica, Campinas, v. 14, n. 2, Nov. 2008. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762008000200006&lng=en&nrm=iso>. Access on 27.11.2009. doi: 10.1590/S0104-62762008000200006

BRASIL. Consulta Pública. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_

[publica/conflito-interesse.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/conflito-interesse.htm) Acesso em 30.11.2010.

_____. Decreto nº 4.923, de 18 de Dezembro de 2003. Dispõe sobre o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4923.htm. Acesso em 12.11.2009.

_____. Controladoria-Geral da União. Relatório de Gestão da Controladoria-Geral Da União, referente ao exercício de 2008. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Contas/2008/index.asp>. Acesso em 12.11.2009.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.528, de 27 de outubro de 2006. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos

posteriores ao exercício do cargo ou emprego. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 15.11.2009.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.228, de 15 de maio de 2009. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição, e dá outras providências. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em 13.11.2009.

_____. Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/_decretos2007.htm. Acesso em 11.11.2009.

_____. Decreto nº 5.482, de 30 de junho de 2005. Dispõe sobre a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da administração pública federal, por meio da Rede Mundial de Computadores - Internet. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/_quadro.htm. Acesso em 13.11.2009.

_____. Presidência da República, Mensagem ao Congresso Nacional, Brasília: PR, 2002. Disponível em www.planalto.gov.br/mensagem. Acesso em 10.11.2009.

CINTRA, Antônio Octávio. Presidencialismo e parlamentarismo: são importantes as instituições?, in: Avelar, Lúcia e Cintra, Antônio Octávio. Sistema político brasileiro: uma introdução, Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer; São Paulo: Fundação Unesp Ed., 2004.

LOUREIRO, Maria Rita e ABRUCIO, Fernando Luiz. Finanças públicas, democracia e *accountability*. Disponível em <http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-publico/financeiro/financas-publicas/>. Acesso em 10.10.2009.

MIGUEL, Luís Felipe. Impasses da *accountability*: dilemas e alternativas da representação política. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, n. 25, Nov.2005. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000200004&lng=en&nrm=iso>. Access on 27.11.2009.doi: 10.1590/S0104-44782005000200004

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. 1997. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/ocde/>. Acesso em 25.11.2009.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Convenção Interamericana Contra a Corrupção.1996. Disponível em <http://www2.mre.gov.br/dai/OEACorruptao.htm>. Acesso em 22.11.2009.

ONU- Organização das Nações Unidas. Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. 2005. Disponível em http://www.onu-brasil.org.br/doc_contra_corrup.php. Acesso em 20.11.2009.

SANTOS, Romualdo Anselmo. Controle social da política de saúde no Brasil. 1999. Dissertação (mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília – Unb, Brasília.

A corrupção: conceitos e proposições de luta em vertentes repressiva e preventiva, adaptados à realidade brasileira

Bernardo Alvarenga Spadinger, mestre em Ciência da Computação pela UFMG, engenheiro pelo ITA e Analista de Finanças e Controle lotado na regional da CGU no ES.

1. Introdução

Este artigo é uma síntese dos principais conceitos e abordagens do tema da corrupção, assimilados e selecionados pelo autor por ocasião de sua participação no ciclo internacional especializado de administração pública "*La Corruption: Réalités Économiques et Moyens de Lutte*" (A Corrupção: Realidades Econômicas e Meios de Luta), realizado em junho de 2010 na França. As ideias são mescladas pela experiência adquirida em auditorias e fiscalizações em entidades públicas brasileiras, com o objetivo de delimitar o escopo, definir conceitos, delinear causas e construir proposições de combate dentro da realidade nacional.

2. Conceitos

A corrupção possui múltiplas definições, causas e facetas, abran-

gendo, como mal inerentemente humano que é, todas as gamas de atividades da sociedade. Caracteriza-se por, pelo menos, três elementos: um acordo para violação de regras, ganhos individuais em detrimento do ganho coletivo e dissimulação. A abordagem feita neste artigo introduz um quarto elemento, como forma de limitar o escopo e garantir maior objetividade: a existência de desvio de verbas públicas. Não será abordada a corrupção em esferas privadas ou a corrupção existente nos crimes de tráfico de entorpecentes e de seres humanos, por exemplo, que envolvem os três primeiros elementos, mas não necessariamente o quarto. A abordagem foca também a relação existente entre a grande corrupção – entendida no sentido de envolver maior nível de organização, maior volume de ganhos e maior quantidade de pessoas – e a pequena corrupção – por

A corrupção [...] caracteriza-se por, pelo menos, três elementos: um acordo para violação de regras, ganhos individuais em detrimento do ganho coletivo e dissimulação.

exemplo, omitir verificações, pagar para se livrar de uma multa ou para acelerar a obtenção de documentos. Será examinada preferencialmente a grande corrupção, porém procurar-se-á demonstrar como a prevenção da pequena corrupção impacta diretamente a grande corrupção.

Feitas essas delimitações, as causas da grande corrupção envolvendo dinheiro público serão delineadas e detalhadas, de forma a permitir a visualização clara de dois pontos para os quais serão propostas estratégias de repressão e de prevenção.

Em uma sociedade organizada de forma democrática, existem inúmeros indivíduos e entidades que convivem e interagem, cada qual com objetivos próprios e distintos, mas que, ao fim e ao cabo, convergem no intuito da obtenção de bem-estar. O bem-estar individual dos membros da sociedade não pode ser dissociado do bem-estar coletivo. Um não existe isolado do outro. A organização social implica

na existência de modos de tratar e atender as necessidades coletivas dessa sociedade (alimentação, defesa, saúde, segurança, educação, transporte, lazer, dentre outras) para o alcance do bem-estar, seja individual, seja coletivo. Ao conjunto desses modos se dá o nome de governança. Segundo Jean Cartier-Bresson, essa sociedade possui uma boa governança se suas entidades conseguem interagir de forma que existam os seguintes valores:

- Autoridade com representação legítima;
- Exercício da autoridade sem violência;
- Exercício da autoridade visando o bem comum;
- Regras de substituição da autoridade;
- Capacidade de executar políticas públicas;
- Efetividade das decisões públicas;
- Qualidade da oferta de bens coletivos;
- Respeito ao direito de propriedade e de contratos;
- Respeito mútuo entre cidadãos e ao governo.

Como forma de visualizar essa interação, foi elaborado um diagrama que ilustra de forma simples as principais representações de entidades e suas respectivas interações, para os fins deste artigo: agentes políticos, funcionalismo, eleitores e clientes políticos e empresas. Uma macrovisão resumida do funcionamento virtuoso dessa sociedade democrática, ainda que de forma restrita, se encontra no diagrama a seguir:



FIGURA 1: Círculo virtuoso de interações.

Os agentes políticos – em geral eleitos, mas que também podem ser doutrinariamente considerados o alto escalão dos poderes executivo e judiciário: secretários, ministros e magistrados graduados – interagem com as outras três entidades:

1) Seus representados, indicados como eleitores e outros clientes políticos (chefes de comunidades, presidentes de associações, vereadores ou outros representantes políticos, grupos de interesse, etc.), que lhes apresentam demandas legítimas, oferecendo-lhes apoio em troca da oferta de bens coletivos que atendem necessidades públicas legítimas;

2) As empresas – no sentido amplo, qualquer organização capaz de se candidatar a prestar serviços públicos –, que são chamadas a fornecer bens e serviços por meio de processo de escolha idôneo, oferecendo

em troca o financiamento legal do sistema político;

3) Os servidores, funcionários e empregados públicos, denominados genericamente de funcionalismo, que, motivados por carreiras e possibilidades de progredir por mérito, cumprem suas obrigações e oferecem atendimento eficiente à população.

O nível de bem-estar alcançado por essa sociedade é uma função direta do grau de alcance dos valores de boa governança mencionados, bem como do grau de funcionamento das interações descritas. A corrupção envolvendo verba pública é o mecanismo pelo qual essas interações, normais numa sociedade democrática estável e saudável, são distorcidas para permitir vantagens particulares em detrimento do bem público. A distorção desse círculo virtuoso pode ser resumida, em linhas gerais, no seguinte diagrama:



FIGURA 2: Círculo distorcido de interações.

Determinados agentes políticos deturpam a definição das necessidades públicas, barganhando ou empurrando aos eleitores e clientes políticos a oferta de bens coletivos que não correspondem às necessidades públicas reais, bem como oferecendo acesso privilegiado a esses bens coletivos (segurança, saúde, educação, lazer, infraestrutura, crédito) e mesmo dinheiro em troca de apoio. A maioria dos eleitores e clientes políticos, dispersos e alienados, não se dá conta de que a oferta desses bens atende somente a determinados grupos, ou de que estes não estão adequadamente situados e dimensionados, deixando-se manipular e sequer se articulando para apresentar demandas. Uma minoria está diretamente interessada na distorção, para ter acesso privilegiado à margem de um processo político legítimo. Além disso, objetiva-se permitir o direcionamento do fornecimento desses bens e serviços, que na sua concep-

ção já se encontram dimensionados além ou aquém da medida a algumas empresas, que por sua vez direcionam dissimuladamente parte dos ganhos decorrentes da inexecução/superfaturamento ou da sobreprecificação aos mesmos agentes políticos, para benefício pessoal destes e para o financiamento não declarado de campanhas políticas, com vistas ao controle sobre o sistema político. O funcionalismo é cooptado por meio de vantagens pessoais e da oferta de cargos de chefia nas entidades públicas encarregadas da implementação dos serviços ou aquisição dos bens, sob o compromisso velado de facilitar, ou ao menos não dificultar, o preparo, o andamento e a consecução do processo corrompido. Carreiras pouco estruturadas e sem sistemas de recompensa e de penalização incentivam o comportamento descrito, embora não sejam a única razão de sua ocorrência.

O resultado é a deterioração da boa governança:

- A autoridade se esgarça, tornando-se ilegítima ao visar ganhos particulares;

- A capacidade de execução de políticas públicas diminui ou desaparece;

- As decisões públicas não são efetivas, carecendo de reconhecimento e respeito (popularmente, não “pegam”);

- O funcionamento corrompido torna a sociedade menos pujante economicamente, porque degrada a qualidade dos bens coletivos ofertados, em um processo que se retroalimenta (a baixa qualidade dos bens coletivos gera desconfiança e descrédito e fortalece a marcha do ciclo corrompido);

- Diminui o respeito ao direito de propriedade e de contratos;

- O respeito mútuo entre cidadãos e ao governo fica enfraquecido.

Este artigo não se estenderá mais sobre as consequências da corrupção com verbas públicas, passando a analisar mais detidamente algumas das causas das distorções mostradas na Figura 2. Em seguida, à luz dessa análise, algumas proposições de ataque às causas serão elaboradas em duas vertentes: a repressiva e a preventiva.

3. Vertente repressiva

A causa principal que permeia todas as distorções, no caso brasileiro, é a percepção de que existe uma possibilidade considerável de sair impune ao se obter a vantagem sem

direito. A legislação brasileira prevê fartamente a tipificação dos atentados à administração pública, inclusive com algumas transcrições para o Código Penal. Contudo, a forma pela qual o trâmite processual se dá dificulta o pronunciamento de sentenças definitivas. A demora do pronunciamento da sentença e, após, do trânsito em julgado, por si só é o fator que contribui mais decisivamente para a sensação de que não houve punição, independentemente da decisão em si. Além das inúmeras possibilidades de recursos, agravos, idas e vindas entre instâncias, a própria forma de escrever as leis facilita o apelo à procrastinação e, implicitamente, constitui-se em incentivo à impunidade.

Vale como exemplo a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que, embora defina com riqueza descritiva os delitos contra a Administração Pública, não possui transcrição direta para o Código Penal, e possui em si mesma algumas instruções, introduzidas por medida provisória, sobre como deve decorrer

A demora do pronunciamento da sentença, e após, do trânsito em julgado, por si só, é o fator que contribui mais decisivamente para a sensação de que não houve punição

o trâmite processual, determinando inclusive algumas prerrogativas ao juiz, entre as quais a suspensão de todo o processo quando julgar necessário. Recentemente, ela foi modificada pela Lei nº 12.120/2009, visando alcançar o patrimônio do responsável pela improbidade. A iniciativa governamental é louvável; porém, nesse caso, nada substitui o pronunciamento de sentença de reclusão – ainda que com as amenizações e penas alternativas existentes em lei – como efeito dissuasivo. Dito de forma simples: se a vertente repressiva for somente na direção do patrimônio, o mal-intencionado, além de saber que pode recorrer de inúmeras formas de uma eventual condenação, conclui que o máximo que pode acontecer, se tudo der errado, é a perda do patrimônio indevidamente adquirido; logo, vale a pena tentar. É muito importante trazer esse aspecto à discussão, pois existe uma tendência, nos meios judiciais brasileiros, atualmente, de determinar a prisão – e em última instância – somente para os indivíduos que representam perigo real para a sociedade. O argumento a ser utilizado face a essa tendência é o de que os corruptores e corrompidos, ao comprometer a boa governança, representam um perigo tão ou mais real para a sociedade que os demais crimes.

Outro exemplo é a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), que prevê com detalhes, em sua seção 3, os delitos de frustração do caráter competitivo de licitações, de dispensa indevida, de patrocínio de interesse privado, de favorecimento, de fraude, dentre outros – inclusive com as penas incorri-

das–, todos tendo em comum o objetivo de obter tratamento diferenciado para usufruir de vantagens sem direito. Porém, além de somente um deles estar transcrito para o Código Penal (art. 335 – impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem), as ações com base nesses dispositivos são pouco utilizadas por procuradores, devido à falta de matéria crítica jurisprudencial (em outras palavras, não há um histórico de condenações por isso no Brasil), e carecem de efetividade, devido à dificuldade de constituir provas robustas e determinar de forma cabal os responsáveis.

Como lidar com esse problema da impunidade? Não existe solução milagrosa, mas um caminho que deve ser sempre buscado é observar o que os nossos pares estão fazendo. Durante o ciclo mencionado na introdução, o advogado-geral da Corte de Recursos de Versalhes, Sr. Jean-Pierre Zanoto, discorreu sobre a efetividade da justiça no que tange aos atentados à administração pública cometidos por particulares e por pessoas que exercem uma função pública naquele país. A França possui, em sua legislação penal, no que tange a esse tipo de atentado, a tipificação dos seguintes delitos, dentre outros menos relevantes: abuso de autoridade, favoritismo, conflito de interesses, tomada ilegal de interesse, concussão, subtração e desvio de

bens públicos, corrupção ativa e passiva e tráfico de influência. Embora seja muito prolífico examinar de forma comparada os tipos definidos, esse vasto assunto não será objeto deste artigo, que se limitará a uma constatação muito interessante: o advogado-geral demonstrou que a grande maioria de sentenças condenatórias definitivas aplicadas sobre esses delitos, nos últimos anos, puniram os tipos corrupção ativa, corrupção passiva e tráfico de influência. Os demais tipos apresentaram menor eficácia no que se refere a condenações definitivas, fato atribuído à maior dificuldade de reunir um conjunto probatório robusto. Quanto a esses três tipos, as condenações se consolidaram porque foi mais efetivo demonstrar que houve a obtenção de vantagem sem direito e que houve o contato/acordo. Verifica-se que o Código Penal Francês foi recentemente modificado (2007), de forma a transcrever a tipificação e a penalização previstas na Convenção Penal Contra a Corrupção, de 27.01.1999, do Conselho da Europa, monitorada pelo GRECO (Grupo de Estados Contra a Corrupção), que recomendou, dentre outras medidas, a definição e a transcrição dos três tipos citados para a legislação penal de cada país-membro. Vamos examinar com maior detalhe a definição contida no código francês, em contraponto à contida no código brasileiro.

Código Penal Brasileiro:

Corrupção passiva

"Art. 317 - 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:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa."

Tráfico de influência (Redação dada pela Lei nº 9.127, de 1995)

"Art. 332 - Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função: (Redação dada pela Lei nº 9.127, de 1995)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.127, de 1995)

Parágrafo único - A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário. (Redação dada pela Lei nº 9.127, de 1995)"

Corrupção ativa

"Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário

público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional."

Vejamos o que diz o Código Penal Francês:

Código Penal Francês

Da corrupção passiva e do tráfico de influência cometidos por pessoas que exercem uma função pública

"Artigo 432-11 (Modificado pela Lei nº 1598/2007, de 13.11.2007) É punido com 10 anos de prisão e 150.000 euros de multa o fato, em que incorre uma pessoa depositária de autoridade pública, encarregada de uma missão de serviço público, ou investida de um mandato eletivo, de concordar ou solicitar, sem direito, em qualquer momento, direta ou indiretamente, ofertas, promessas, doações, presentes ou quaisquer vantagens, para si mesma ou para outrem:

1º Para realizar ou se abster de realizar um ato de sua função, de sua missão ou de seu mandato, ou facilitado por sua função, sua missão ou seu mandato;

2º Para abusar de sua influência real ou suposta com vistas a obter de uma autoridade ou de uma administração pública dife-

renciações de tratamento, empregos, contratos ou qualquer outra decisão favorável."

Da corrupção ativa e do tráfico de influência cometido por particulares

"Artigo 433-1 (Modificado pela Lei nº 1598/2007, de 13.11.2007) É punido com 10 anos de prisão e 150.000 euros de multa o fato, em que incorre quem quer que seja, de propor, sem direito, em qualquer momento, direta ou indiretamente, ofertas, promessas, doações, presentes ou quaisquer vantagens a uma pessoa depositária de autoridade pública, encarregada de uma missão ou serviço público ou investida de um mandato eletivo público, por si mesmo ou por outrem, afim:

§1º De que ela realize ou se abstenha de realizar um ato de suas atribuições, de sua missão ou de seu mandato, ou facilitado por sua função, sua missão ou seu mandato;

§2º De que ela abuse de sua influência real ou suposta com vistas a obter de uma autoridade ou de uma administração pública diferenciações de tratamento, empregos, contratos ou qualquer outra decisão favorável.

É punido com as mesmas penas o fato de ceder a uma pessoa depositária de autoridade pública, encarregada de uma missão ou serviço público ou investida de um mandato eletivo público que solicita, sem direito, em qualquer momento, direta ou indiretamente, ofertas, promes-

sas, doações, presentes ou quaisquer vantagens, por si mesmo ou por outrem, a fim de realizar ou se abster de realizar um ato citado no § 1º ou de abusar de sua influência nas condições citadas no §2º.

Artigo 433-2 (Modificado pela Lei nº 1598/2007, de 13.11.2007) É punido com 5 anos de prisão e 75.000 euros de multa o fato, em que incorre quem quer que seja, de concordar ou solicitar, em qualquer momento, direta ou indiretamente, ofertas, promessas, doações, presentes ou quaisquer vantagens, para si mesmo ou para outrem, a fim de abusar de sua influência real ou suposta com vistas a obter de uma autoridade ou de uma administração pública diferenciações de tratamento, empregos, contratos ou qualquer outra decisão favorável.

É punido com as mesmas penas o fato de ceder às solicitações previstas na primeira alínea ou de propor, sem direito, em qualquer momento, direta ou indiretamente, ofertas, promessas, doações, presentes, ou quaisquer vantagens a uma pessoa, por si mesmo ou por outrem, a fim de que ela abuse de sua influência real ou suposta com vistas a obter de uma autoridade de uma administração pública diferenciações de tratamento, empregos, contratos ou qualquer outra decisão favorável.”

Observam-se as seguintes diferenças marcantes:

- No que tange à corrupção ativa, passiva e ao tráfico de influência, o Código Penal Brasileiro menciona vantagem indevida ou promessa. O Código francês amplia esse conceito para qualquer oferta, promessa, doação, presente ou vantagem sem direito, para obtenção de tratamento diferenciado, concessão de empregos, obtenção de contratos e quaisquer outras decisões favoráveis.

- O Código Penal Brasileiro, quanto à corrupção passiva, trata somente do funcionário público. No francês, o agente político também está sujeito às punições, com interdição de direitos civis.

- Na França, a pena é fixada em 10 anos. No Brasil, varia de 2 a 12 anos.

- Na França, a multa é relevante, e o valor está definido no próprio Código Penal. No Brasil, o valor é definido por algum outro normativo, caso existente.

- No Brasil, existe a previsão de punição para os atos de ofício indevidos, ou para a omissão dos atos de ofício devidos. Na França, existe adicionalmente a punição para os atos indevidos facilitados pelo ofício, missão ou mandato, ou omissão de atos devidos facilitados pelo ofício, missão ou mandato, porque a lei trata inclusive de agentes políticos.

- A definição de tráfico de influência na França é muito mais abrangente, punindo a intermediação, mediante influência real ou suposta, por si ou por outrem, com vistas a obter, junto a uma autoridade pública ou administração pública, tratamento diferenciado, concessão de empregos, obtenção de contrato,

vantagem e qualquer outra decisão favorável, para si ou para outrem.

Poder-se-ia pensar, portanto, que o caminho seria tentar propor as mesmas definições a serem implementadas no Código Penal Brasileiro. Contudo, a realidade não é tão simples assim. A cultura comportamental brasileira é diferente da francesa, de forma que o Congresso brasileiro somente aprovaria mudanças dessa monta se viessem por força de uma convenção internacional, e ainda assim seria necessária, no Poder Judiciário, a construção de consenso jurídico e jurisprudência sobre a aplicação, em um meio tradicionalmente conservador. Todavia, o Brasil não faz parte do Conselho da Europa e do GRECO, de modo que a adesão à Convenção Penal do referido conselho não é um processo simples. E mais: não são tão claras, nas instituições brasileiras, as definições do que são as atribuições e vedações de cada cargo e, em decorrência, do que são os atos de ofício devidos e indevidos, assim como não são estabelecidos os procedimentos de forma precisa e, em decorrência, não é claro o que é diferenciação de tratamento. Mas tratarei desse ponto, que na verdade é outra causa, mais adiante.

Portanto, para combater a causa principal descrita, faço duas proposições:

- 1) Iniciar as tratativas – ou dar continuidade a elas – para a adesão brasileira à referida Convenção; e
- 2) Em palavras simples, examinar o que está funcionando, e tratar de melhorar isso. Significa que deve ser

feito um levantamento, junto aos diversos tribunais e instâncias do Poder Judiciário:

- a) dos processos relativos a crimes de corrupção com verba pública;
- b) das sentenças penais ou cíveis nesses processos, de forma a aferir o volume de condenações, provisórias ou definitivas, e de absolvições, assim como o fundamento legal utilizado;
- c) do respectivo trâmite processual, indicando as diversas fases e instâncias pelas quais os processos passaram.

Serge Maurel, conselheiro do Serviço Central de Prevenção da Corrupção francês, exemplificou, durante o ciclo mencionado na introdução, um trabalho similar feito na França em 2008. No caso brasileiro, nas operações recentes da Polícia Federal que envolvem corrupção com dinheiro público, as indicições mais frequentes são por formação de quadrilha, falsidade ideológica, peculato, concussão, dentre outras. Quais desses tipos são mais eficazes na obtenção de condenações, e por que, são exemplos de perguntas a serem respondidas. Uma vez feito esse levantamento, as estratégias para melhorar o índice de condenações podem ser elaboradas de forma mais ponderada.

4. Vertente preventiva

Passo a tratar agora de outra causa das distorções mostradas na Figura 2. Particularmente, da distorção mostrada entre os agentes políticos e o funcionalismo: o ofe-

recimento de vantagens pessoais a funcionários e a indicação política para cargos na administração, tendo como pano de fundo a facilitação para o andamento de procedimentos corrompidos que visam o tratamento diferenciado, para obtenção de vantagens sem direito. Embora a causa mais comumente apontada seja a abundância de cargos em comissão existentes na administração pública brasileira – o que de fato é verdade, se comparado a outros países –, esse problema muitas vezes ocorre como tentativa de substituir uma máquina administrativa lenta e ineficaz, existindo portanto outra causa. A maioria das instituições públicas brasileiras, das três esferas de poder, dispõe hoje, para preencher os seus cargos, de carreiras com maior ou menor grau de estruturação. Ao longo dos últimos anos, com a estabilização econômica, a estruturação vem se traduzindo cada vez mais na definição de uma progressão com diversos níveis salariais, acompanhada de uma estrutura de gratificações para recompensar funções de comando, além da ela-

boração, nas instituições federais e estaduais, assim como na maioria dos municípios, de duas classes de dispositivos administrativo-legais, em muitos casos mesclados e/ou subdivididos:

1) Regimentos, contendo a definição dos diversos cargos e atribuições; e

2) Estatutos, divididos essencialmente em dois conteúdos: as responsabilidades e direitos, de um lado, e as vedações e penalidades, de outro.

De forma geral, essa evolução é positiva, porque fortalece a Administração Pública. Entretanto, existem disfunções, eventualmente não aparentes. Os problemas que ocorrem na elaboração dos regimentos se referem principalmente ao formato organizacional que esses dispositivos definem ou deixam de definir. Dependendo da forma de escrever esses documentos, podem surgir vários formatos organizacionais distorcidos, mais facilmente exemplificados por meio de representação figurativa:

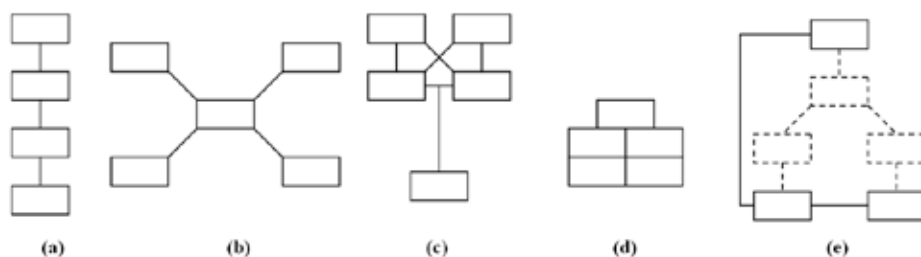


FIGURA 3: Formatos organizacionais distorcidos.

- a) Excesso de cargos de chefia;
- b) Excesso de centralização;
- c) Cargos e atribuições confusas;
- d) Falta de definição de cargos e respectivas atribuições;
- e) Formato organizacional formal não correspondente ao formato organizacional de fato (as linhas pontilhadas representam cargos existentes, porém não efetivos).

Os problemas que ocorrem na elaboração dos estatutos são:

- a) Ausência de definição clara de obrigações e responsabilidades para cada cargo, ou definição de obrigações genéricas e amorfas. Esse problema está ligado à má elaboração do regimento;
- b) Excesso de definição de recompensas e direitos, sem associação ao mérito; e
- c) Definição precária de vedações, sem associação com penalidades.

O resultado é que o servidor bem-intencionado pode se tornar ineficiente ou omissor, porque as consequências positivas e negativas de seus atos não são perceptíveis nem por ele nem por ninguém; e o servidor mal-intencionado aproveita-se da má elaboração de estatutos e regimentos, que ao fim gera impunidade, para alimentar a distorção mostrada na Figura 2, ou seja, aceitar vantagens para facilitar o andamento de processos corrompidos.

Para ilustrar melhor esse problema e suas causas, vamos tomar como exemplo uma repartição pública fictícia, cuja missão não importa para os efeitos do que se quer demonstrar.

Para executar sua missão, a repartição possui quatro atribuições reais: definição, aquisição, implantação e pagamento de bens e serviços. Essas atribuições existem de fato, mas na prática estão definidas de maneira informal, com procedimentos não escritos. O regimento interno da repartição contém uma nomenclatura com a definição básica dos diversos cargos. Existe um estatuto geral, que define como obrigações o zelo, a urbanidade e a eficiência no trato da coisa pública; como direitos, uma tabela salarial, progressões, licenças e férias; e como penalidades, a advertência, suspensão e demissão. Uma análise mais aprofundada permite identificar a estrutura real de funcionamento, que está representada na Figura 4, a seguir. Nessa figura, as linhas representam os funcionários e os respectivos cargos, e as colunas, as atribuições. A existência de uma atribuição associada a um determinado cargo foi indicada por "SIM".

(Ver Figura 4 - Exemplo de Organização em uma Repartição Pública)

A princípio, parece uma repartição enxuta e organizada. Os cargos estão definidos em regimento, e as atribuições existem, embora informais; os servidores estão satisfeitos com a existência de carreiras razoavelmente estruturadas; e seus direitos estão definidos e garantidos por um estatuto. Contudo, um olhar mais atento identifica a existência de todas as cinco disfunções mostradas na Figura 3.

- a) Existe um excesso não explicado de cargos de chefia. Nota-se que o cargo de Chefe de Repartição e

Subchefe são praticamente duplicados; em contrapartida, só existe um servidor encarregado da Implantação dos serviços;

b) Existe uma centralização indevida de atribuições nos cargos de Chefe de Repartição e Subchefe. Estes cargos possuem atribuições para fazer praticamente tudo. Isso constitui-se em fragilidade extrema do ponto de vista de prevenção, pois não existem segregação de funções e salvaguardas internas para impedir a ação de má-fé por parte dos ocupantes;

c) Existem atribuições confusas: o Chefe Adjunto tem ingerência na escolha do(s) fornecedor(es) de uma aquisição, e o Assessor tem poder para fazer um pagamento;

d) Falta definição de atribuições: Na área de Pagamento, por exemplo, todos fazem tudo, e não existe ninguém responsável pelo Controle, o que novamente constitui-se em ausência de segregação de funções;

e) O formato organizacional formal não existe, somente o formato de fato. E, neste, as atribuições de Aprovação, Revisão, Verificação e Controle, essenciais para prevenção, carecem de cargos próprios para realizá-las, tornando-se na prática não-efetivas.

No que tange ao estatuto, não existe um sistema de recompensa ao mérito e de vedações e penalidades associadas. A inexistência de recompensa ao mérito é um prêmio ao funcionário ineficiente, por não diferenciar a sua atuação da do funcionário eficiente. O fato das atribuições não estarem formalizadas e individualizadas por cargo, assim como o de não existirem vedações, não permitem que uma infração

possa ter um responsável claramente constatado, e, mesmo que porventura se alcance uma responsabilização, o fato das infrações não estarem associadas a penalidades permite a discricionariedade na aplicação das mesmas, dando causa a abrandamentos ou questionamentos em outras instâncias.

Para atacar este problema, deve-se organizar um esforço concentrado em melhorias nos regimentos e estatutos para as diversas instituições públicas, os quais devem, inclusive, ser mencionados nos editais de concursos públicos para preenchimento de cargos. Essas melhorias devem vir de encontro às fragilidades apontadas, ou seja, devem buscar definir, nos regimentos:

- Uma quantidade ótima de cargos de chefia;
- Cargos que reflitam as funções estritamente necessárias ao funcionamento real da entidade, organizados, em analogia com a construção civil, como blocos intertravados;
- Atribuições que permitam a segregação de funções e o controle interno implícito.

E nos estatutos:

- Obrigações e responsabilidades para cada cargo;
- Direitos e recompensas associadas ao mérito;
- Vedações e proibições, claramente associadas a penalidades.

Vejamos, na Figura 5, como ficaria a repartição pública do exemplo após tal esforço:

(Ver Figura 5 - Exemplo de Reorganização de Cargos e Atribuições em uma Repartição Pública)

Nessa nova repartição, torna-se mais difícil a indicação política de cargos de chefia, já que são poucos; e, mesmo que essa venha a ocorrer, o que é porventura justificável e legítimo, torna-se mais difícil a facilitação, o preparo, andamento e consecução de processos corrompidos, ao limitar a capacidade de ação do funcionário mal-intencionado - devido à existência de instâncias internas de aprovação, revisão, verificação e controle segregadas dentro do próprio quadro de cargos da instituição - e a ineficiência ou omissão do funcionário relapso - devido ao temor de incorrer em vedações caracterizadas em estatuto e de fato penalizadas, uma vez que as atribuições estão formalizadas e individualizadas. Observa-se a preocupação em interpor os cargos e atribuições de forma que a consecução completa de uma atribuição tem que passar, no mínimo, por duas instâncias segregadas. Ao limitar a dessa forma a pequena corrupção, atravança-se o caminho da grande corrupção, pois será necessária a cooptação de muito mais níveis e instâncias dentro das instituições, aumentando-se imensamente o risco de ser descoberto ou de perder o controle.

Existe um outro efeito benéfico adicional para a dissuasão da corrupção: a definição clara das atribuições, de forma segregada, torna mais cristalina a constatação da ocorrência de um ato de ofício indevido, da ocorrência de omissão de um ato de

ofício devido e da ocorrência de tratamento diferenciado, assim como quem lhes deu causa. Essa constatação, além de viabilizar eventuais punições administrativas, torna viável a responsabilização penal por corrupção ativa, passiva ou tráfico de influência, quando aliada à demonstração de que houve acordo e recebimento de vantagem indevida. Este efeito será imediatamente notado e sopesado no momento da decisão de agir de má-fé, tanto pelo corruptor quanto pelo corrompido. Todavia, para este efeito se consolidar, as condenações e aplicações de penalidades efetivas, tratadas no capítulo anterior, devem se revestir de realidade mais palpável que a atual.

Não é fácil, contudo, a implementação dessa estratégia de prevenção, devido ao extenso conjunto de pessoas jurídicas de direito público interno existentes no Brasil, bem como de inúmeras entidades da administração indireta, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mistas, fundações e entidades para-fiscais, nas três esferas de poder, cada qual com um arcabouço administrativo-legal próprio. A reorganização de estatutos e regimentos distorcidos é um processo político que demanda uma conquista de mentalidades e convergência de forças, pois mexe com fortes interesses corporativos. O processo de mudança deve ser catalisado a partir de uma fonte externa às instituições, porém não tem seguimento se não tiver apoio interno.

A instalação pura e simples de uma instância de controle interno

nas instituições, mesmo que ligada a uma outra instância externa, não funciona a contento. Quando os regimentos e estatutos apresentam as distorções mostradas, a implantação de auditorias internas, isoladamente, não gera efeitos práticos, pois o trabalho da auditoria interna se perde na própria distorção, no máximo servindo como subsídio para os órgãos de controle externos, a posteriori. Embora útil e necessária, a auditoria interna pouco pode dentro desse contexto.

Uma boa forma de colocar em marcha essa catalisação é a iniciativa de escrever e estabelecer códigos de ética e de conduta. Esses códigos estabelecem valores almejados e definem comportamentos indesejáveis, e em geral não determinam punições administrativas, limitando-se, no máximo, à penalidade de censura pública. Não impactam diretamente o problema dos estatutos e regimentos distorcidos, mas dão início a um processo de discussão interna e de mudança de valores, que contribui para a desvalorização da cultura de individualismo e, ao longo do tempo, leva à modificação das distorções descritas. Contudo, essa desejada modificação não acontece por si mesma. O esforço para escrever e estabelecer códigos de ética e de conduta não gera efeitos duradouros sem a necessária reorganização de estatutos e regimentos distorcidos. Por si só, a implantação de um código de ética ou de conduta para uma determinada categoria tem um impacto moral sobre aqueles que agem de boa-fé, que são a maioria, e que procurarão se tornar mais atentos às suas próprias atividades em função dos valores propagados. Porém, com o tem-

po, se não acontece a reorganização estatutária e regimental, essa maioria passará a dar menos importância às regras de conduta, ao perceber que, para uma minoria que se sente segura com as distorções, a abordagem não funciona e não há consequências. Os códigos de ética ou de conduta passarão a ser um paliativo para as dificuldades de implementar mudanças em regimentos e estatutos. Ao contrário, tornar-se-ão mais efetivos, na medida em que forem absorvidos pelo próprio estatuto da categoria, aumentando e enriquecendo o conjunto previsto de atribuições, infrações e as respectivas recompensas e penalidades. Na França, estes códigos são denominados Códigos de Deontologia. Segundo Christian VIGOUROUX, deontologia é o estudo dos princípios, fundamentos e sistemas de moral, bem como dos tratados de deveres. Estes códigos são peças administrativo-legais para as diversas categorias de servidores e agentes políticos franceses, contendo princípios éticos, princípios organizacionais preventivos, deveres e regras de conduta, em processo contínuo de aprimoramento. Na França, estes Códigos de Deontologia possuem o mesmo peso legal que os Estatutos.

Portanto, para combater a causa principal descrita, faço duas proposições:

- 1) Promover a reorganização de regimentos e estatutos, nas diversas instituições públicas brasileiras das três esferas de poder, com vistas a eliminar as distorções e definir a quantidade ótima de cargos de chefia; cargos que reflitam as funções estritamente necessárias ao funcionamen-

to real da entidade, organizados, em analogia com a construção civil, como blocos intertravados; atribuições que permitam a segregação de funções e o controle interno implícito; obrigações e responsabilidades para cada cargo; direitos e recompensas associadas ao mérito; e vedações e proibições, claramente associadas a penalidades. Este processo deve partir de uma fonte externa, que consiga articular apoio interno.

2) Incentivar e acompanhar a elaboração de Códigos de Ética e de Conduta para as diversas instituições, assim como o processo de incorporação desses códigos aos regimentos e estatutos;

5. Conclusão

A corrupção é uma chaga existente em todas as sociedades. O tema é complexo e envolve de forma ampla aspectos culturais, antropológicos, sociológicos, psicológicos e comportamentais, sendo apaixonante por tratar de realidades e valores intensamente humanos. Segundo o filósofo espanhol Xavier Zubiri, “a realidade é, ainda que não valha; e o valor vale, ainda que não seja.”

São propostas duas estratégias, uma de vertente repressiva, e outra de vertente preventiva, as quais se baseiam em uma massa crítica de conhecimento internacional adaptada à realidade brasileira. Dentro dessas vertentes são propostas quatro linhas de ação:

1) Iniciar ou dar continuidade às tratativas para a adesão brasileira à

Convenção Penal contra a Corrupção do Conselho da Europa, de 27/01/1999, monitorada pelo GRECO (Grupo de Estados contra a Corrupção);

2) Elaborar um levantamento, junto aos diversos tribunais e instâncias do poder judiciário: dos processos relativos a crimes de corrupção com verba pública; das sentenças penais ou cíveis nestes processos, de forma a aferir o volume de condenações, provisórias ou definitivas, e de absolvições, assim como o fundamento legal utilizado; e do respectivo trâmite processual, indicando as diversas fases e instâncias pelas quais os processos passaram. Uma vez feito este levantamento, as estratégias para melhorar o índice de condenações podem ser elaboradas de forma mais ponderada.

3) Promover a reorganização de regimentos e estatutos, nas diversas instituições públicas brasileiras das três esferas de poder, com vistas a eliminar as distorções e definir a quantidade ótima de cargos de chefia; cargos que reflitam as funções estritamente necessárias ao funcionamento real da entidade, organizados, em analogia com a construção civil, como blocos intertravados; atribuições que permitam a segregação de funções e o controle interno implícito; obrigações e responsabilidades para cada cargo; direitos e recompensas associadas ao mérito; vedações e proibições, claramente associadas a penalidades.

4) Incentivar e acompanhar a elaboração de Códigos de Ética e de Conduta para as diversas instituições, assim como o processo de incorporação desses códigos aos respectivos regimentos e estatutos.

ORGANIZAÇÃO		DEFINIÇÃO			AQUISIÇÃO			IMPLANTAÇÃO			PAGAMENTO			
NOME	CARGO	Pré-projeto	Projeto	Aprovação	Preparo	Escolha	Revisão	Recebimento	Instalação	Verificação	Cálculo	Pagamento	Registro	Controle
João	Chefe Repartição	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM
José	Subchefe	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM
Marcos	Chefe Adjunto					SIM								
Farias	Assessor											SIM		
DEFINIÇÃO														
Carlos	Chefe Projeto	SIM	SIM		SIM									
Jacinto	Assistente Adm	SIM												
Regina	Assistente Adm		SIM											
AQUISIÇÃO														
Dolores	Presidente CPL				SIM	SIM								
Raimundo	Analista				SIM	SIM								
Joaquim	Analista				SIM	SIM								
Roberta	Assistente Adm				SIM									
IMPLANTAÇÃO														
Manoel	Técnico							SIM	SIM					
PAGAMENTO														
Maria	Chefe Financeiro										SIM	SIM	SIM	
Rubens	Contador										SIM	SIM	SIM	
Davi	Analista										SIM	SIM	SIM	
Marcelo	Analista										SIM	SIM	SIM	
Carla	Assistente Adm										SIM			

FIGURA 4: Exemplo de organização em uma repartição pública.

ORGANIZAÇÃO		DEFINIÇÃO			AQUISIÇÃO			IMPLANTAÇÃO			PAGAMENTO			
NOME	CARGO	Pré-projeto	Projeto	Aprovação	Preparo	Escolha	Revisão	Recebimento	Instalação	Verificação	Cálculo	Pagamento	Registro	Controle
João	Chefe Repartição			SIM			SIM			SIM				SIM
DEFINIÇÃO														
Carlos	Chefe Projeto	SIM	SIM	SIM										
Jacinto	Assistente Adm	SIM												
Regina	Assistente Adm		SIM											
AQUISIÇÃO														
Dolores	Presidente CPL				SIM	SIM	SIM							
Raimundo	Analista				SIM									
Joaquim	Analista					SIM								
Roberta	Assistente Adm						SIM							
IMPLANTAÇÃO														
José	Chefe de Serviço							SIM	SIM	SIM				
Farias	Técnico							SIM						
Manoel	Técnico								SIM					
PAGAMENTO														
Maria	Chefe Financeiro										SIM	SIM	SIM	SIM
Davi	Analista									SIM				
Marcelo	Analista										SIM			
Rubens	Contador												SIM	
Carla	Assistente Adm													SIM

FIGURA 5: Exemplo de Reorganização de Cargos e Atribuições em uma Repartição Pública

Referências Bibliográficas

CARTIER-BRESSON, J. - Économie Politique de la Corruption et de la Gouvernance. Paris: L'Harmattan, 2008, 242 p., 22 x 14 cm (Éthique Économique), ISBN 978-2-296-07396-8.

ZANOTO, J.P. - Corruption et Administrations. In: ENA École Nationale d'Administration - Cycle International Spécialisé d'Administration Publique - La Corruption: Realités Économiques et Moyens de Lutte, 2010, Paris.

BRASIL. Lei de Improbidade Administrativa. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm

BRASIL. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm

CONSEIL DE L'EUROPE. STE Nº 173. Convention Pénale sur la Corruption.

Strasbourg, 27.1.1999. Disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/treaties/html/173.htm>

BRASIL. Código Penal. Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm

FRANCE. Code Pénal - Version consolidée au 11 Juillet 2010. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.br>

MAUREL, S. - Service Central de Prévention de la Corruption - Rapport pour l'année 2008 au Premier Ministre et au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice. In: ENA École Nationale d'Administration - Cycle International Spécialisé d'Administration Publique - La Corruption: Realités Économiques et Moyens de Lutte, 2010, Paris.

VIGOUROUX, C. - Déontologie des Fonctions Publiques. Paris: Dalloz-Sirey, 2006, 786 p., 21 x 15 cm, ISBN 2-247-07045-0.

A concessão de assistência jurídica aos agentes públicos – exame da legitimidade

Cibely Pelegrino Chagas, especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Advogada da União, lotada na Assessoria Jurídica da CGU.

1. Introdução

A prestação de assistência jurídica pela Administração Pública aos seus agentes tem suscitado veementes discussões e manifestações de repulsa por parte dos integrantes de diversos setores da sociedade brasileira, em especial do cidadão comum.

Tamanha rejeição se deve, em grande parte, às recorrentes denúncias de corrupção e desvio de verbas públicas, muitas vezes praticadas por integrantes do primeiro escalão do governo. Assistimos, estarecidos, às notícias de fraudes a licitações, superfaturamento de obras, verbas desviadas da merenda escolar, rombos no caixa da previdência, grandes somas de dinheiro depositadas em contas no exterior. A lista de falcatruas é tão grande quanto a mente perniciososa desses ocupantes de cargos públicos, que não podem ser chama-

dos de servidores públicos, no verdadeiro sentido do termo.

Daí nossa irresignação, ante a notícia de que recursos do erário serão empregados na defesa de dirigentes de órgãos públicos e de estatais.

Contudo, nem sempre os apontados em investigações preliminares são aqueles que realmente lesaram os cofres públicos. Não raro, os verdadeiros corruptos se aproveitam da boa fé de seus subordinados, que acabam envolvidos em escândalos sem ter qualquer participação nos ilícitos descobertos.

Também a imprensa, visando ao “furo de reportagem”, muitas vezes não apura devidamente os fatos e condutas sem qualquer vício de irregularidade são apontadas como ilícitas, resultando na indevida e cruel difamação de gestores públicos. Nesses casos, em que o servidor é

injusta e precipitadamente inculpa- do, seria correto fosse ele relegado à sua própria sorte, tendo atuado em prol da Administração? Certamente que não.

Por outro lado, há casos em que, apesar das fortes evidências de ilegalidade e imoralidade, advogados de renome são contratados para defender os acusados, às custas dos cofres públicos, louvando-se no princípio constitucional da presunção de inocência.

Então, diante do aforismo de que ninguém pode ser considerado culpado até que se prove o contrário, como deve a Administração discernir as situações em que é cabível a defesa institucional do agente público, daquelas em que o patrocínio, a princípio, se mostra vedado, em razão dos indícios de ilegalidade e imoralidade na conduta? É o que o presente estudo pretende aclarar, a partir da disciplina legal sobre o tema.

2. A concessão de assistência jurídica pela Administração Pública

A primeira questão a ser dirimida refere-se à **possibilidade** da concessão de assistência jurídica aos integrantes da Administração Pública direta e indireta. E, sendo possível, **quando, como e sob quais condições deve ser efetivada**.

A Advocacia-Geral da União é a instituição legalmente autorizada a representar judicialmente os titulares e membros dos três Poderes da

Há casos em que, apesar das fortes evidências de ilegalidade e imoralidade, advogados de renome são contratados para defender os acusados, às custas dos cofres públicos.

República, bem como os ocupantes de cargos de direção e assessoramento superiores, quanto aos atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regimentais. É o que prescreve o art. 22 da Lei nº 9.028/95, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31.8.2001¹, cuja dicção é a seguinte:

Art. 22. A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas

¹ A Medida Provisória nº 2.216-37, de 31.8.2001, altera dispositivos da Lei nº 9.649, de 27.5.1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.

federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar habeas corpus e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo.

§ 1º *O disposto neste artigo aplica-se aos ex-titulares dos cargos ou funções referidos no caput, e ainda:*

I - aos designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei no 6.024, de 13 de março de 1974, nos Decretos-Leis nos 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; e

II - aos militares das Forças Armadas e aos integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial.

2º - O Advogado-Geral da União, em ato próprio, poderá disciplinar a representação autorizada por este artigo. (grifei)

O dispositivo transcrito deixa claro que a autorização para represen-

tação judicial dos agentes públicos pela Advocacia-Geral da União está condicionada a dois requisitos indispensáveis: a) a natureza estritamente funcional do ato praticado e b) a configuração de interesse público na defesa da legitimidade de tal ato. Essa restrição visa evitar possível conflito de interesses entre **a defesa do patrimônio público** e **a defesa da autoridade pública**.

Além disso, a decisão acerca da legitimidade da defesa institucional obriga ainda a um juízo prévio de valor quanto à **verossimilhança** das alegações postas na ação contra o servidor ou agente público. Essa análise prévia, conforme acentuado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando Advogado-Geral da União (Brasília, s.d.), é imprescindível

justamente para prevenir situações em que o servidor acionado, que tenha contra si severas e pesadas acusações de prática de atos ilegítimos (com substanciais elementos sinalizadores ou evidenciadores de tal procedimento, nos autos), venha a ter a prática de tais atos, pelo menos no primeiro momento processual, indevidamente legitimada pela assunção de sua defesa pela Advocacia-Geral da União.

Contudo, o art. 22 da Lei nº 9.028 alcança somente os ocupantes de cargos na Administração Pública **direta** e, quanto às entidades da Administração Pública **indireta**, somente aquelas de **direito público** (autarquias e fundações públicas). Vale dizer, **não se aplica**

aos ocupantes de cargos nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista (pessoas jurídicas de direito privado, referidas genericamente como “estatais”). Quanto a esses agentes, não há norma legal que autorize a representação judicial para a defesa dos atos funcionais. Entretanto, estende-se a eles a mesma presunção de legitimidade dos atos praticados pelos titulares de cargos da Administração direta e das autarquias e fundações públicas, vez que, pelo menos em princípio, sua atuação ocorre em nome e no interesse da entidade que representam.

Nesse contexto, forçoso admitir que a assistência jurídica no âmbito das estatais encontra guarida nos princípios que norteiam a própria Administração Pública, em especial, o da impessoalidade e da razoabilidade. Isso porque as mesmas razões que justificam a defesa institucional dos agentes especificados no art. 22 da Lei nº 9.028, também hão de justificar a defesa dos ocupantes de cargos nas empresas públicas e das sociedades de economia mista, **quanto aos atos praticados em cumprimento da lei e visando ao interesse da entidade.**

Demonstrada, pois, a legitimidade na prestação da defesa institucional dos dirigentes da Administração Pública **direta e indireta**, o ponto nodal da questão é **quando** será ela prestada.

Em cumprimento ao §2º do art. 22 da Lei nº 9.028/95, o Advogado-Geral da União editou a Portaria nº

408, de 23.3.2009, estabelecendo os critérios para que a AGU exerça a representação judicial dos agentes públicos. Destarte, não havendo disciplina legal própria para as estatais, entendo que se deve aplicar, por analogia, a diretriz traçada pela Lei nº 9.028/95, com a regulamentação dada pela Advocacia-Geral da União.

Pois bem. Merecem destaque as seguintes disposições da Portaria/AGU nº 408/2009:

Art. 2º. A representação de agentes públicos somente ocorrerá por solicitação do interessado e desde que o ato pelo qual esteja sendo demandado em juízo tenha sido praticado no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, na defesa do interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas no art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995.

Parágrafo único. O pedido de representação judicial pode ser formulado antes ou durante o transcurso do inquérito ou do processo judicial.

Art. 4º. [...]

§ 4º A decisão quanto à representação judicial do agente público deve conter, no mínimo, o exame exposto dos seguintes pontos:

I - enquadramento funcional do agente público nas situações previstas no art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995;

II - natureza estritamente funcional do ato impugnado;

III - existência de interesse público na defesa da legitimidade do ato impugnado;

IV - existência ou não de prévia manifestação de órgão da AGU ou da PGF responsável pela consultoria e assessoramento da autarquia ou fundação pública federal sobre o ato impugnado;

V - consonância ou não do ato impugnado com a orientação jurídica definida pelo Advogado-Geral da União, pelo Procurador-Geral Federal ou pelo órgão de execução da AGU ou da PGF;

VI - narrativa sobre o mérito e pronunciamento sobre o atendimento aos princípios que norteiam a Administração Pública.

Art. 6º. Não cabe a representação judicial do agente público quando se observar:

I - não terem sido os atos praticados no estrito exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares;

II - não ter havido a prévia análise do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, nas hipóteses em que a legislação assim o exige;

III - ter sido o ato impugnado praticado em dissonância com a orientação, se existente, do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, que tenha apontado expressamente a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato, salvo se possuir outro fundamento jurídico razoável e legítimo;

IV - incompatibilidade com o interesse público no caso concreto;

V - conduta com abuso ou desvio de poder, ilegalidade, improbidade ou imoralidade administrativa, especialmente se comprovados e reconhecidos administrativamente por órgão de auditoria ou correição;

VI - que a autoria, materialidade ou responsabilidade do requerente tenha feito coisa julgada na esfera cível ou penal;

VII - ter sido levado a juízo por requerimento da União, autarquia ou fundação pública federal, inclusive por força de intervenção de terceiros ou litisconsórcio necessário;

VIII - que se trata de pedido de representação, como parte autora, em ações de indenizações por danos materiais ou morais, em proveito próprio do requerente;

IX - não ter o requerimento atendido os requisitos mínimos exigidos pelo art. 4º; ou

X - o patrocínio concomitante por advogado privado. (grifei)

Vê-se que a Portaria/AGU nº 408 reiterou os requisitos legais que autorizam a defesa institucional, consistentes na natureza estritamente funcional do ato impugnado e da existência de interesse público na defesa da sua legitimidade. O propósito é evitar a defesa de atos ilegítimos ou a concessão do benefício em situações em que o requerente não atuou em prol da entidade, mas no seu próprio interesse ou no interesse de terceiros.

Nesse sentido, deve ser ressaltada a advertência feita pelo ex-Consultor-Geral da União, Manoel Lauro Volkmer de Castilho, no Despacho nº 473/2004, quanto à dificuldade na definição do **interesse público**, em nome do qual as autoridades às quais a Lei nº 9.028/95 dispensa a representação judicial por parte da AGU, tenham praticado atos que, posteriormente, são questionados em ações civis ou penais. Naquela oportunidade, assim ponderou o Sr. Consultor-Geral da União:

Salvo melhor juízo, 'interesse público' [...] pode ser definido ou identificado como a qualidade do que não é particular ou que tenha por objeto principal o interesse particular, de tal modo que é do interesse público toda a ação ou conduta lícita que, por meios igualmente lícitos e regulares, tenham sido legitimamente praticados com o deliberado propósito de alcançar objetivo público ou identificado como tal. Sem essa qualificação ou havendo dúvida fundada e justificada sobre qualquer dos elementos caracterizadores do 'interesse público' conforme inserido na cláusula respectiva do art. 22 da Lei nº 9.028/95 fica o administrador desobrigado de sua aplicação. Aqui, opera o brocardo às avessas: na dúvida não cabe o privilégio funcional. (grifos do original)

A concessão da assistência jurídica depende, ainda, da ocorrência de um conjunto de circunstâncias objetivas, **que devem ser verificadas caso a caso**, inclusive com menção

à existência de cada uma delas na decisão que deferir o benefício, a qual, por sua vez, há de estar suficientemente motivada, consoante o que determina o art. 50 da Lei nº 9.784/99.

E não é só. Antes de decidir-se pela concessão, a autoridade responsável deve verificar se não se trata de hipótese em que a Portaria nº 408 veda, prima facie, a defesa institucional. Quanto ao ponto, deve ser mencionada, pela pertinência com a atuação desta Controladoria-Geral da União, a vedação da assistência **quando a ilegalidade, a imoralidade ou a improbidade estiverem reconhecidas administrativamente, por órgão de auditoria ou correição.**

Por tais regras, depreende-se que a defesa institucional dos atos praticados pelos agentes públicos deve ser precedida, sempre, de percuciente e cautelosa análise de cada situação em concreto. Essa análise, na maioria das vezes, é feita previamente à conclusão final acerca da culpabilidade do agente, incumbindo à autoridade avaliar, a partir dos elementos de prova previamente colididos, se a conduta foi praticada nos limites das atribuições regimentais do agente, na defesa do interesse público e isenta de qualquer ilegalidade.

Por isso, o princípio da presunção de inocência, tampouco a inexistência de condenação transitada em julgado, não podem ser invocados como justificativa para a concessão indiscriminada do benefício. Caso assim fosse, jamais seria possí-

vel negar o pedido de assistência jurídica, já que ela se presta, justamente, para a defesa em processos ainda em tramitação.

3. Necessidade de licitação e hipóteses de inexigibilidade

Enfrentada a questão acerca de **quando** é possível a prestação de assistência jurídica, faz-se necessário esclarecer **como** será ela prestada: pelo corpo jurídico próprio da entidade, quando existente, ou mediante a contratação de serviços advocatícios externos.

Reitere-se que, para a defesa dos titulares de cargos junto à Administração direta e indireta, a representação judicial está a cargo da Advocacia-Geral da União. Porém, na Administração indireta, a representação pela AGU restringe-se somente às pessoas jurídicas de direito público (autarquias e fundações públicas), de sorte que não alcança as empresas públicas e as sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado, que podem contar, ou não, com quadro jurídico próprio. Ocorre que a existência de advogados no quadro de pessoal não tem impedido as estatais de contratar advogados particulares para a defesa de seus dirigentes e ex-dirigentes, como ordinariamente se vê.

O Tribunal de Contas da União tem admitido a contratação de serviços de advocacia externa nas seguintes situações: a) em função de demanda excessiva do corpo jurídico

da entidade; b) quando houver conflito de interesses entre a instituição e os integrantes do corpo jurídico; c) em função da especificidade da questão a ser discutida.

Nesse prisma, pode-se concluir que a assistência jurídica há de ser prestada, preferencialmente, pelo corpo jurídico da própria entidade, se existente. A contratação externa deve ser a exceção, na eventualidade das situações acima descritas.

Remanesce a questão, não menos polêmica, se a contratação externa, quando admissível, há de ser feita **com ou sem licitação**.

A situação que mais sugere questionamentos é a que envolve a especificidade da matéria objeto da defesa, reclamando maior especialização do advogado a ser contratado. O TCU, por diversas vezes, tem recriado a contratação direta de escritórios de advocacia, por inexigibilidade de licitação, sob alegação de “notória especialização” do profissional, quando não preenchidos os requisitos do art. 25, II e §1º, da Lei nº 8.666/93².

O dispositivo legal citado diz que é inexigível a licitação, por ser inviável a competição, para contratar serviço técnico-especializado que ostente natureza singular, a ser prestado por profissional ou empresa de notória especialização.

2 Vide, por exemplo, os julgados proferidos na Decisão 30/93-P, Decisão 342/93-P, Decisão 505/93-P e Decisão 014-92-P.

Entretanto, para caracterizar a situação de inviabilidade de competição, é necessária a presença **simultânea** dos três requisitos legais: a) que se trate de serviço técnico-especializado; b) que esse serviço ostente natureza singular e c) que seja prestado por profissional notoriamente especializado no assunto.

A verificação do primeiro requisito não traz maiores dificuldades, uma vez que o artigo 13 da Lei nº 8.666 indica, no inciso V, como serviço técnico-especializado, o “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas”. Porém, o mesmo não se pode dizer quanto aos outros dois requisitos, que tratam da **singularidade do serviço** a ser prestado e da **notoriedade do profissional** a ser contratado.

Entende-se por serviço singular aquele que é individualizado frente aos demais, ou seja, possui uma característica que o distingue, que o torna incomum. Singular é o objeto do contrato, não o executor do serviço. É exatamente a singularidade do objeto que inviabiliza a competição entre os diversos profissionais. Como adverte Adilson Abreu Dallari (2006, p. 59),

existem serviços que, não obstante requeiram acentuada habilitação técnica, podem ser realizados por uma pluralidade de profissionais ou empresas especializadas, indistintamente. [...] Entendemos que serviço técnico profissional especializado suficiente para dispensar qualquer tipo de licitação é somente

aquele de caráter singular, que exija de seu executante conhecimentos extraordinários ou o domínio de técnicas ainda não assimiladas pela generalidade dos profissionais.

Trata-se, assim, de serviço pouco difundido, excepcional, incomum, dominado por poucos especialistas. Isso porque, mesmo um serviço técnico que, ao surgir, exigia conhecimentos elevados, com o correr do tempo vai-se tornando comum, corriqueiro, executado por inúmeros profissionais.

Conforme ressaltado pelo Ministro Benjamin Zymler, no voto condutor do Acórdão 3.095/2008,

a natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional ‘especializado’. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional.

[...]

Apenas a experiência, portanto, não é suficiente para justificar a inobservância do princípio insculpido no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que prescreve, como regra, a licitação, não sendo “suficientes para respaldar esse tipo de contratação meras alegações de que se tratava de advogado de ‘renome’ ou de ‘grande especialização’”

(v. Acórdão nº 31/2008-TCU-Plenário).

O terceiro requisito para justificar a contratação direta refere-se à notória especialização do profissional ou empresa a ser contratada. Não se deve confundir, aqui, **notoriedade** com **popularidade**. A notória especialização decorre do conceito geral do profissional, adquirido em função de seu desempenho em trabalhos anteriores, aliado a estudos, experiências e publicações técnicas ou científicas, atestando sua capacidade acerca da matéria.

Nesse sentido, confira-se o acórdão da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido no REsp 436.869/SP (DJ 1º.2.2006), que considerou ilegal a contratação de serviços advocatícios especializados, mas não singulares, do qual extraio o seguinte excerto:

Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos a ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados – em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade – que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação. (grifei)

É preciso ter em conta, ainda, que a obrigação de licitar decorre de mandamento constitucional, de

modo que os dispositivos que a dispensam devem ser restritivamente interpretados e sua aplicação no caso concreto deve restar inquestionável. Portanto, é preciso que se demonstre a necessidade de se contratar um profissional notoriamente especializado e que haja real necessidade dessa especialização.

O que se pretende enfatizar é que **a contratação de advogados depende de prévia licitação**. Essa é a regra. A contratação sem licitação está autorizada apenas quando se tratar de causa judicial tão complexa que apenas determinado profissional ou escritório, em face de sua notória e incontestável especialização, teria condições de promover a defesa a contento.

Registre-se, finalmente, que, mesmo presentes as condicionantes que autorizam a não efetivação do certame, o TCU recomenda duas providências adicionais para amparar a contratação direta:

1ª - promover a pré-qualificação dos profissionais aptos à prestação dos serviços advocatícios que se deseja contratar, adotando-se sistemática objetiva e imparcial de distribuição das causas entre os interessados pré-qualificados, de forma a resguardar o respeito aos princípios da publicidade e da igualdade;

2ª - o contrato deve conter cláusula que estabeleça a obrigação de que os serviços especializados sejam prestados pessoalmente pelo próprio advogado cujo renome e grau de especialização justificaram a ine-

É preciso que se demonstre a necessidade de se contratar um profissional notoriamente especializado e que haja real necessidade dessa especialização.

xigibilidade de licitação, conforme prevê o §3º do art. 13 da Lei nº 8.666/93 (ou seja, descabe o subestabelecimento de poderes para outro advogado, ainda que do mesmo escritório)³.

Acrescenta, ainda, o TCU, que a contratação deve ser feita para o caso específico, não se justificando, portanto, firmar contratos da espécie visando à representação judicial de forma continuada⁴.

No que respeita à contratação externa com fundamento no **volume excessivo de serviço do corpo jurídico** ou na existência de **conflito de interesses dos advogados com a entidade empregadora**, é imprescindível a observância do processo licitatório. Caso ocorra alguma circunstância que inviabilize a competição (por exemplo, a premência do tempo), deve o gestor lançar mão dos profissionais pré-qualificados, a fim de resguardar os princípios constitucionais administrativos.

3 Conforme Decisão nº 069/93-P e Acórdão nº 250/2002.

4 Conforme Decisão nº 494/94-P.

Idêntica providência deve ser observada em outras circunstâncias em que se mostre inviável a competição, já que o art. 25 da Lei nº 8.666/93, ao enumerar os casos de inexigibilidade de licitação, não o fez de forma exaustiva. Assim, podem ocorrer situações outras que inviabilizem a competição, além daquelas enumeradas pela lei. Nessas situações, a pré-qualificação também se impõe.

Essa, inclusive, a orientação da Advocacia-Geral da União, manifestada no Parecer GQ-77, da Consultoria-Geral da União, que assim concluiu, verbis:

[...]

f) a enumeração do artigo 25 é exemplificativa (ver itens 27 e 30.4) e permite a contratação na hipótese de qualquer outra situação em que seja inviável a competição; as peculiaridades e as circunstâncias de cada caso devem ser analisadas. Ao administrador cabe o exame da conveniência e da oportunidade da contratação. Há margem de discricionariedade para agir, devendo ele estar atento aos princípios da administração pública; mas, g) quando não se tratar de serviço de natureza singular, embora inviável a competição, a execução pode ser feita por mais de um profissional. Em respeito ao princípio da igualdade, o administrador deve proceder à pré-qualificação (artigo 114) dos interessados e, conforme determina o Tribunal de Contas da União, à "implantação de uma sistemática

objetiva para a adjudicação dos contratos aos advogados externos”, como recomendou o Ministro Bento Bugarin (ver itens 30.2 a 30.5 deste Parecer). (grifei)

Cabe acentuar que mencionado parecer recebeu aprovação por parte da Presidência da República, por despacho proferido em 5.7.95 e publicado no D.O.U. de 11.7.95, adquirindo, a partir de então, caráter normativo e vinculante para todos os órgãos e entidades da Administração Federal, nos termos do artigo 40, §1º, da Lei Complementar 73/93.

4. Aplicação da disciplina às entidades do Sistema S

As normas afetas à Administração Pública, acima mencionadas, podem disciplinar também a concessão de assistência jurídica pelos Serviços Sociais Autônomos (SESI, SESC, SENAC, SENAI, SEST, SENAT, SEBRAE, e demais integrantes do chamado “Sistema S”)?

A personalidade jurídica de direito privado poderia, em princípio, afastar a possibilidade de se aplicar às entidades do Sistema S – classificadas como paraestatais – o regime jurídico afeto às entidades da Administração Pública. Contudo, as empresas públicas e as sociedades de economia mista também ostentam natureza jurídica de direito privado. Há que se ressaltar, ainda, que as entidades do Sistema S são mantidas por meio de contribuições parafiscais – ou seja, são destinatárias de recursos públicos.

Quanto ao ponto, vale lembrar que a parafiscalidade constitui uma delegação da capacidade tributária ativa de um tributo a um ente com autonomia de gestão, atribuindo-se a titularidade de certos tributos a certas pessoas, que não o próprio Estado, **em benefício das finalidades institucionais dos favorecidos**. Paulo de Barros Carvalho (2002, p.229) define a parafiscalidade como “o fenômeno que consiste na circunstância de a lei tributária nomear sujeito ativo diverso da pessoa que a expediu, atribuindo-lhe a disponibilidade dos recursos auferidos, para implemento de seus objetivos peculiares”. O Estado emprega seu aparato para efetuar o recolhimento e a cobrança dos valores devidos, repassando-os ao sujeito ativo da exação.

Tendo em conta, então, que os recursos utilizados pelas entidades do Sistema S são provenientes de contribuições parafiscais, esses valores ostentam nítida natureza de verbas públicas. Com efeito, quando se considera a origem de tais recursos (contribuições parafiscais), a instituição por meio de lei, a compulsoriedade de seu recolhimento pelas diversas categorias econômicas e a vinculação dos valores arrecadados, resulta incontestemente o caráter tributário de ditas contribuições. Em decorrência, também não há dúvida de que tais verbas são, efetivamente, dinheiro público.

Registre-se, não obstante, que o STF já se pronunciou em sentido contrário a essa concepção, entendendo que não constitui *receita pública* o produto da arrecadação de

contribuições que não têm o erário por destino. Entende a Corte Suprema que dinheiros recolhidos não para ter ingresso no Tesouro público, mas para, nos cofres de uma instituição autônoma, se mesclarem com dinheiros vindos do erário e resultarem, afinal, na formação do patrimônio do trabalhador, não assumem natureza tributária, tampouco de finanças públicas⁵.

Também não desconheço as vozes autorizadas que afirmam que, quando o produto das contribuições ingressa nos cofres dos Serviços Sociais Autônomos, perde o caráter de recursos públicos, como, por exemplo, Cid Heráclito de Queiroz, ex-Procurador Geral da Fazenda Nacional, e Célio Borja, ex-Ministro do STF, em parecer elaborado a pedido do SESC/SENAC (2005, pp. 7 e 31). Já para o também ex-Ministro do STF, Ilmar Galvão, em parecer elaborado ao SESI/SENAI (GALVÃO, s.d., p.18), as entidades do Sistema S estariam obrigadas somente a demonstrar que os recursos percebidos foram regularmente utilizados na persecução dos objetivos visados na lei instituidora.

Contudo, acredito que melhor razão assiste à corrente doutrinária que reconhece a natureza pública dos recursos que mantêm as entidades do Sistema S, conforme a abalizada lição de José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 501), no sentido de que

esses recursos não provem do erário, sendo normalmente arrecadados pela autarquia previdenciária (o INSS) e repassados diretamente às entidades. Nem por isso deixam de caracterizar-se como dinheiro público. E isso por mais de uma razão: primeiramente, pela expressa previsão legal das contribuições; além disso, essas contribuições não são facultativas, mas, ao revés, compulsórias, com inegável similitude com os tributos; por fim, esses recursos estão vinculados aos objetivos institucionais definidos na lei, constituindo desvio de finalidade quaisquer dispêndios voltados para fins outros que não aqueles.

Esse modo de entender ganha reforço de peso com Hely Lopes Meirelles (2010, p.405), que adverte que os Serviços Sociais Autônomos, embora não submetidos à subordinação hierárquica de qualquer autoridade pública, permanecem vinculados ao órgão estatal mais relacionado com suas atividades, “*para fins de controle finalístico e prestação de contas dos dinheiros públicos recebidos para sua manutenção*”.

A natureza pública dos recursos destinados às entidades do Sistema S pode ser confirmada, ainda, pelo fato de que tais valores gozam de especial proteção estatal, já que contam com foro especial no juízo privativo da Fazenda Pública e sua cobrança se faz segundo o rito processual dos executivos fiscais. Demais disso, o Sistema S deve prestar contas ao TCU da devida aplicação dos recursos recebidos (nos termos dos artigos 70,

5 Conforme RE 148.754-RJ

*Sempre que houver
envolvimento de
recursos públicos, ainda
que geridos por pessoa
jurídica de direito
privado [...], será
obrigatória a realização
de procedimento
regulador para aquisição
de bens e contratação de
serviços*

parágrafo único, e 71, da Constituição Federal) e submete-se à fiscalização contábil e financeira do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo (consoante o artigo 183 do Decreto-Lei nº 200/67).

Porém, a principal consequência que advém da natureza publicística das contribuições destinadas ao Sistema S é, exatamente, a **sujeição de tais entes aos princípios norteadores da Administração Pública**. Isso porque, diferentemente de uma entidade de direito privado que se mantém com verbas próprias, sem qualquer participação estatal, a pessoa jurídica que conta com recursos públicos para sua manutenção não dispõe de plena autonomia. Ao contrário, a aplicação de suas rendas deve estar adstrita ao fim público determinado pela lei, sob pena de caracterizar-se o desvio de finalidade.

Mais não é preciso para demonstrar que, não obstante pessoas jurídicas de direito privado, as entidades integrantes do Sistema S devem submeter-se, no que pertine à prestação de assistência jurídica aos integrantes de seus quadros, às mesmas regras aplicáveis aos agentes da Administração Pública direta e indireta.

Essa sujeição, contudo, não inclui a observância da rigorosa disciplina afeta ao procedimento licitatório, descrito na Lei nº 8.666/93. Deveras, atualmente não mais suscita polêmica a não submissão das entidades do Sistema S à Lei nº 8.666/93. O que não significa dizer que estariam elas totalmente livres para contratar, sem qualquer regramento. Duas circunstâncias impedem essa pretensa liberalidade: a execução de atividades de interesse público e a percepção de recursos públicos para o cumprimento de suas funções institucionais. Assim, ainda que reconhecida a inaplicabilidade da Lei nº 8.666/93 às integrantes do Sistema S, os contratos celebrados por tais entidades devem atender ao **princípio licitatório**, como garantia da aplicação eficiente dos recursos públicos que auferem.

De fato, a personalidade jurídica de direito privado, por si só, não é suficiente para afastar a observância do princípio constitucional da licitação. Cito, mais uma vez, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, que, apesar de entidades privadas, estão sujeitas às normas da Lei de Licitações, por expressa disposição constitucional (art. 37, XXI) e legal (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). Também

a Instrução Normativa nº 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional, que trata da transferência de verbas públicas mediante convênios, prevê a obrigatoriedade de observar a Lei nº 8.666/93, quando a beneficiada é entidade privada.

Nessa linha de cognição, pode-se afirmar que, sempre que houver envolvimento de recursos públicos, ainda que geridos por pessoa jurídica de direito privado – como é o caso dos Serviços Sociais Autônomos –, será obrigatória a realização de procedimento regulador para aquisição de bens e contratação de serviços, no qual se observem os princípios da Administração Pública.

Desta forma, entendeu o TCU ser razoável que os Serviços Sociais Autônomos, embora não integrantes da Administração Pública, mas como destinatários de recursos públicos, adotem, na execução de suas despesas, regulamentos próprios e uniformes, livres do excesso de procedimentos burocráticos, mas onde, todavia, **sejam preservadas as diretrizes do art. 37, caput, da Constituição Federal e, ainda, os princípios gerais relativos à Administração Pública**⁶.

Portanto, as mesmas restrições à contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de advogados privados por parte da Administração, são aplicáveis ao Sistema S. Ou seja: somente é admitida quando incontestável a natureza singular do serviço a ser

prestado e ante a notória especialização do profissional a ser contratado.

5. Conclusão

A prestação de assistência jurídica pelas entidades e órgãos da Administração Pública direta e indireta, e também pelas paraestatais, é, em princípio, legítima, desde que observadas as regras insertas no art. 22 da Lei nº 9.028/95 e na Portaria-AGU nº 408/2009, bem como o entendimento jurisprudencial acerca da matéria, aqui mencionado.

O que o administrador precisa estar atento é quanto às hipóteses em que há dúvida acerca da legalidade do ato praticado, ou quando haja indícios de que o agente visou obter vantagem patrimonial indevida ou, ainda, quando a defesa institucional se mostra incompatível com o interesse público. Em casos tais, a assistência jurídica não deve ser concedida. Com esse direcionamento, é possível estancar a sangria dos cofres públicos com a defesa de condutas ofensivas à moralidade e à probidade, princípios vetores para todos que integram a Administração pública ou comandam entidades que se mantêm por meio de recursos arrecadados da coletividade - e somente em benefício desta deve ser revertido.

6 Decisão nº 907/97-P

Referências Bibliográficas

CARVALHO, Paulo de Barros. "Curso de Direito Tributário". São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. "Manual de Direito Administrativo". Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

DALLARI, Adilson Abreu. "Aspectos jurídicos da licitação". 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GALVÃO, Ilmar. "Parecer elaborado ao SESI e SENAI". Brasília, s.d.

MEIRELLES, Hely Lopes. "Direito Administrativo Brasileiro". 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar. "Medida Provisória nº 2.143/2001". Brasília, s.d. Disponível em: www.redebrasil.inf.br/0artigos/MP2143.htm. Acesso em 30.8.2010.

QUEIROZ, Cid Heráclito e BORJA, Célio. "SESC, SENAC: natureza jurídica e a natureza jurídica das contribuições". Confederação Nacional do Comércio. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, 2005. Disponível em:

www.portaldocomercio.org.br. Acesso em 30.8.2010.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Decisão nº 30/1993-Plenário. Sessão 03/03/1993. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 30.8.2010.

_____. Decisão nº 342/93-Plenário. Sessão 04/08/1993. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 30.8.2010.

_____. Decisão nº 505/93 –Plenário. Sessão 17.11.1993. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 30.8.2010.

_____. Decisão nº 014/92-Plenário. Sessão 05.02.1992. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 30.8.2010.

_____. Decisão nº 069/93-Plenário. Sessão 09.06.1993. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 30.8.2010.

_____. Decisão nº 494/94-Plenário. Sessão 02.08.1994. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 30.8.2010.

_____. Decisão nº 907/97-Plenário. Sessão 11.12.1997. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 30.8.2010.

_____. Acórdão nº 250/2002. Sessão 28.05.2002. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 30.8.2010.

_____. Acórdão nº 3.095/2008. Sessão 26.08.2008. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 30.8.2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. 436.869/SP. Brasília/DF, 06.12.2005. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 30.8.2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 148.754/RJ. Brasília/DF, 24.06.1993. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 30.8.2010.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer GQ-77 - Consultoria-Geral da União. Disponível em www.agu.gov.br. Acesso em 30.8.2010.

_____. Despacho nº 473/2004 - Consultoria-Geral da União. Disponível em www.agu.gov.br. Acesso em 30.8.2010.

Aspectos polêmicos acerca do controle interno

Gilberto Batista Naves Filho, bacharel em Direito pela Universidade Católica de Goiás, Advogado e Analista de Finanças e Controle da CGU lotado na Assessoria Jurídica.

Diversos debates vem sendo desenvolvidos acerca do controle da Administração Pública, em especial no seio do próprio Poder Executivo Federal. O assunto tem sido exposto e discutido em congressos, seminários e textos, demonstrando ser preocupação constante.

Tem-se salientado que o controle da Administração Pública teria encontrado na sociedade brasileira ambiente receptivo e fértil para seu crescimento. Fomentada por uma suposta cultura, constantemente denominada “cultura do controle”, que pregaria a desconfiança em relação a políticos e gestores, a atividade de controle seria vista como uma barreira que impediria que o Estado se entregasse completamente à corrupção e ao descalabro. Dessa forma, tem-se dito ser a população complacente com a criação de inúmeras e extremamente fortes instâncias de controle.

Argumenta-se grande risco de políticos e gestores, muitas vezes

vistos pela sociedade como mais suscetíveis à corrupção, tornarem-se verdadeiros reféns do controle. Em poucas palavras, os controladores, com o apoio da sociedade, capturariam a gestão na Administração Pública.

Ressalta-se usualmente que a democracia brasileira seria enfraquecida pela suposta “cultura do controle”, que possibilitaria o comando do Estado por um corpo técnico de controladores, no mais da vezes recrutados por meio de concursos públicos, em detrimento da opção feita pela população nas eleições.

A tese prega ingenuidade da população, que ao delegar ao controle a tutela de seus interesses não perceberia que este age pautado pela defesa de suas próprias causas, principalmente remuneratórias. Dessa forma, os controladores, vistos pela população como protetores da ética, seriam, na verdade, os vilões.

O assunto vem ganhando relevância tal que o controle da Administração Pública mereceu extenso capítulo próprio no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública - APLOAP elaborado por comissão de juristas do mais alto gabarito, nomeados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Como não poderia deixar de ser, submersos em um ambiente em que se debate constantemente os riscos da suposta captura da gestão pelo controle, a elaboração do capítulo relativo ao controle foi, ao que parece, feita tendo em conta constante preocupação de impedir que o controle realize indevidas ingerências na gestão.

Obviamente não se quer sugerir que o trabalho dos renomados juristas tenha tido outra preocupação que não a de efetivamente melhorar a organização da Administração Pública.

Os posicionamentos da APLOAP acerca do controle estão motivados na obra coletiva "Nova Organização Administrativa Brasileira"¹.

Alguns pontos acerca do que o APLOAP denomina "autocontrole", atividade mais conhecida atualmente como controle interno, foram ob-

jecto de questionamento na Nota Conjunta nº 1/2009 SFC/ASJUR/CGU-PR, elaborada conjuntamente pela Secretaria Federal de Controle e pela Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União - CGU. Tais questionamentos foram pontualmente ponderados em reformulação do capítulo acerca do controle na citada obra, enviado à CGU para conhecimento.

Em que pese serem os argumentos tecidos na revisão do capítulo do controle brilhantes e reveladores de notável conhecimento jurídico, ousa-se propor nova reflexão acerca das conclusões em certos pontos.

O primeiro ponto, bastante polêmico, se relaciona ao momento em que o controle interno deve atuar. Nesse ponto, o APLOAP dispõe:

Seção III - Do Controle

Subseção I: Das Regras Gerais

Art. 50. O controle das atividades dos órgãos e entidades estatais deve obedecer ao disposto na Constituição, nesta Lei e na legislação especial e observar as seguintes diretrizes:

(...);

II - controle a posteriori, constituindo exceção o controle prévio ou concomitante;

O texto vai frontalmente contra concepção consagrada na CGU, que entende que a atuação do controle interno deve ser anterior, concomitante e posterior à prática dos atos administrativos. Mais que isso, a ação preventiva do controle interno é verdadeira bandeira defendida pela

1 SILVA, Almiro do Couto e, SUNDFELD, Carlos Ari, ABRUCIO, Fernando Luiz, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, MARTINS, Humberto Falcão, CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da, PIRES, Maria Coeli Simões, DI PIETRO, Mari Sylvia Zanella, MODESTO, Paulo e FERREIRA, Sérgio de Andréa. Nova Organização Administrativa Brasileira. 1º Ed.. Editora Fórum. 2009. Belo Horizonte. Páginas 195 a 224.

CGU, sendo vista como a melhor, mais econômica e mais responsiva forma de atuação do controle.

Naturalmente a nota da CGU questionou o dispositivo do APLOAP, alegando ser a atuação preventiva mais eficaz na defesa do interesse público. Impedir que desvios, ilegalidades e desperdícios ocorram é, por óbvio, muito menos custoso que repará-los. Diz, inclusive, bordão popular; “prevenir é melhor que remediar”.

Aliás, não poderia ser diferente a concepção da CGU, visto que a atuação preventiva do controle tem produzido, na âmbito do Poder Executivo Federal, frutos excepcionais. Cita-se texto retirado do sítio eletrônico “<http://www.cgu.gov.br/AreaAuditoriaFiscalizacao/GestoresFederais/ControlePreventivo.asp>” (acessado em 27 de agosto de 2010):

Controle Preventivo mediante orientações aos gestores federais

Durante o exercício de 2008, em decorrência das ações de controle realizadas, foram identificadas situações que possibilitaram a adoção de providências pelos órgãos gestores de forma a corrigir problemas identificados ainda

Impedir que desvios, ilegalidades e desperdícios ocorram é, por óbvio, muito menos custoso que repará-los.

durante a fase de aplicação dos recursos, evitando-se, assim, desperdícios. Também houve atuação preventiva, buscando-se mitigar possíveis problemas que pudessem impactar no regular andamento das atividades. Cite-se a título de exemplo:

Ministério da Saúde (Funasa)

Economia de R\$ 18,5 milhões em razão de cancelamento de contratos de prestação de serviço de gestão inteligente e de R\$ 14,3 milhões de serviços de multimídia em virtude de diversas irregularidades identificadas pela CGU.

Ministério da Saúde (Funasa)

Redução de 120 milhões para 12,8 milhões nas aquisições de medicamentos para o Programa de Saúde Indígena, após constatação de diversas irregularidades pela CGU.

Ministério da Educação (Capes)

A auditoria realizada na Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES detectou, no processo de construção do novo prédio da CAPES, situações que implicariam prejuízo de cerca de R\$ 1.200.000,00 ao erário. Os trabalhos efetuados pela CGU culminaram na reavaliação, pelo gestor federal, do processo de construção da nova sede, tendo a mesma sido suspensa.

Ministério das Cidades

Identificação de sobrepreço no contrato PASS-BID. A partir de recomendação da CGU, a taxa de administração geral do contrato de empresa gerenciadora foi repectuada de 50% para 16%, re-

sultando em economia de R\$2,4 milhões. Os valores já pagos (R\$980 mil) foram compensados nas faturas seguintes.

Ministério da Integração Nacional

Organização de fóruns, reuniões de discussão e capacitação, visando integrar as ações de acompanhamento e controle das obras do PAC. Neste sentido, coordenou reunião com os diversos atores (gestores federais, órgãos financiadores) envolvidos na realização das obras da Ferrovia Transnordestina; realizou fórum de discussão sobre acompanhamento do PAC envolvendo as auditorias internas no âmbito do MI, BASA e BNB e ministrou treinamento sobre análise de custos de obras para mais 30 servidores do MI e Codevasf.

Ministério da Previdência Social

No acompanhamento das análises dos processos licitatórios foi possível orientar o gestor quanto à real necessidade da contratação de serviço, que apresentava descrição subjetiva do objeto e fundamentação inadequada, permitindo uma economia de cerca de R\$ 8 milhões de reais.

Ministério da Cultura, do Esporte, do Turismo e do Desenvolvimento Agrário

Capacitação de 210 servidores para utilização do Sistema Siconv e realização de diagnóstico sobre as dificuldades operacionais em sua utilização. O referido sistema, criado pelo Decreto nº 6.170/2007, tem por objetivo

dar maior transparência à gestão pública, no tocante às transferências realizadas mediante “Convênios” e “Contratos de Repasse”.

Ressalta-se, ainda, que a CGU, ao atuar de forma prévia e concomitante, cumpre o disposto na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, in verbis:

CAPÍTULO II

Do Controle Interno

Art. 76. O Poder Executivo exercerá os três tipos de controle a que se refere o artigo 75, sem prejuízo das atribuições do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.

Art. 77. A verificação da legalidade dos atos de execução orçamentária será **prévia, concomitante** e subsequente.

(Grifo Nosso)

A revisão de capítulo acerca do controle na obra “Nova Organização Administrativa Brasileira”, enviada à CGU, ressaltou as razões pelas quais adota o entendimento de que a atuação do controle deve ser, em regra, posterior à prática do ato. Ao que parece, os principais fundamentos são: a) evitar um controle intrusivo, que acabe por utilizar seus apontamentos como forma de ingerência nas decisões discricionárias que cabem ao gestor; b) impedir que o controle perca a condição de controlador e passe a ser partícipe na atividade estatal, vez que sua atuação passaria a ser parte na elaboração das políticas públicas.

Salienta-se que o presente trabalho não se propõe a defender ingerências descabidas do controle na gestão. Muito menos deseja-se que o controlador passe a tomar decisões que caberiam ao gestor. Longe disso, acredita-se que a gestão deve ser desempenhada pelos gestores.

Nesse ponto, há que se diferenciar o assessoramento ao gestor e defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, que cabem ao controle interno, das ingerências indevidas na gestão.

Crê-se que não é nocivo que o gestor, antes de tomar as decisões que lhe cabem, consulte áreas técnicas, utilizando os posicionamentos destas como subsídios.

Ora, subsidiar tecnicamente o gestor na tomada de decisões não torna o técnico que o faz também gestor, especialmente quando as manifestações técnicas não ostentam caráter vinculante.

Técnicos que simplesmente cooperam para a tomada de decisões não se tornam, em razão disso, uma espécie de co-gestores. Continuam a ser apenas técnicos, vez que não são eles que tomam as decisões.

Um gestor que consulte um técnico para subsidiar suas decisões parece ser um gestor responsável, não um gestor fraco, submisso. No que tange ao controle interno, gestor que, por exemplo, solicite manifestação de um controlador acerca da economicidade de determinada con-

tratação não passa, em razão disso, a ser submisso a este.

As manifestações prévias e concomitantes do controle interno com o intuito de auxiliar o gestor não devem ser combatidas, e sim incentivadas.

Por óbvio que situações em que o controle pretende substituir o gestor, paralisando obras e programas indevidamente, devem ser condenadas e evitadas. As nefastas paralisações arbitrárias de obras e programas não devem ser confundidas com controle preventivo. Insta salientar que a própria CGU, árdua defensora do controle preventivo, colaborou para a elaboração de artigos da Lei nº 12.309, de 9 de agosto de 2010 (Lei de Diretrizes Orçamentárias para o exercício de 2011), que procuram evitar indevidas e inconsequentes paralisações de obras.

Se o que o APLOAP quer evitar é a ingerência indevida ou atuação arbitrária do controle interno, crê-se que dizer que atuação preventiva implica em ingerência e arbitrariedade parece ser um exagero. É preciso diferenciar as coisas!

O controle interno existe para auxiliar os bons gestores. Percebendo o controlador que o gestor está prestes a cometer ato que atente contra o patrimônio público e a probidade administrativa, seria atitude irresponsável simplesmente esperar que o erro seja cometido sem nenhuma atitude. Apontamentos preliminares acerca de sobrepreços, pagamentos por serviços não-prestados e super-

dimensionamento de obras podem auxiliar o gestor.

Constatada a intenção de desvio ou dilapidação do patrimônio público, a adoção de providências responsáveis e socialmente responsáveis também não é forma de ingerência na gestão. A nenhum gestor, eleito ou nomeado, é permitido desviar recursos.

É também importante salientar que atuação preventiva não torna o controle interno ilegítimo para atuar posteriormente. Podem as recomendações do controle não terem sido seguidas pelo gestor ou existirem questões que não foram objeto de análise anteriormente pelo controle. Lembra-se que o controle interno existe para auxiliar o gestor, não para substituí-lo.

Por esta razão manifesta-se o entendimento de que não devem ser as atuações previa e concomitante do controle interno consideradas fontes de ingerência na gestão.

Outro ponto que causou tensão foi a defesa em uma atuação mais descentralizada do controle interno, em que ao “órgão central” caberia a normatização e a coordenação das atividades de controle interno e aos “órgãos setoriais” a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, e o apoio ao controle externo. Tal posicionamento está no parágrafo único do art. 60 do APLOAP, *in verbis*:

Art. 60. O sistema de controle interno pode compreender um

órgão central e órgãos setoriais que atuem de forma articulada e coerente.

Parágrafo único. Compete ao órgão central a normatização e a coordenação das atividades de controle interno, cabendo aos órgãos setoriais a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, e o apoio ao controle externo, nos termos do art. 74 da Constituição.

O raciocínio parece ter sido racionalizar o sistema, evitando sobreposição de atribuições. Nesse sentido, acredita-se que o APLOAP pretendeu evitar que o “órgão central” desempenhe as mesmas funções dos “órgãos setoriais”.

O pensamento pode até fazer sentido na teoria, mas na prática o modelo proposto tem se revelado menos eficiente. Na Administração Pública Federal optou-se por um aparato de controle interno que atua pontualmente, tendo em vista o custo do controle. Dessa forma, a maior estrutura de auditorias e fiscaliza-

Constatada a intenção de desvio ou dilapidação do patrimônio público, a adoção de providências responsáveis e socialmente responsáveis também não é forma de ingerência na gestão.

ções situa-se justamente no órgão central, que atua com concentração de esforços em ações de controle estratégicas, determinadas segundo planejamento criterioso.

A estrutura de auditorias e fiscalizações do órgão central é importante porque permite flexibilidade na concentração das ações de controle.

É incontroverso que não se pode controlar tudo, mas apenas questões em que o risco justifique o custo do controle. Dessa forma, a estrutura de auditorias e fiscalizações do órgão central pode ser manejada de acordo com as necessidades que eventualmente surjam.

É bastante temerário tentar se prever, a priori, quantos analistas e técnicos serão necessários para atuar no controle de determinado ministério ou programa de governo. Fatalmente haverá ministérios ou programas de governo em que a estrutura se revelará, em certos momentos, insuficiente ou excessiva.

Importante também frisar que a coordenação e normatização não podem ser distanciadas dos trabalhos de campo. Quando os servidores que atuam nas auditorias e fiscalizações interagem com aqueles responsáveis pela coordenação e normatização ocorre valioso intercâmbio de experiências que contribui para a melhoria do controle.

Salienta-se também que a interação entre profissionais que atuam em auditorias perante diferentes órgãos e programas de governo é po-

sitiva, propiciando enriquecimento dos trabalhos.

A prática ainda revela que existem situações peculiares que comprometem a atuação de servidores lotados em determinadas localidades ou órgãos, sendo necessário que sejam designados outros servidores para que não seja maculada pela parcialidade a manifestação do controle. A existência de corpo de auditorias e fiscalizações no órgão central facilita tal processo.

Em suma, para ser eficiente o controle interno deve contar com estrutura que possa manejar com certa flexibilidade, de acordo com situações específicas muitas vezes imprevisíveis, além de ser possibilitado o intercâmbio de experiências entre servidores que atuam na normatização, coordenação e atividades de campo.

Em razão de tais argumentos, acredita-se não ser interessante privar completamente o órgão central de estrutura para execução de auditorias e fiscalizações.

Uma última questão que acreditamos merecedora de debate é a relativa ao que o APLOAP denomina “controle correicional” que, segundo a obra “Nova Organização Administrativa Brasileira”², que engloba:

2 SILVA, Almiro do Couto e, SUNDFELD, Carlos Ari, ABRUCIO, Fernando Luiz, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, MARTINS, Humberto Falcão, CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da, PIRES, Maria Coeli Simões, DI PIETRO, Mari Sylvania Zanella, MODESTO, Paulo e FERREIRA, Sérgio de Andréa. Op. Cit.. Página 215.

as atividades de correção propriamente dita, a apuração de possíveis irregularidades cometidas por servidores públicos e à aplicação das devidas penalidades, e as de auditoria, que buscam assegurar a gestão adequada de recursos federais. As atividades de correção stricto sensu são exercidas pela Corregedoria-Geral da União (CRG) e as relacionadas à auditoria são da atribuição da Secretaria Federal de Controle Interno.

Ponto interessante é que o conceito trazido funde atividades tradicionalmente tratadas como distintas. As auditorias acompanham ações e programas de governo, ao passo que as atividades de corregedoria apuram irregularidades cometidas por servidores, aplicando as devidas punições.

Há um pequeno campo de intersecção na medida em que, recebendo denúncia acerca de irregularidades em determinado programa ou ação, pode o órgão de controle interno realizar auditoria com o objetivo de apurá-las.

Ao contrário das atividades de corregedoria, contudo, as auditorias, no mais das vezes, não possuem como objetivo apurar irregularidades. As auditorias tem como objetivo primordial avaliar a gestão, não necessitando da existência de suspeitas ou indícios de irregularidades para ocorrer.

Basta mencionar o conceito de auditoria operacional dado pela

Instrução Normativa nº 1, da 6 de abril de 2001, da Secretaria Federal de Controle Interno:

IV. Auditoria Operacional: consiste em avaliar as ações gerenciais e os procedimentos relacionados ao processo operacional, ou parte dele, das unidades ou entidades da administração pública federal, programas de governo, projetos, atividades, ou segmentos destes, com a finalidade de emitir uma opinião sobre a gestão quanto aos aspectos da eficiência, eficácia e economicidade, procurando auxiliar a administração na gerência e nos resultados, por meio de recomendações, que visem aprimorar os procedimentos, melhorar os controles e aumentar a responsabilidade gerencial. Este tipo de procedimento auditorial, consiste numa atividade de assessoramento ao gestor público, com vistas a aprimorar as práticas dos atos e fatos administrativos, sendo desenvolvida de forma tempestiva no contexto do setor público, atuando sobre a gestão, seus programas governamentais e sistemas informatizados.

Tal forma de auditoria não pressupõe irregularidades.

Dessa forma, acredita-se que a pequena intersecção acima citada entre auditoria e atividades de corregedoria não seria suficiente para classificar ambas como “controle correicional”. Tal classificação pode

induzir a erros quanto às características da auditoria.

O debate se torna tenso quando o APLOAP diz que o controle correicional deverá ter caráter reativo, somente podendo funcionar após provocação interna ou externa aos quadros da Administração Pública.

A motivação do dispositivo, segundo a obra “Nova Organização Administrativa Brasileira” , parece ser a seguinte:

Para além de com isso evitar sobreposição, afasta-se a possibilidade de bloquearem-se ações governamentais, em razão do exercício do controle muitas vezes pautar-se numa perspectiva autonomista e confrontacionista em relação aos instrumentos de ação do Estado. Isso denota uma preocupação com o risco das atividades correicionais intrusivas, que acabam gerando captura das políticas públicas pelo controlador. Exceção ao exercício do controle de maneira reativa é feita apenas se da análise dos relatórios de atividades que devem ser publicados anualmente pelos órgãos e entidades estatais, indicando as metas e os resultados institucionais alcançados e circunstanciando os obstáculos encontrados (art. 53), surgirem indícios de irregularidades.

O dispositivo do APLOAP parece tentencionar criar espécie de princípio da inércia para auditorias e atividades de corregedoria.

No que tange às auditorias, parece que atuação exclusivamente reativa poderia descaracterizar a natureza do procedimento. Conforme acima exposto, a realização de auditorias não necessariamente pressupõem que haja indícios de irregularidades. As auditorias operacionais, por exemplo, visam avaliar a gestão e não apurar irregularidades.

Parece haver uma noção de auditoria como algo que pretende unicamente apurar irregularidades e punir responsáveis, como ocorre com atividades de corregedoria. Isso não é correto.

Ainda acerca das auditorias, é importante salientar que, conforme ressaltado acima, não devem ser realizadas em relação a todas as atuações do poder Executivo, mas apenas nas relevantes, tendo em vista que o custo do controle não deve ser maior que o risco.

Assim, para realizar auditorias faz-se necessário que sejam previamente identificadas as ações e programas que possuem riscos e fragilidades que as justifiquem. Tal identificação deve ser feita em um planejamento criterioso da atuação do controle, que deve ser pontual e eficiente.

A estrutura de planejamento das ações de controle, em especial da realização de auditorias, demanda estrutura adequada. A eficiência recomenda que tal atividade seja centralizada, realizada por servidores capacitados para tanto. No Poder

Executivo Federal é a CGU quem realiza tal planejamento.

Para que os órgãos de controle fizessem auditorias, em regra, apenas por provocação, a eficiência das mesmas estaria condicionada a cada órgão e entidade da Administração possuir estrutura de planejamento de ações de controle. Evidentemente o custo seria muito mais elevado do que o de uma estrutura central.

Também crê-se que não há sobreposição de controles, vez que o escopo das auditorias dos órgãos central se distingue do acompanhamento ordinário de ações e programas de governo.

No que tange às atividades de corregedoria, impedir postura proativa seria grave retrocesso. Sabe-se que a CGU realiza auditorias patrimoniais e outros procedimentos que procuram identificar a prática de infrações administrativas por servidores, instaurando ex officio, com base nos mesmos, processos administrativos disciplinares - PADs. Tais atividades não são passíveis de tornar a gestão refém do controle.

A corregedoria não intervém na gestão, limitando-se às questões disciplinares. Ter órgão especializado desempenhando de forma proativa atividades de corregedoria também não causa sobreposição de funções, visto que não podem existir PADs diferentes apurando as mesmas infrações.

É salutar, portanto, que as atividades de corregedoria sejam de-

sempenhadas de ofício pelos órgãos de controle.

Fazendo balanço do APLOAP, constatou-se que o mesmo foi elaborado em um ambiente de fortes debates acerca do papel do controle, nos quais tem sido constantemente bradado o risco de ingerência na gestão.

Observa-se na história movimentos pendulares, em que por vezes o equilíbrio entre controle e gestão foi quebrado, havendo hipertrofia de um deles e encolhimento do outro. Exemplo clássico da submissão da gestão ao controle é a chamada administração burocrática, que possui densa e complexa gama de procedimentos que têm como único objetivo impedir a discricionariedade administrativa.

O controle da Administração Pública, contudo, é absolutamente necessário para evitar que a mesma assuma caráter nitidamente patrimonialista. Deve-se ter um controle que seja capaz de coibir arbítrios, desperdícios e desvios.

É preciso buscar o equilíbrio, implementando-se a administração gerencial.

Não se questiona que o controle tenha ganhado espaço na Administração Pública e a simpatia da sociedade nos últimos anos. É também preciso que se estude quais as razões do florescimento de tal quadro.

Alega-se a suposta "cultura do controle" para afirmar que a simpatia da sociedade pela atuação que o

controle vem desempenhando é algo ingênuo, fruto do desconhecimento acerca das reais intenções do mesmo. É necessário que se pondere, com muito cuidado, em que medida tal alegação condiz com a realidade.

Os órgãos de controle realmente agem visando somente interesses corporativos, procurando usurpar atribuições dos gestores e esvaziar a democracia? Seriam os profissionais do controle realmente corporativistas megalomaníacos e inconsequentes que ambicionam submeter a gestão a seus comandos? Acredita-se que não.

É preciso ter cuidado com a radicalização. Defender o controle não é defender a ineficiência e o autoritarismo. Dizer que o controle tende a ser formalista e arbitrário revela preconceito.

Não procede o argumento de que, tendo oportunidade de fazê-lo, o controlador irá usurpar competências decisórias do gestor, razão pela qual é preciso manter o controle, inclusive o interno, afastado da gestão.

O controle interno é uma ferramenta importante de auxílio da gestão. Evidentemente ingerências e arbitrariedades pontuais que sejam realizadas por profissionais do controle interno devem ser punidas. Mas não deve o controle interno, em razão de condutas isoladas, ser considerado um risco à democracia e à gestão.

Acredita-se, ante o debatido, que pode ser que impedir atuação preventiva, centralizada e proativa do controle interno traga custo maior que benefício à gestão, que terá enfraquecido importante auxiliar.

Referências Bibliográficas

SILVA, Almiro do Couto e, SUNDFELD, Carlos Ari, ABRUCIO, Fernando Luiz, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, MARTINS, Humberto Falcão, CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da, PIRES, Maria Coeli Simões, DI PIETRO, Mari Sylvia Zanella, MODESTO, Paulo e FERREIRA, Sérgio de Andréa. Nova Organização Administrativa Brasileira. 1º Ed.. Editora Fórum. 2009. Belo Horizonte.

Controle preventivo mediante orientação aos gestores federais. Disponível em "<http://www.cgu.gov.br/AreaAuditoriaFiscalizacao/GestoresFederais/ControlePreventivo.asp>" em 27 de agosto de 2010.

Vantagens e desvantagens da adesão à ata de registro de preços

Ana Maria de Farias, graduada em Administração de Empresas pela Universidade Estadual do Ceará, estudante de Direito na UDF e Analista de Finanças e Controle da CGU.

1. Conceitos básicos

O sistema de registro de preços – SRP, previsto na Lei de Licitações e Contratos, regulamentado pelo Decreto 3.931/2001, pode ser utilizado pela administração pública quando da aquisição de bens e serviços, desde que atendidos os seguintes requisitos: licitação mediante concorrência, estipulação prévia de sistema de controle e atualização dos preços registrados e validade do registro não superior a um ano.

O Decreto 3.931/2001 passou a admitir que a ata de registro de preços, oriunda de licitação para registro de preços, seja utilizada por outros órgãos não participantes da seleção original, conforme dicção do artigo 8^o:

1 BRASIL. Decreto 3.931/2001. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços pre-

“Art. 8º A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.

§ 1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da Ata de Registro de Preços, deverão manifestar seu interesse junto ao órgão gerenciador da Ata, para que este indique os possíveis fornecedores

visto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20.set.2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm. Acesso em 24.ago.2010.

e respectivos preços a serem praticados, obedecida a ordem de classificação.

§ 2º Caberá ao fornecedor beneficiário da Ata de Registro de Preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento, independentemente dos quantitativos registrados em Ata, desde que este fornecimento não prejudique as obrigações anteriormente assumidas.

§ 3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços. (Incluído pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002)."

Então, podem ser usuários de ata de registro de preços, os órgãos participantes e os não participantes. Os primeiros participaram junto com o órgão gerenciador da implantação do registro de preços e informaram os objetos pretendidos, assim como os quantitativos requeridos. Já os órgãos não participantes, não foram inseridos no processo original de re-

O Decreto 3.931/2001 passou a admitir que a ata de registro de preços, seja utilizada por outros órgãos não participantes da seleção original.

gistro e requisitaram, posteriormente, ao órgão gerenciador, o uso da ata de registro de preços.

Assim, durante sua vigência, uma ata de registro de preços – ARP poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração, que não tenha participado da implantação do registro de preços mediante consulta ao órgão gerenciador. Essa adesão ficou conhecida ordinariamente como “carona”.

Segundo o artigo 8º do Decreto 3.931/01, o procedimento de “carona” inicia-se com a manifestação de interesse do órgão não participante junto ao órgão gerenciador da ARP. Este deverá indicar os fornecedores e preços a serem praticados, cabendo ao fornecedor, aceitar ou não o encargo do fornecimento.

Aperfeiçoando-se o processo de adesão, as aquisições ficam limitadas aos quantitativos registrados em ata, ou seja, não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados.

Atualmente, existem controvérsias sobre a aplicação do procedimento “carona”, no que se refere à legalidade, bem como às vantagens e desvantagens para a administração pública.

2. Vantagens

Os órgãos participantes e “caronas” no sistema de registro de preços ao aderirem obtêm vantagens, como agilidade nas aquisições, eco-

nomia de recursos, regulação de estoques e facilidade na execução orçamentária dos recursos.

Segundo o doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes², as vantagens da adesão ao sistema de registro de preços são as seguintes:

“Em síntese, os órgãos participantes têm a seguinte vantagem:

- têm suas expectativas de consumo previstas no ato convocatório;*
- têm dos fornecedores o compromisso do fornecimento;*
- têm direito de requisitar, automaticamente, todos os objetos previstos no SRP.*

Já o atendimento dos pedidos dos órgãos meramente usuários fica na dependência de:

- prévia consulta e anuência do órgão gerenciador;*
- indicação pelo órgão gerenciador do fornecedor ou prestador de serviço;*
- aceitação, pelo fornecedor, da contratação pretendida, condicionada esta à não gerar prejuízo aos compromissos assumidos na Ata de Registro de Preços;*
- embora a norma seja silente a respeito, deverão ser mantidas as mesmas condições do registro, ressalvadas apenas as renegociações promovidas pelo órgão gerenciador, que se fizerem necessárias”.*

2 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br> >. Acesso em 24.Ago.2010.

Os órgãos participantes e “caronas” no sistema de registro de preços ao aderirem obtém vantagens, como agilidade nas aquisições, economia de recursos, regulação de estoques e facilidade na execução orçamentária dos recursos.

3. Desvantagens

Segundo Marçal Justen Filho³, os grandes inconvenientes do registro de preços são a incompletude e a obsolescência:

“ A obsolescência, caracteriza-se pela defasagem entre os dados do registro e a realidade do mercado. (...)

A incompletude é o efeito reflexo da padronização imposta pelo registro de preços. (...). Muitas vezes, o registro contempla produtos com especificações ou qualidades genéricas, que não atendem a necessidades específicas.”

3 FILHO, Marçal Justen. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

4. Problemas apresentados pelo instituto de “carona” em registro de preços

Os principais problemas apontados pelos doutrinadores em relação ao instituto do “carona” são: violação a princípios constitucionais, adaptação do interesse público ao objeto de ata de registro e extrapolação pelo “carona” do limite de 100% dos itens registrados.

O instituto de “carona” em registro de preços violaria o princípio da legalidade pelo fato de ter sido criado por Decreto, instrumento não hábil para tanto, pois aplicável apenas à garantia da fiel execução das leis. Acresça-se a isso, o fato de que o artigo 15 da Lei 8666/93, nem sequer faz referência à “carona”. Desse modo, a adesão a ata de registro de preços deveria ter sido instituída pelo Poder Legislativo, por meio de lei formal. Marçal Justen Filho, filia-se a essa opinião.

Outro princípio afrontado seria o da isonomia, tendo em vista que o beneficiário de ata de registro de preços pode ser contratado por outros órgãos, sem licitação, frustrando os interesses de outros potenciais candidatos a contratar com a administração pública.

Também o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não seria respeitado quando utilizada a “carona”, tendo em vista que os quantitativos fixados na licitação, podem ser aumentados de forma ilimitada, dependendo da quantidade de órgãos que aderiram à Ata. Além dos

quantitativos, outros itens também podem ser alterados, como por exemplo, o valor estimado da contratação, prazos e locais.

Os princípios da economicidade, moralidade, probidade administrativa e competitividade também restariam prejudicados com a adesão a ata de registro de preços, segundo apontam ainda a doutrina e os Tribunais de Contas.

Além da violação aos princípios constitucionais, um outro problema seria o da adaptação do interesse público ao objeto registrado em ata. A “carona” em ata alheia acaba por privilegiar o administrador que não planeja suas aquisições e, por meio da adesão, inverte os procedimentos de compras. No procedimento de adesão, o administrador aguarda o oferecimento dos itens e quantitativos registrados em ata, procurando adaptar as necessidades públicas ao objeto registrado. Em casos extremos, ocorre até a substituição do objeto registrado por outro, utilizando-se os itens existentes da ata de registro de preços.

Por último, o permissivo contido no §3º do artigo 8º que torna possível adesão do “carona” em até 100% dos itens registrados está sendo usado de forma inadvertida por alguns órgãos, os quais por má gestão se socorrem da adesão para apagar “incêndios”, decorrentes de planejamento de compras inadequado ou intempestivo. Além disso, a falta de limite para o número de adesões proporciona o fornecimento de quantitativos ilimitados, sendo o re-

gistro inicial multiplicado por diversas vezes.

5. A posição do Tribunal de Contas da União

O plenário do TCU, por meio do Acórdão 1487/2007⁴, verificou a questão da adesão à ata de registro de preços. No caso analisado pelo Tribunal, o Ministério da Saúde realizou licitação para registro de preços com valor total estimado de trinta e dois milhões de reais. Outras sessenta entidades aderiram à ata de registro de preços utilizando o instituto de “carona”, assim, as contratações derivadas daquele registro poderiam alcançar quase dois bilhões de reais.

A decisão do TCU determinou ao Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão que adotasse providências para reavaliar a disciplina atual de adesão a registro de preços. O Ministro Relator, Valmir Campelo, posicionou-se da seguinte forma:

“25. Contudo, na minha opinião, com o advento do registro de preço e da possibilidade de adesão sem limites à respectiva ata, pela estreita via do decreto regulamentar, criaram-se as condições para que o vencedor de uma única licitação celebre múltiplos contratos com órgãos da administração. Tal faculdade, se exercida, viola diretamente, na prática, os citados princípios constitucionais e legais, além de propiciar infringência aos da eficiência, impessoalidade e moralidade.

Penso que tal cenário demanda a atuação desta Corte no sentido de determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, órgão central do sistema de serviços gerais do Governo Federal, sejam adotadas providências com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços, de forma a estabelecer limites para a adesão, pelos órgãos e entidades, a registros de preços realizados por outros, visando preservar os princípios que norteiam a administração pública”.

Segundo Marçal Justen Filho, a decisão do TCU sugere que a prática de “carona” não mais seja uma escolha válida e legítima para os órgãos administrativos.

6. Conclusão

Apesar do argumento de que a adesão a ata de registro de preços intencionou privilegiar a celeridade nas aquisições de compras e prestação de serviços e a eficiência da administração pública, o sistema vem demonstrando inúmeras disfunções evidenciadas pela prática.

4 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Necessidade de aperfeiçoamento da normatização da sistemática de ata de registro de preços. Conhecimento. Procedência parcial. Determinação. Ciência. Monitoramento. Plenário. Sessão 01/08/2007. Disponível em: www.tcu.gov.br

A decisão do Tribunal de Contas da União, proferida no Acórdão nº 1487/2007 4, reforça a tese, defendida por parte da doutrina, sobre a necessidade de revisão das bases do instituto que, se mantido no ordenamento jurídico, deve ser reconfigurado, a fim de cumprir os seus reais propósitos.

Resta-nos aguardar o deslinde da questão pelo TCU e Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. Entretanto, independente de qualquer manifestação, cumpre aos gestores serem proativos e evitarem a utilização da figura de “carona” nos casos em que houver fundada afronta aos princípios constitucionais, sobretudo à moralidade administrativa.

Referências Bibliográficas

FILHO, Marçal Justen. TCU restringe a utilização de “Carona” no Sistema de Registro de Preços, São Paulo. Disponível em: <http://www.justen.com.br> >. Acesso em 24 ago.2010.

MELO, Ramon Alves. O sistema de registro de preços, a figura do “carona” e a violação dos princípios jurídicos aplicáveis às licitações públicas. Disponível em: <http://www.webartigos.com> > Acesso em: 24. ago.2010.

FURTADO, Madeline Rocha. Cuidados na Aquisição pelo Sistema de Registro de Preços (2007). Disponível em: <http://www.clubjus.com.br> >. Acesso em 24. Ago.2010.

Estudo comparado das garantias processuais no âmbito do processo disciplinar e sua proteção na esfera global

Rodrigo Vieira Medeiros, mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal e Analista de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União lotado no Gabinete do Corregedor Geral.

1. Garantias de cunho constitucional no processo disciplinar

Por intermédio do poder disciplinar, a Administração mune-se de capacidade para gerir e controlar suas atividades, bem como enumerar competências aos administradores públicos com o escopo de que estes venham a reprimir irregularidades cometidas pelos servidores de seus quadros quando estiverem no exercício de suas funções. Nesse diapasão, o Estado desempenha o *jus puniendi*¹ na medida em que determina e regulamenta as regras de atuação que devem disciplinar a conduta dos servidores em suas atividades e fun-

1 O *jus puniendi* é uma expressão latina que pode ser traduzida literalmente como direito de punir do Estado.

ções públicas, visando alcançar um comportamento escorreito do funcionário público. Sabe-se que a criação de todo um sistema disciplinar possui a finalidade de manter a ordem e o bom funcionamento da Administração Pública, contudo a aplicação da sanção não pode ser realizada de forma arbitrária.²

No ordenamento jurídico português, o art. 269 da Constituição da República Portuguesa, ao versar sobre o regime da função pública, sugere, claramente, que os princípios materiais informadores da função

2 SILVA, Soraia Borges da, *Corrupção Administrativa e Procedimento Administrativo Disciplinar – as realidades brasileira e portuguesa*, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: 2006, p. 46-47.

pública não possuem natureza estritamente administrativa, mas, também, legítimo direito constitucional material e formal, o que equivale a uma tradição constitucional republicana, que manifestou os conceitos dos princípios fundamentais da função pública e do funcionalismo como matéria constitucional. Desse modo, a função pública e o funcionalismo não são institutos extracontratuais ou pré-contratuais, mas componentes da ordem constitucional democrática, devendo, portanto, serem regidos pela Constituição, ao menos nos enfoques nucleares³.

Existem grandes obstáculos na concretização da definição de função pública, todavia, compreende-se como atividade ou serviço de pessoa coletiva de direito público regulamentado por regime próprio, o que difere do regime laboral comum. Essa determinação, no entanto, não proporciona tamanho suporte para

3 CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª Ed., vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 944.

O processo disciplinar rege-se pelo princípio do processo equitativo ou justo, o que leva a abranger os princípios de defesa constitucionalmente estabelecidos para os litígios penais.

um conceito ou caracterização formal da função pública, pois nele se mesclam matérias heterogêneas que vão desde aos princípios constitucionais do exercício da função (submissão ao interesse público, incompatibilidades, vedação de acumulação de cargos públicos) abrangendo os direitos fundamentais dos trabalhadores da Administração Pública.⁴

Implicando uma relação jurídica de emprego, a definição de função pública demanda um regime jurídico específico, diverso das relações de trabalho comum, regidas pelo direito privado. A particularidade do regime da função pública revela-se em vários elementos caracterizadores, nomeadamente o procedimento de recrutamento e seleção, regime de carreiras e promoções, dependência hierárquica, regime disciplinar, segurança social, remuneração, entre outros.⁵

Quanto à menção expressa no texto constitucional acerca da garantia da audiência e defesa no processo disciplinar, conforme art. 269, n.º 3 da CRP, não significa que as garantias aos funcionários públicos no âmbito da demanda disciplinar se restringirão a tal ponto. O processo disciplinar, assim como os demais pleitos processuais, rege-se pelo princípio do processo equitativo ou

4 CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª Ed., vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 944.

5 CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª Ed., vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 945.

justo, o que leva a abranger os princípios de defesa constitucionalmente estabelecidos para os litígios penais, especialmente as garantias da legalidade, o princípio do contraditório, direito de consulta ao processo, entre outros. A função da alusão no texto constitucional do direito de audiência e defesa é ressaltar que as garantias processuais basilares se estendem ao processo disciplinar e que a ausência de tais garantias, como a falta de audiência ou a omissão das formalidades essenciais ao processo, levam ofensa ao conteúdo essencial do direito fundamental de defesa, o que gerará, conseqüentemente, a nulidade da demanda disciplinar.⁶

Tal entendimento foi reforçado pela revisão constitucional de 1989 (RC/89) que acrescentou ao artigo 32, que versa sobre as garantias do processo criminal, o n.º 10 da CRP,⁷ de modo a estender aos demais processos sancionatórios, incluindo-se nessa lista os processos disciplinares, os direitos de audiência e de defesa. É a irradiação para a esfera sancionatória dos requisitos constitutivos do Estado de direito democrático.⁸

6 CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Ed., vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 947.

7 Artigo 32.º Garantias de processo criminal
10. Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.

8 CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª Ed., vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 526.

A percepção de procedimento/processo deve permanecer valorizada como vertente indissociável dos direitos fundamentais. Contudo, a participação no e através do procedimento não mais se apresenta como mero instrumento funcional e complementar da democracia e sim como uma dimensão inerente de direitos fundamentais.⁹

O direito fundamental de defesa é um direito cujo conteúdo se traduz fundamentalmente em exigir que o próprio Estado se abstenha de intervenções coativas na esfera jurídica do particular. Essa relação se estabelece verticalmente entre os poderes públicos e os cidadãos.¹⁰

Segundo FELIPE BACELLAR o contraditório e a ampla defesa apresentam-se como meio e recursos essenciais ao processo, desse modo qualificam a atuação estatal na esfera processual, transformando-os em garantias de meio e de resultados. A aceitação do devido processo legal administrativo garante ao cidadão o equilíbrio frente ao poderio da Administração Pública pela tutela dos interesses públicos. Portanto, mesmo a Administração Pública exercendo seus poderes de autotutela não possui o direito de cominar aos cidadãos gravames ou sanções que alcancem, direta ou indiretamente, seu patrimônio sem as ga-

9 CANOTILHO, J. J. Gomes, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 74

10 CANOTILHO, J. J. Gomes, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 76-77.

rantias basilares inculcadas no devido processo legal.¹¹

1.1. Incompatibilidade entre a Função Pública e a Atividade Privada no Direito Comparado

No ordenamento jurídico português a descrição do n.º 5 do art. 269 da Constituição¹² remete a uma obrigação legal do sistema de incompatibilidades, de forma a assegurar o cumprimento dos princípios da eficiência e da imparcialidade nas atividades da Administração Pública. A proibição do exercício de determinadas atividades privadas que pela sua natureza ou desempenho possam influenciar ou mesmo conflitar com os horários e o exercício da função pública, sua dedicação ou com o próprio interesse público.¹³ Essa incompatibilidade é delegada a uma regulamentação mais específica feita por lei ordinária. Como exemplo, temos o Serviço Nacional de Saúde e sua respectiva Lei de Bases da Saúde (Lei nº 48/90, de 24 de Agosto) que estabelece no nº 3 da Base XXXI, sob a epígrafe “Estatuto dos Profissionais de Saúde do Serviço Nacional de Saúde”, a possibilidade de acumulação de funções públicas e privadas aos profissionais dos quadros do

11 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Processo Administrativo Disciplinar*, 2ª Ed., São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 67.

12 Artigo 269.º Regime da função pública. 5. A lei determina as incompatibilidades entre o exercício de empregos ou cargos públicos e o de outras actividades.

13 CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa* Anotada, 3ª Ed., vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 948.

Serviço Nacional de Saúde, porém sujeito a incompatibilidades.¹⁴

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a incompatibilidade entre a atividade pública e a atividade privada encontra-se disposta no Estatuto dos Servidores Públicos, Lei n. 8.112/90, art. 117, inciso X, cujo *caput* do artigo prescreve: “Ao servidor é proibido”.¹⁵ Várias são as con-

14 Lei de Bases da Saúde n.º 48/1990, 24 de agosto. Disponível em < http://www.infarmed.pt/portal/page/portal/INFARMED/LEGISLACAO/LEGISLACAO_FARMACEUTICA_COMPILADA/TITULO_I/lei_48-90.pdf >. Acesso no dia 29 de abril de 2010.

Aos profissionais dos quadros do Serviço Nacional de Saúde é permitido, sem prejuízo das normas que regulam o regime de trabalho de dedicação exclusiva, exercer a atividade privada, não podendo daí resultar para o Serviço Nacional de Saúde qualquer responsabilidade pelos encargos resultantes dos cuidados por esta forma prestados aos seus beneficiários.

15 Lei n.º 8.112/90 Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm >. Acesso no dia 10 de maio de 2010.

Art. 117. Ao servidor é proibido: (Vide Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001) Lei n. 8.112/90.

X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008

Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos: (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008

I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008

II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses. (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008).

dutas vedadas ao servidor público federal brasileiro, porém nenhuma delas sofreu mais modificações do que a gestão de sociedades privadas. Desde a promulgação da Lei nº 8.112, em 11 de dezembro de 1990 até os dias atuais pode-se perceber que a atual redação é a quarta mutação da lei, alterada pela recente Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008.¹⁶ Isso ocorre devido a tentativa do legislador em abranger a pluralidade de hipóteses que podem acontecer no caso concreto.

A Lei n.º 8.112, de 11/12/90, visa primariamente evitar que a realização de qualquer atividade externa que configure conflito de interesses venha ser favorecida ou beneficiada em face da especial qualidade de servidor público ou, ainda, que a execução prejudique de alguma forma o interesse público. Outro ponto a ser observado é o comprometimento do servidor em sua jornada de trabalho.¹⁷

A palavra “incompatível” deve ser estudada no sentido de que a qualidade de servidor pode trazer certos benefícios, vantagens, preferências ou mesmo privilégios irregulares, que advêm sob a forma de remuneração ou faz com que os interesses particulares venham a se sobrepor ao

interesse público. Esse dispositivo legal apresenta-se com característica, predominantemente, preventiva, com o escopo de impedir o desvio de conduta que possa realmente ou apenas potencialmente comprometer as garantias que regem os servidores como a independência, a imparcialidade, a moralidade e outras.¹⁸

Na Áustria, a incompatibilidade entre o servidor público e a atividade privada encontra guarida no texto constitucional, disposta no art. 126 da Constituição, é específica para os servidores lotados no Tribunal de Contas Austríaco que prevê que os membros do referido Tribunal não devem participar da gestão de empresas com fins lucrativos, assim como das empresas sujeitas à auditoria do próprio Tribunal. Como podemos observar a norma constitucional exige requisitos mínimos para alcançar a incompatibilidade entre as duas atividades, quais sejam: a) que a participação seja no sentido de gestão da empresa, e não apenas como sócio da mesma; b) que a empresa gere lucro, isto é, desenvolva atividade lucrativa. A gestão de empresas privadas, também, encontra-se incompatibilizada na Seção 43, itens 1 e 2 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da Áustria.¹⁹

16 ALENCAR, Carlos Higinio Ribeiro de, “Os servidores públicos federais e a gestão de sociedades privadas”, in Revista da CGU / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. Ano III, nº 5, Dezembro/2008. Brasília: CGU, 2008, p. 46.

17 Manual do Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria-Geral da União, 2010. Disponível em < http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ApostilaTextoCGU.htm#_Toc261271441 >. Acesso no dia 31 de maio de 2010.

18 Manual do Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria-Geral da União, 2010. Disponível em < http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ApostilaTextoCGU.htm#_Toc261271441 >. Acesso no dia 31 de maio de 2010.

19 Decisions and Reports UN Human Rights Committee (UN-HRCee), Geneva/New York. 13. VII. 07 – Imposition of disciplinary measures to a civil servant and length of proceedings/Case declared inadmissible *ratione materiae* before the

2. Processo equitativo e sua inerente ligação ao prazo razoável

O direito a um processo justo ou equitativo é uma manifestação do princípio do primado do direito numa sociedade democrática e almeja garantir o direito a uma boa administração da justiça.²⁰ Este direito está consagrado, no âmbito internacional, no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH²¹ e foi, posteriormente, desenvolvido no art. 14, n.º 1, Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos – PIDCP. Segundo a legislação internacional a pouco mencionada, todos são iguais perante os órgãos jurisdicionais, possuindo o direito de que sua demanda seja ouvida de maneira equitativa e pública por tribunal independente, competente e imparcial, determinado por lei.²² As garantias de um processo justo e de julgamento imparcial surgem como aspirações e são apreciadas como liberdades fundamentais.²³

EurCourtHR, held to be wellfounded under Article 14 of the Covenant / Lederbauer v. Austria. Human rights Law Journal: HRLJ, vol. 28: n. 9-12, (dez 2007), ISSN 0174-4704.

20 MARTINS, Ana Maria Guerra, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 167.

21 Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH. Disponível em < http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php >. Acesso no dia 02 de maio de 2010.

22 MARTINS, Ana Maria Guerra, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 167.

23 FARINHA, João de Deus Pinheiro, O processo equitativo garantido na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, *O Direito*. - Ano 122, 2 (Abr./Jun. 1990), p. 246.

A jurisprudência sobre noções de processo e direitos processuais é ampla na composição da definição de processo equitativo ou processo justo,²⁴ conforme é assegurado no art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.²⁵

24 GASPARGAS, António Henriques, A influência da CEDH no Diálogo Interjurisdicional – a perspectiva nacional ou outro lado do espelho in *JULGAR – Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Quadrimestral*, janeiro – abril, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 45-46.

25 Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Disponível em < <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidh-regionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html> >. Acesso no dia 12 de maio de 2010.

Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;

b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;

c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;

O devido processo legal ou processo equitativo deverá acontecer em todas as esferas do Poder Público, o que inclui as funções estatais, e sempre que necessário, caso seja violado por quem deveria empregá-lo, compete ao Poder Judiciário infligir seu conteúdo de acordo com o caso concreto. Portanto, o responsável pela aplicação e respeito ao princípio do devido processo legal é o Estado, cabendo ao Poder Judiciário o papel de Guardião Maior do mencionado princípio com o fim de apreciar o conteúdo (material e formal), que se desdobra na verificação de legalidade dos atos e outros pontos de apreciação.²⁶

O direito a um processo justo traduz-se, também, na ideia da igualdade de armas (Comunicação n.º 846/1999, *Jansen-Gielen v. Holanda*, 14/05/2001), que representa a possibilidade de cada um dos litigantes em posicionar-se na lide em circunstância de igualdade, ou seja, a não ocorrência de situação de desvantagem em relação ao adversário processual, demonstrando equilíbrio entre as partes na demanda. Segundo o Comitê de Direitos Humanos o entendimento de processo justo requer certa consideração a alguns requisitos como a igual-

dade de armas, contraditório, celeridade do processo, etc.²⁷

Quanto à duração razoável do processo, podemos observar que este vem preservar a credibilidade e a eficácia da justiça. A duração razoável do processo deve ser apreciada à luz das circunstâncias da lide e com base nos seguintes elementos a serem observados na demanda, quais sejam: a) complexidade do caso; b) a conduta do requerente; c) o comportamento das autoridades nacionais. Este último apresenta-se como o critério mais relevante para fins da verificação da razoabilidade do processo.²⁸

Considera-se prazo razoável aquele cuja tramitação não é realizada de forma exageradamente dilatada, o que implicará na efetivação da garantia da intervenção judicial. Ao permitir escoar o prazo sem se pronunciar estará o órgão julgador a negar a vigência ao postulado constitucional da tutela judicial efetiva. Não bastará verificação meramente técnico-processual acerca do tempo decorrido para saber se é razoável ou que a prestação judicial seja adequada com o gasto temporal, mas a demandar do juízo a ação em tempo hábil, dentro do período de tempo em que o problema foi colocado e necessita ser solucionado.²⁹

d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;

e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

26 DANTAS, Ivo, *Constituição e Processo*, 2ª Ed., São Paulo: Editora Juruá, 2007, p. 333-334.

27 MARTINS, Ana Maria Guerra, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 170.

28 MARTINS, Ana Maria Guerra, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 171.

29 ARRUDA, Samuel Miranda, *O Direito Fundamental à razoável duração do processo*,

Os processos devem ser apreciados dentro do prazo razoável sob pena de virem a afetar a eficácia e a credibilidade da justiça, benefícios que a duração razoável da demanda ambiciona proteger.³⁰ Justiça demorada é justiça negada.³¹ Assim, o direito ao processo ou à decisão em prazo razoável deve também ser qualificado com um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias. Esse direito acompanha a ideia de dignidade da pessoa humana, em razão de sua estreita relação com o direito à tutela jurisdicional efetiva e a proteção jurídica e conforme o n.º 4 do art. 20 da Constituição da República Portuguesa³² tutela-o de todo.³³

Os conceitos de *razoável duração do processo* e *os meios que garantam a celeridade de tramitação*, embora indeterminados, estão intrinsecamente ligados ao conceito de *devido processo legal* na perspectiva processual, o que se traduz na afirmação de que a demora da presta-

ção jurisdicional gera a responsabilidade do Estado que se torna exigível por meio do próprio judiciário.³⁴

3. O impacto jurídico dos tratados na ordem internacional

No âmbito da Organização das Nações Unidas, os tratados que versam sobre a proteção dos direitos humanos, sejam os gerais (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos), sejam os específicos (Convenção contra a Tortura, Convenção sobre os direitos da criança, etc) estabelecem órgãos de monitoramento próprio, chamados de Comitês que são compostos por experts eleitos pelos Estados-partes. Esses eleitos são pessoas altamente capacitadas e de reconhecido conhecimento em direitos humanos e deverão servir ao Comitê, não como representantes dos respectivos Estados, onde foram eleitos, mas de maneira independente e autônoma. Os Comitês são considerados órgãos políticos ou “quase judiciais,” muito embora não possuam caráter jurisdicional. Consequentemente, suas decisões não possuem natureza sancionatória, de forma que se empregam ao Estado transgressor sanções de caráter político ou moral, mas não jurídico, no seu aspecto estrito.³⁵

Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p.192-193.

30 ALVES, Jorge de Jesus Ferreira, *Morosidade da Justiça: como podem ser indenizados os injustiçados por causa da lentidão dos Tribunais à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Legislação Nacional*, Porto: Legis Editora, 2006, p. 77.

31 “Justice delayed is justice denied” ALVES, Jorge de Jesus Ferreira, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada e Protocolos Adicionais anotados (Doutrina e Jurisprudência)*, Porto: Legis Editora, 2008, p. 73.

32 Artigo 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

33 PINTO, Ana Luísa, *A Celeridade no processo penal: o Direito à Decisão em Prazo Razoável*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 56.

34 DANTAS, Ivo, *Constituição e Processo*, 2ª Ed., São Paulo: Editora Juruá, 2007, p. 358.

35 PIOVESAN, Flávia, *Temas de Direitos Humanos*, 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 74-75.

Quanto aos mecanismos de monitoramento adotados para o efetivo cumprimento dos Tratados Internacionais apresentam-se os relatórios a serem elaborados pelos Estados signatários; as comunicações entre os Estados, quando um afirma que o outro Estado cometeu violação ao direito inserido no tratado e, por último, o direito de petições aos organismos internacionais. Este último proporciona o mais eficaz mecanismo de monitoramento. Quando há a violação do direito deve-se atender aos critérios de admissibilidade, quais sejam: anterior esgotamento dos recursos internos, o modo como o caso foi tratado pelas autoridades nacionais e a não ocorrência de litispendência na esfera internacional. Passado esses requisitos abre-se a possibilidade de recorrer às instâncias internacionais competentes que poderão, após a devida deliberação, adotar medidas que restaurem ou reparem os direitos então violados.³⁶

A incorporação da sistemática de petição individual constitui o reflexo do processo de reconhecimento de novos atores na ordem internacional, que se traduz na democratização dos instrumentos internacionais.³⁷ Ora, as normas de direito internacional tornaram juridicamente relevantes ao indivíduo, tendo em consideração alguns critérios como a

imediatividade das pretensões jurídicas a partir de normas de direito internacional, bem como o modo processual de torná-las exequíveis, trazendo a temática das normas *Self-executing*, ou seja, norma de direito internacional que reconhece ao indivíduo o direito de exigir um comportamento com base no direito internacional através de um procedimento regulado sem necessidade de qualquer ato de concretização da norma internacional por ato de direito interno.³⁸

Anteriormente, durante um longo período de tempo, predominaram os Estados como protagonistas centrais da ordem internacional, atualmente surgiram novos “atores internacionais” que são os indivíduos, as organizações internacionais, os blocos regionais econômicos e a sociedade civil internacional. Com o fortalecimento da sociedade internacional, mediante uma rede de comunicação/conversaçoão entre várias esferas de entidades (globais, regionais e locais), assim como a solidificação do indivíduo como papel de sujeito de direito internacional, ocorreu a democratização dos instrumentos internacionais, viabilizando o acesso e a própria justiça internacional, ou seja, o aparecimento de novos atores internacionais implicou na democratização do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.³⁹

36 PIOVESAN, Flávia, *Temas de Direitos Humanos*, 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 75-76.

37 PIOVESAN, Flávia, “Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e Direitos Civis e Políticos”, in *Revista Internacional de Direitos Humanos*, ano 1, número 1, 1º semestre, 2004, p. 32.

38 CANOTILHO, J. J. Gomes, *Métodos de Proteção de Direitos, Liberdades e Garantias*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume comemorativo 75, Coimbra: [s.n.], 2003, p. 806-807.

39 PIOVESAN, Flávia, “Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e Direitos Civis e Políticos”,

Saliente-se que houve certa resistência por parte dos Estados em aceitar, no início, a democratização do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, nomeadamente no tocante à sistemática da petição individual. Entretanto, mencionada sistemática densifica a capacidade processual do indivíduo na esfera internacional, estabelecendo-se como um relevante mecanismo de proteção.⁴⁰

Desse modo, Afirmar a existência de direitos fundamentais a um procedimento, como exemplo, os direitos de acesso aos tribunais e o direito à audiência, nomeadamente nos procedimentos sancionatórios, demonstra que estamos perante verdadeiros direitos fundamentais procedimentais, cuja essência é precisamente a existência de um determinado procedimento. São abundantes os direitos fundamentais cuja concretização e execução pelos respectivos titulares

in Revista Internacional de Direitos Humanos, ano 1, número 1, 1º semestre, 2004, p. 32.

40 PIOVESAN, Flávia, "Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e Direitos Cíveis e Políticos", in Revista Internacional de Direitos Humanos, ano 1, número 1, 1º semestre, 2004, p. 32.

depende da existência de procedimento adequado.⁴¹

A razoável duração da demanda processual e os meios de celeridade do mesmo são inerentes a apreciação do devido processo legal, asseverando que o demasiado alongamento da prestação jurisdicional acarreta a responsabilidade estatal, seja no plano nacional, seja no plano internacional.

Como consequência da leviana conduta do Estado na manutenção das garantias processuais, ou mesmo a sua omissão, observa-se o aumento dos custos para o Estado. No primeiro momento devido ao não atendimento a finalidade desejada pela demanda processual. Segundo pela existência da possibilidade de realizar novamente a tutela do direito, implicando mais custos ao Estado. E Terceiro pela punição no âmbito internacional em razão da violação estatal na proteção aos direitos pelo qual assegurou como signatário de Tratado Internacional.

41 ANDRADE, José Carlos Vieira, Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 142.

*L*egislação

Atos Normativos

Leis Ordinárias

12.309, de 09/08/2010 (DOU de 10/08/2010)

Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2011 e dá outras providências.

12.232, de 29/04/2010 (DOU de 30/04/2010)

Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências.

Decretos

7.233, de 19/07/2010 (DOU de 20/07/2010)

Dispõe sobre procedimentos orçamentários e financeiros relacionados à autonomia universitária, e dá outras providências.

7.221, de 29/06/2010 (DOU de 29/06/2010 – Edição extra)

Dispõe sobre a atuação dos órgãos e entidades da administração pública federal durante o processo de transição governamental.

7.203, de 04/06/2010 (DOU de 07/06/2010)

Dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal.

7.174, de 12/05/2010 (DOU de 13/05/2010)

Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União.

Medidas Provisórias

500, de 30/08/2010 (DOU de 31/08/2010)

Autoriza a União e as entidades da administração pública federal indireta a contratar, reciprocamente, ou com fundo privado do qual seja o Tesouro Nacional cotista único a aquisição, alienação, cessão e permuta de ações, a cessão de créditos decorrentes de adiantamentos efetuados para futuro aumento de capital, a cessão de alocação prioritária de ações em ofertas públicas ou a cessão do direito de preferência para a subscrição de ações em aumentos de capital; autoriza a União a se abster de adquirir ações em aumentos de capital de empresas em que possua participação acionária, e dá outras providências.

495, de 19/07/2010 (DOU de 20/07/2010)

Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e revoga o § 1º do art. 2º da Lei no 11.273, de 6 de fevereiro de 2006.

489, de 12/05/2010
(Publicada no DOU de
13/05/2010- Edição extra)

Autoriza a União a integrar, na forma de consórcio público de regime especial, a Autoridade Pública Olímpica-APO, e dá outras providências.

488, de 12/05/2010
(Publicada no DOU de
13/05/2010- Edição extra)

Autoriza a criação da Empresa Brasileira de Legado Esportivo S.A. - BRASIL 2016 e dá outras providências.

Portarias

Portaria/SE-CGU nº 1.301, de
07/07/2010
(DOU de 12/07/2010)

Aprova modelo de colete operacional que poderá ser utilizado por servidores da Controladoria-Geral da União (CGU) quando integrarem equipes de operações especiais e de fiscalizações realizadas em qualquer parte do território nacional.

Portaria/MPOG/SLTI nº 7, de
21/06/2010
(DOU de 22/06/2010)

Altera a Portaria nº 4, de 7 de julho de 2005, que estabelece procedimentos para adesão ao acesso e uti-

lização do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG, pelos órgãos e entidades da Administração Pública, não integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Instruções Normativas

Instrução Normativa/TCU nº 63,
de 01/09/2010
(DOU de 06/09/2010)

Estabelece normas de organização e de apresentação dos relatórios de gestão e das peças complementares que constituirão os processos de contas da administração pública federal, para julgamento do Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.443/1992. Revoga a Instrução Normativa/TCU nº 57, de 27.08.2008

Instrução Normativa/TCU nº 62,
de 26/05/2010
(DOU de 04/06/2010)

Estabelece normas acerca do controle exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre os recursos públicos federais destinados à organização e à realização da Copa do Mundo de 2014.

Legislação em Destaque

Decreto nº 7.221, de 29 de junho de 2010

Dispõe sobre a atuação dos órgãos e entidades da administração pública federal durante o processo de transição governamental.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VI, alínea "a", da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º Transição governamental é o processo que objetiva propiciar condições para que o candidato eleito para o cargo de Presidente da República possa receber de seu antecessor todos os dados e informações necessários à implementação do programa do novo governo, desde a data de sua posse.

Art. 2º São princípios da transição governamental, além daqueles estabelecidos no art. 37 da Constituição:

- I - colaboração entre o governo atual e o governo eleito;
- II - transparência da gestão pública;
- III - planejamento da ação governamental;
- IV - continuidade dos serviços prestados à sociedade;
- V - supremacia do interesse público; e

VI - boa-fé e executoriedade dos atos administrativos.

Art. 3º O processo de transição governamental tem início com a proclamação do resultado da eleição presidencial e se encerra com a posse do novo Presidente da República.

Parágrafo único. Caberá ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República a coordenação dos trabalhos relacionados ao processo de transição governamental.

Art. 4º O candidato eleito para o cargo de Presidente da República poderá indicar equipe de transição, a qual terá acesso às informações contidas em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por órgãos ou entidades da administração pública federal, recolhidos ou não a arquivos públicos relativas:

- I - às atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive relacionadas à sua política, organização e serviços;
- II - às contas públicas do Governo Federal;
- III - à estrutura organizacional da administração pública;
- IV - à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos; e
- V - a assuntos que requeiram adoção de providências, ação ou decisão da

administração no primeiro quadri-
mestre do novo governo.

§ 1º A indicação de que trata o caput
será feita por meio de ofício ao
Presidente da República.

§ 2º Os pedidos de acesso às infor-
mações, qualquer que seja a sua na-
tureza, deverão ser formulados por
escrito e encaminhados ao Secretário-
Executivo da Casa Civil da Presidência
da República, a quem competirá re-
quisitar dos órgãos e entidades pú-
blicas os dados solicitados pela equi-
pe de transição, observadas as
condições estabelecidas neste
Decreto e no Decreto no 4.199, de
16 de abril de 2002.

Art. 5º Os Secretários-Executivos dos
Ministérios e autoridades equivalen-
tes encaminharão ao Secretário-
Executivo da Casa Civil da Presidência
da República as informações de que
trata o art. 4o.

Art. 6º Sem prejuízo do disposto nos
arts. 1o a 4o, fica o Secretário-
Executivo da Casa Civil autorizado a
requisitar dos Secretários-Executivos
dos Ministérios e autoridades equi-
valentes informações sobre:

I - programas realizados e em execu-
ção relativos ao período de mandato
do Presidente da República;

II - agenda de compromissos com
calendário definido por exigências
legais, contratuais e outras, relativas
aos primeiros cento e vinte dias do
ano de 2011;

III - projetos a serem implementados
ou que tenham sido suspensos; e
IV - glossário de projetos, termos téc-
nicos e siglas utilizadas pela adminis-
tração pública.

Art. 7º O Ministro de Estado Chefe
da Casa Civil expedirá normas com-
plementares para execução do dis-
posto no art. 4o.

Art. 8º As reuniões de servidores
com integrantes da equipe de tran-
sição devem ser objeto de agenda-
mento e registro sumário em atas
que indiquem os participantes e os
assuntos tratados.

Art. 9º Este Decreto entra em vigor
na data da sua publicação.

Art. 10. Fica revogado o Decreto no
4.298, de 11 de julho de 2002.

Brasília, 29 de junho de 2010; 189º da
Independência e 122º da República.
LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Erenice Guerra



Jurisprudência

Julgados recentes do TCU – Súmulas / Acórdãos

Súmula/TCU nº 258/2010 (DOU de 23.07.2010, S. 1, p. 69)

“As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão ‘verba’ ou de unidades genéricas”.

Pessoal

Determinação a uma unidade para que realize levantamento e promova a regularização da situação dos casos em que ocupantes de cargo em comissão participem de projetos de pesquisa em outros órgãos, com percepção de auxílio financeiro e regime de dedicação exclusiva, por caracterizar situação incompatível com o exercício do cargo em comissão, que exige o regime de integral dedicação ao serviço, conforme disposto no art. 19, § 1º, da Lei nº 8.112/1990. (item 1.5.2, Acórdão nº 1.989/2010 - 2ª Câmara, DOU de 13.05.2010).

Determinação a uma entidade para que observe, não havendo decisão judicial em contrário, as orientações da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, em respeito ao art. 35, inc. I, do Decreto nº 7.063, de 13.01.2010. (item 9.3.1, Acórdão nº 4.193/2010 - 2ª Câmara, DOU de 11.8.2010).

Normas técnicas

Determinação a uma entidade para que, em contratações em que fique caracterizada a necessidade de exigência de certificados de conformidade de produtos/serviços a normas técnicas, abstenha-se de exigir o cumprimento de procedimentos que sejam inerentes apenas ao organismo certificador, uma vez que merecem ser aceitos os certificados emitidos por qualquer entidade acreditada pelo INMETRO (item 9.3, Acórdão nº 1.846/2010 - Plenário, DOU de 06.08.2010).

Inexequibilidade de propostas

Alerta a uma unidade da Administração Direta no sentido de que atente para a correta aplicação do critério de inexequibilidade das propostas, previsto no art. 48, inc. II, § 1º da Lei nº 8.666/1993, permitindo que as licitantes demonstrem a exequibilidade de suas propostas de preços, devendo sempre buscar a seleção da proposta mais vantajosa e, por consequência, do interesse público, bem tutelado pelo procedimento licitatório (item 9.3, Acórdão nº 4.583/2010 - 2ª Câmara, DOU de 25.08.2010).

Decisão judicial X decisão do TCU

Ementa: esclarecimento ao Banco Central do Brasil para que a existência de

comando judicial superveniente diverso de determinação contida em acórdão recorrido constitui motivo suficiente para afastar a obrigação de lhe dar cumprimento, não sendo necessária a alteração da deliberação alcançada, cuja eficácia há que se ter por suspensa enquanto durarem os efeitos do provimento expedido pelo Poder Judiciário.

(item 9.3, Acórdão nº 5.556/2010 - 1ª Câmara, DOU de 06.09.2010).

Licitação - obras

Alertar a uma entidade quanto ao descumprimento do art. 112 da Lei nº 12.017/2009 (LDO/2010), motivo pelo qual deverá atentar, quando da elaboração dos orçamentos das obras custeadas parcial ou totalmente com recursos federais, para a obrigatoriedade de realizar pesquisas dos preços e composições de custos nos sistemas de referência usualmente empregados pela Administração Federal, a exemplo do SINAPI, mantido pela CEF, e do SICRO 2, mantido pelo DNIT, nos termos das disposições anualmente constantes das leis de diretrizes orçamentárias acerca dos critérios que devem ser adotados para cálculo do custo global das obras e serviços que serão contratados e, na hipótese de se proceder a ajustes em face das peculiaridades locais, deverá fazê-lo fundamentadamente no processo, de modo que possam ser aferidos, posteriormente, pelos órgãos concedentes dos recursos ou pelos órgãos de controle.

(item 1.6.1, TC-018.915/2010-8, Acórdão nº 5.431/2010 - 1ª Câmara, DOU de 06.09.2010).

Celebração de convênios

Determinação ao FNDE/MEC para que se abstenha de celebrar convênios

ou outros ajustes com entidades que não disponham de condições para a consecução de seus objetos, ou que não tenham em seus estatutos ou regimentos atribuições relacionadas ao mesmo, fazendo constar nos processos de celebração os elementos de comprovação desses requisitos, e nos pareceres de análises técnica e jurídica manifestação expressa quanto ao atendimento aos mesmos. (item 1.4.1.1, TC-002.507/2010-2, Acórdão nº 5.162/2010 - 2ª Câmara, DOU de 21.09.2010).

Determinação a um Ministério para que somente formalize convênios na medida em que disponha de objetivos previstos nas avenças, bem como de analisar, em prazo oportuno, todas as respectivas prestações de contas, de acordo com os normativos que disciplinam a matéria, em especial a IN/STN-MF nº 01/1997, a Portaria Interministerial/MP, MF e CGU nº 127/2008 e o Decreto nº 6.170/2007, bem como em atenção ao item 9.6.1 do Acórdão nº 1.562/2009-P (item 9.6.2, TC-019.135/2006-5, Acórdão nº 2.485/2010 - Plenário, DOU de 24.09.2010).

Regularidade fiscal

Alerta a uma entidade no sentido de que: a) a exigência de prova de inscrição em cadastro de contribuintes estadual, para contratação cujo objeto refere-se a atividade de competência tributária municipal, contraria o art. 29, inc. II, da Lei nº 8.666/1993; b) não se deve exigir prova de isenção de inscrição estadual, sem previsão no edital, e quando não estiver amparada nas exigências de regularidade fiscal dispostas no art. 29 da Lei nº 8.666/1993. (itens 9.2.1 e 9.2.2, Acórdão nº 2.495/2010 - Plenário, DOU de 24.09.2010).

Julgados recentes de tribunais – Acórdãos

Supremo Tribunal Federal (STF)

MEDIDA LIMINAR NA AÇÃO CAUTELAR. SUSPENSÃO DA INSCRIÇÃO DE ESTADO-MEMBRO NO CAUC. LIMINAR DEFERIDA. REFERENDO. 1. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a ocorrência de conflito federativo em situações nas quais a União, valendo-se de registros de supostas inadimplências dos Estados no Sistema Integrado da Administração Financeira - Siafi e no CAUC - Cadastro Único de Exigências para Transferências Voluntárias, impossibilita sejam firmados acordos de cooperação, convênios e operações de crédito entre eles e entidades federais. 2. A certidão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro juntada aos autos, em que certifica nada haver contra o ente federado no que diz respeito a 'transferências voluntárias', demonstra dualidade de entendimento quanto às metodologias de cálculo do limite constitucional dos investimentos em saúde apurados por aquele órgão e o Ministério da Saúde. 3. Em sede de cognição primária e precária, parecem estar presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. 4. Medida liminar referendada. O Tribunal, por unanimidade e nos

termos do voto da Relatora, referendou a liminar. AC 1915 REF-MC / RJ - RIO DE JANEIRO. Julgamento 16/06/2010.

AÇÃO PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO (INCISO IV DO ART.1º DO DECRETO-LEI 201/67). CONVÊNIO FIRMADO PELO MUNICÍPIO DE CAUCAIA/CE COM O MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. RECURSOS FINANCEIROS INTEGRALMENTE LIBERADOS PARA A CONSTRUÇÃO DE AÇUDE PÚBLICO. VERBA EMPREGADA EM OBRA DIVERSA ("PASSAGENS MOLHADAS"). ALTERAÇÃO DO OBJETO E DA FINALIDADE DO CONVÊNIO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO. VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA INCRIMINADORA. PENA-BASE FIXADA EM 2 (DOIS) ANOS E 2 (DOIS) MESES DE DETENÇÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS (PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA E DE SERVIÇOS À COMUNIDADE). SUBSTITUIÇÃO SUFICIENTE PARA ATINGIR A FINALIDADE DA PENA (ART. 44 DO CP). 1. O acusado firmou, na qualidade de Prefeito do Município de Caucaia/CE, convênio

com o Ministério do Meio Ambiente para a construção de açude público. Obra centralmente destinada ao abastecimento de água da população, tendo em vista a sua grande capacidade de armazenamento. As provas judicialmente colhidas demonstraram que a verba federal recebida pela municipalidade foi empregada, em boa verdade, na construção de “passagens molhadas”. O que basta para a configuração do delito em causa, até mesmo por se tratar de crime de mera conduta. Emprego irregular de recursos federais - R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) - que se concretizou antes mesmo de examinado o pedido de alteração do objeto do ajuste. Alteração unilateral do convênio confessada pela própria defesa, embora com a tentativa de convencer o Supremo Tribunal Federal de que a finalidade última da avença foi atingida. 2. Não se pode, é certo, presumir a responsabilidade criminal daquele que se ache no cargo de Prefeito municipal, em função apenas dessa titularidade. Inrepação mecânica ou linear que redundaria na aplicação da inadmissível figura da responsabilidade penal objetiva. Se se preferir, implicaria presumir a responsabilidade penal objetiva em razão da simples titularidade do cargo público. 3. No caso, o réu, pessoalmente, assumiu o compromisso expresso de: a) executar todas as atividades inerentes à implementação do projeto descrito no Convênio, com rigorosa obediência ao Plano de Trabalho; b) não utilizar os recursos em finalidade diversa da estabelecida no ajuste; c) não aditar o Convênio com a finalidade de alterar o respec-

tivo objeto, ainda que apenas parcialmente. 4. O vasto conjunto probatório dos autos evidencia que o acusado se encontrava à frente da administração do Município, apesar de, ocasionalmente, transferir a respectiva gestão à vice-Prefeita. Mais: de próprio punho assinou a minuta original do ajuste, como também todos os sete termos de prorrogação do prazo. Pelo que se comprova que o réu empregou os recursos financeiros em desconformidade com o objeto da avença. Improcedência da tese de que a alteração contratual partiu exclusivamente da vontade particular do Secretário de Infraestrutura. Dolo configurado, porquanto decorrente da vontade livre e consciente de empregar recursos em desacordo com a respectiva programação. 5. Por outra volta, a mera existência de lei municipal dispendo sobre a descentralização da gestão orçamentária, financeira, patrimonial e operacional no âmbito da Administração do Município de Caucaia/CE não tem a força de excluir o então Prefeito do pólo passivo desta ação penal. Autoria delitiva comprovada. 6. A proibidade administrativa é o mais importante conteúdo do princípio da moralidade pública. Onde o modo particularmente severo com que o Magno Texto reage à sua violação (§ 6º do art. 37 da CF/88). 7. E o fato é que a conduta imputada ao acusado extrapolou o campo da mera irregularidade administrativa para alcançar a esfera da ilicitude penal. Acusado que deliberadamente lançou mão de recursos públicos para atingir finalidade diversa, movido por sentimento exclusivamente pessoal. É ressaltar: a ce-

lebração de convênios tem por finalidade o alcance de metas específicas e o atendimento de necessidades pontuais (tais como as que decorrem da seca na região nordestina). Isto significa o óbvio: anteriormente à celebração de convênios, são realizados estudos de políticas públicas para aferição dos problemas mais sensíveis que atingem cada região. E é a partir de tais análises que são definidos os valores a ser transferidos, seus destinatários e as metas a cumprir, pelo que a verba derivada da celebração de convênios é de natureza essencialmente vinculada, pois deve ser rigidamente dirigida ao equacionamento dos problemas, dificuldades e necessidades que justificaram a avença e legitimaram o repasse dos recursos. 8. Por essa maneira de ver as coisas, a celebração de convênios não implica a emissão de um “cheque em branco” ao conveniado, pois os valores hão de ser aplicados no equacionamento dos problemas que, identificados em estudos prévios, permaneceriam sem solução adequada se o repasse não fosse efetuado. Daí por que, no caso dos autos, o desvio na aplicação de verbas oriundas de convênio caracteriza crime de responsabilidade, mesmo que revertidos, de outro modo, em favor da comunidade. Pensar em sentido contrário autorizaria que administradores ignorassem os próprios motivos que impulsionaram a celebração dos convênios, para passar a empregar verbas recebidas em políticas públicas outras que, ao seu talante ou vontade pessoal, possam alcançar um maior número de pessoas, gerar u’a maior aprovação popular, converter-se

num mais adensado apoio eleitoral. O que já implicaria desvio de conduta com propósito secamente eleitoreiro. É dizer: receber verbas de convênio, mas aplicá-las em finalidade diversa da pactuada significa eternizar aqueles específicos problemas que motivaram a celebração do ajuste. Problemas muitas vezes negligenciados pelas administrações locais e que, exatamente por não gerar benefícios eleitorais aos respectivos administradores, não têm recebido a devida prioridade orçamentária. 9. Réu condenado a uma pena privativa de liberdade fixada em 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de detenção, em regime inicial aberto. Pena, essa, substituída por duas restritivas de direito, a saber: a) prestação pecuniária de 50 (cinquenta) salários mínimos, a ser revertida a entidade pública (definida no momento da execução); b) prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da pena substituída. O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, condenando o réu à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de detenção, convertida em duas penas restritivas de direito, consistente no pagamento de 50 (cinquenta) salários-mínimos e prestação de serviços à comunidade, nos termos dos votos dos Senhores Ministros Ayres Britto (Relator), Joaquim Barbosa (Revisor), Eros Grau, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso (Presidente), que, julgando procedente a ação, aplicavam penas inferiores a 2 (dois) anos e, em consequência, decretavam a prescrição da pretensão punitiva à vista das penas em concreto, e

dos votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que julgavam improcedente a ação, absolvendo o réu. Ausente a Senhora Ministra Ellen Gracie, em representação do Tribunal na 10ª Conferência Bienal da International Association of Women Judges - IAWJ, em Seul, Coréia do Sul. Falaram, pelo Ministério Público Federal, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República e, pelo acusado, o Dr. Marcelo Leal de Lima Oliveira. Plenário, AP 409 / CE – CEARÁ, julgamento 13/05/2010.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. SINDICÂNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DAS ILEGALIDADES APONTADAS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA NA VIA MANDAMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. A Turma negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. RMS 27959 / DF - DISTRITO FEDERAL. Julgamento 16/06/2010.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. PERMISSÃO PARA EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE: NECESSIDADE DE LICITAÇÃO PRÉVIA. ALTERAÇÃO DE

ITINERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Ayres Britto. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. RE 501387 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL. Julgamento 18/05/2010.

Superior Tribunal da Justiça (STJ)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FLAGRANTE PREPARADO E DESCLASSIFICAÇÃO. TIPICIDADE. ALTERAÇÃO. MATÉRIAS PROBATÓRIAS. VIA INADEQUADA. DIMINUIÇÃO DE PENA E REGIME INICIAL. PREJUDICIALIDADE.

1. Aferir se há flagrante preparado ou esperado, ou se os fatos se subsumem ao delito de extorsão ou de concussão, são matérias que demandam revolvimento fático-probatório não condizente com o habeas corpus, via angusta por excelência. Precedentes.
2. Já operada, na origem, a pretendida diminuição da pena-base, que inclusive ficou no mínimo legal, não há mais nada a fazer neste particular.
3. Encontrando-se o paciente em livramento condicional, fica sem sentido o pleito de alteração do regime inicial para aberto, como também a pretensão de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.
4. Habeas corpus prejudicado em relação à diminuição da pena, aore-

gime inicial e à substituição da privativa de liberdade por restritivas e não conhecido quanto ao mais. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, julgou prejudicado em parte, e no mais, não conheceu o habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. HC 87791 / RS. HABEAS CORPUS 2007/0174899-7. Julgado em 05/08/2010.

ADMINISTRATIVO. CONVÊNIO. DISTINÇÃO. CONTRATOS. DENÚNCIA UNILATERAL. POSSIBILIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. PRESCINDIBILIDADE. PREJUÍZOS MATERIAIS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES ESTABELECIDAS NO INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A ação mandamental foi impetrada contra ato do Prefeito do Município de São Paulo e do Secretário Municipal do Trabalho que rescindiriam unilateralmente a participação do Município de São Paulo na qualidade de interveniente, em convênio firmado com o impetrante para a capacitação de jovens em situação de risco social e a inserção desses no mercado de trabalho.

2. Os convênios administrativos são ajustes firmados entre pessoas administrativas, ou entre essas e particulares, cujo objetivo é a obtenção de determinados interesses em comum. Diferem dos contratos administrativos, basicamente, pela ausência de interesses contrapostos, já que o elemento

principal da união entre os convenientes é a cooperação e não o lucro geralmente visado nos contratos.

3. O vínculo jurídico existente nos convênios não possui a mesma rigidez inerente às relações contratuais, daí porque o art. 116, caput, da Lei 8.666/93 estabelece que suas normas se aplicam aos convênios apenas "no que couber". Diante disso, tem-se como regra a possibilidade de cada pactuante denunciar livremente o convênio, retirando-se do pacto. Entretanto, se essa atitude causar prejuízos materiais aos outros convenientes, é cabível a aplicação de sanções, a serem estabelecidas, via de regra, no próprio instrumento de colaboração.

4. No caso, a despeito da possibilidade de denúncia unilateral, deu-se efetiva oportunidade para a impetrante manifestar-se no processo administrativo e comprovar o cumprimento das prestações contempladas no pacto firmado. No entanto, da análise dos documentos anexados aos autos, não se demonstrou a impertinência das constatações realizadas pelo ente público.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, Castro Meira. RMS 30634 / SP. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2009/0194709-0. Julgado em 15/06/2010.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E CORRUPÇÃO PASSIVA. NULIDADE PROCESSUAL. ILICITUDE DE PROVAS ORIUNDAS DA INTERCEPTAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA. SIGILO ABSOLUTO. DIREITO FUNDAMENTAL. PONDERAÇÃO. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. INEXISTÊNCIA DE DIREITOS ABSOLUTOS. COEXISTÊNCIA ENTRE OS DIREITOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal, contemplados na dimensão objetiva, consistem em norte para atuação valorativa do Estado na realização do bem comum. Já na dimensão subjetiva, permitem ao indivíduo se sobrepôr à arbitrariedade estatal.

2. O Estado tem o dever de proteção dos indivíduos frente ao próprio poder estatal (eficácia vertical), bem como em face da própria sociedade, justificando a eficácia horizontal dos direitos humanos nas relações particulares.

3. Não há falar em sobreposição de um direito fundamental sobre outro. Eles devem coexistir simultaneamente. Havendo aparente conflito entre eles, deve o magistrado buscar o verdadeiro significado da norma, em harmonia com as finalidades precípuas do texto constitucional, ponderando entre os valores em análise, e optar por aquele que melhor resguarde a sociedade e o Estado Democrático.

4. Os direitos e garantias fundamentais, por possuírem característica essencial no Estado Democrático, não podem servir de esteio para impunidade de condutas ilícitas, razão por que não vislumbro constrangimento ilegal na captação de provas por meio da quebra do sigilo de correspondência, direito assegurado no art. 5º, XII, da CF, mas que não detém, por certo, natureza absoluta.

5. Ordem denegada. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima

indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. HC 97336/RJ. HABEAS CORPUS 2007/0305250-1. Julgado em 15/06/2010.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DESVIO DE VERBAS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR INTEGRADO AO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE. PREFEITO MUNICIPAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS A ÓRGÃO FEDERAL. INTERESSE DA UNIÃO. SÚMULA 208/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE é uma autarquia federal que atende a uma política nacional de educação, provendo recursos e executando ações.

2. O FNDE provê e fiscaliza os recursos remetidos com o finalidade de estimular o desenvolvimento da edu-

cação nos Estados, Distrito Federal e Municípios.

3. A malversação de verbas oriundas do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE, integrante do Fundo Nacional de Desenvolvimento Escolar – FNDE, enseja o interesse da União, visto que é necessária a prestação de contas a órgão federal, aplicando-se à espécie a Súmula 208/STJ.

4. Ordem concedida para definir a competência da Justiça Federal para o processamento e o julgamento do feito. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, ARNALDO ESTEVES LIMA. HC 163023 / PR. HABEAS CORPUS 2010/0030274-4. Julgado em 27/05/2010.

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. MILITAR. PRETENSÃO DE CANCELAMENTO DE PUNIÇÕES DISCIPLINARES. IMPETRAÇÃO APÓS CENTO E VINTE DIAS DA SUA APLICAÇÃO. DECADÊNCIA.

1. Incorre em decadência a impetração de mandado de segurança, em que se pleiteia o cancelamento de punições disciplinares aplicadas a militar, se transcorridos mais de cinco anos entre os atos punitivos e o ajuizamento do writ.

2. Processo extinto com julgamento do mérito.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da

Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça: A Seção, por unanimidade, julgou extinto o mandado de segurança, com resolução de mérito, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. MS 12946 / DF. MANDADO DE SEGURANÇA 2007/0154824-9. Julgado em 23/06/2010.

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - RECURSO HIERÁRQUICO - ALEGADA OMISSÃO - INEXISTÊNCIA.

1. O processo administrativo disciplinar comporta pedido de reconsideração dirigido à autoridade que praticou o ato administrativo, bem como recurso dirigido ao seu superior hierárquico, nos termos da Lei n. 8.112/1990.

2. No caso em tela, o ex-servidor foi demitido após o transcurso do processo administrativo disciplinar, uma vez que esgotada a tramitação de recursos judiciais que visavam sua sustação. Após, o Ministério acolheu pedido de reconsideração na forma de recurso administrativo dirigido à Presidência da República, cuja decisão negou o pleito.

3. Em síntese, in casu e verificado o processamento havido, com decisão da Presidência da República, não cabe considerar que tenha existido omissão por parte do Ministro de Estado da Previdência Social, já que a súplica foi encaminhada, nos termos da Lei, e resta ausente o pretenso ato omissivo coator. Segurança denegada.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: “A Seção, por unanimidade, denegou a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, HUMBERTO MARTINS. MS 15131 / DF. MANDADO DE SEGURANÇA 2010/0052174-3. Julgado em 09/06/2010.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – SÚMULA 329/STJ – APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 – AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS – EXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – SÚMULA 7/STJ – PROPORCIONALIDADE NA COMINAÇÃO DE SANÇÕES.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
2. A ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público, é meio hábil à proteção do erário público (Súm. 329/STJ).
3. Aplica-se a Lei 8.429/1992 aos agentes políticos municipais. Precedente do STJ.
4. Inviável a modificação do acórdão no tocante à existência de dano ao erário e enriquecimento ilícito dos agentes, ante o óbice da Súmula 7/STJ.
5. Considerando as peculiaridades dos autos – por se tratar de utilização da máquina estatal para a pro-

moção de campanha particular de candidato a deputado estadual –, razoável e proporcional a cominação das sanções dos agentes ímprobos na forma estabelecida pela instância ordinária.

6. Recursos especiais não providos. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento a ambos os recursos, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). REsp 1119143 / MG. RECURSO ESPECIAL 2009/0012532-3. Julgado em 03/08/2010.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – TIPIFICAÇÃO DOS ATOS – ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – COMINAÇÃO DAS SANÇÕES – ART. 12 DA LIA – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – SÚMULA 7/STJ – CUMULAÇÃO – POSSIBILIDADE – ART. 17, § 7º, DA LEI 8.429/1992 – PRESCINDIBILIDADE – NULIDADE ABSOLUTA – INOCORRÊNCIA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO-CONFIGURADO.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
2. O magistrado não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as pe-

nas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as conseqüências da infração.

3. Em ação civil pública por ato de improbidade, basta que o autor faça uma descrição genérica dos fatos e imputações dos réus, sem necessidade de descrever em minúcias os comportamentos e as sanções devidas a cada agente.

4. É possível condenar os agentes ímprobos em pena diversa das pleiteadas pelo parquet. Compreensão dos princípios do Direito Romano *jura novit curia* e da *mihi factum dabo tibi ius*, em que as leis são do conhecimento do juiz, bastando que as partes lhe apresentem os fatos.

5. Modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstaculado nesta instância especial - Súmula 7/STJ.

6. A falta da notificação prevista no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992 não invalida os atos processuais ulteriores, salvo quando ocorrer efetivo prejuízo. Precedentes do STJ.

7. Não ocorre cerceamento de defesa por julgamento antecipado da lide, quando o julgador ordinário considera suficiente a instrução do processo.

8. Recurso especial do Ministério Público Estadual parcialmente provido.

9. Recurso especial do particular não provido.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recur-

so do Ministério Público Estadual e negou provimento ao recurso do Particular, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), ELIANA CALMON. REsp 1134461 / SP. RECURSO ESPECIAL 2009/0157042-0. Julgado em 03/08/2010.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – OFENSA AOS PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – NÃO-CARACTERIZAÇÃO – AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO GENÉRICO).

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. O art. 11, inciso VI, da Lei 8.429/92 tipifica como ato de improbidade administrativa deixar o agente de prestar contas, quando obrigado a fazê-lo.

3. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/92 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência desta Corte.

4. Exige-se, para enquadramento em uma das condutas ofensivas aos princípios da administração pública (art. 11 da Lei 8.429/1992), a demonstração do elemento subjetivo, dolo genérico. Precedente do STJ.

5. Recurso especial não provido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da

Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), ELIANA CALMON. REsp 1140544 / MG. RECURSO ESPECIAL 2009/0175240-1. Julgado em 15/06/2010.

RECURSO ESPECIAL - PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE.

1. Não há omissão no acórdão que fundamenta seu entendimento, rejeitando, ainda que implicitamente, a tese defendida pelo recorrente.

2. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material. O fato da conduta ilegal não ter atingido o fim pretendido por motivos alheios à vontade do agente não descaracteriza o ato ímprobo.

3. Recurso especial conhecido e provido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), ELIANA CALMON. REsp 1182966 / MG. RECURSO ESPECIAL 2009/0132229-9. Julgado em 01/06/2010.

RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CORRÉUS-PRESCRIÇÃO-CONTAGEM INDIVIDUAL - RESSARCIMENTO AO ERÁRIO - IMPRESCRITIBILIDADE.

1. As punições dos agentes públicos, nestes abrangidos o servidor público e o particular, por cometimento de ato de improbidade administrativa estão sujeitas à prescrição quinquenal (art. 23 da Lei nº. 8.429/92), contado o prazo individualmente, de acordo com as condições de cada réu. Precedente do STJ.

2. Diferentemente, a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível (art. 37, § 5º, da Constituição).

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), ELIANA CALMON. REsp 1185461 / PR. RECURSO ESPECIAL 2010/0048540-3. Julgado em 01/06/2010.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. NEPOTISMO PRATICADO POR VEREADOR. APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967.

1. O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido deduzido na Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público, condenando o réu, então vereador, por improbidade administrativa decorrente de nepotismo praticado quando ocupava a função de Presidente da Câmara Municipal de Deodápolis/MS.

2. O Tribunal a quo anulou a sentença “por entender inaplicável a Lei de Improbidade Administrativa aos agentes públicos, ante a existência de regramento legal específico para eles”.

3. Sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei 201/1967, os prefeitos e vereadores também se submetem aos ditames da Lei 8.429/1992, que censura a prática de improbidade administrativa e comina sanções civis. Precedentes do STJ.

4. Recurso Especial provido.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), HERMAN BENJAMIN. REsp 1183877 / MS. RECURSO ESPECIAL 2010/0037300-0. Julgado em 04/05/2010.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE O ENTE PÚBLICO EFETUAR O PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. VEDAÇÃO AO LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO ACERCA DA EVENTUAL MÁ-FÉ DA EMPRESA CONTRATADA.

1. A jurisprudência pacífica no âmbito das Turmas que compõem a Seção de Direito Público desta Corte é no sentido de, in verbis:

“[...] ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados,

ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade” (AgRg no Ag 1056922/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 11 de março de 2009). Outros precedentes: REsp 753.039/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 03 de setembro de 2007; REsp 928315/MA, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 29 de junho de 2007; e REsp 545471/PR, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 19 de setembro de 2005.

2. No caso sub examinem, a municipalidade agravante sustenta que o Tribunal de origem assentou ter sido a contratação da empresa agravada viciada com má-fé. Todavia, a leitura atenta do acórdão a quo, precisamente de fl. 449, evidencia que o Tribunal de Justiça paulista reputou viciada de má-fé a própria contratação direta, ao argumento da ausência dos requisitos autorizadores para tanto, sem, no entanto, ter explicitado qual ato praticado pela contratada teria a propriedade de contaminar a avença.

3. Deveras, a exegese da jurisprudência desta Corte é no sentido de que a simples contratação direta não é suficiente para evidenciar a má-fé do contratado; ao revés, deve ser comprovado o ato que induziu a Administração a erro e propiciou a contratação direta viciada. E, embora o acórdão a quo assevere a ocor-

rência de ato de má-fé antes da própria contratação, não consta desse julgado nenhuma indicação da prática objetiva de ato por parte da contratada nesse sentido.

4. Caso fosse admitida de má-fé a pura e simples contratação direta, não haveria razão de ser a própria jurisprudência do STJ, a qual preconiza que os serviços efetivamente prestados devem ser pagos sob pena de enriquecimento ilícito.

5. Agravo regimental não provido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, BENEDITO GONÇALVES. AgRg no REsp 1140386/SP. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0174348-7. Julgado em 03/08/2010.

DIREITO ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – PERMISSÃO PARA EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO – DESCLASSIFICAÇÃO DE EMPRESA – TRANSCURSO DE PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS – REVISÃO ADMINISTRATIVA – IMPOSSIBILIDADE – DECADÊNCIA – ART. 54 DA LEI N. 9.784/1999 – PRECEDENTES.

1. A Administração Pública tem prazo de cinco anos para exercer seu poder de autotutela, nos termos do art. 54 da Lei n. 9.784/1999, corolário ao princípio da segurança jurídica.

2. Inviável rever decisão administrativa que habilitou licitante em processo licitatório, após o prazo deca-

dencial assinalado pela Lei 9.784/1999.

3. Precedentes: MS 14.722/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 24.2.2010, DJE 18.3.2010; MS 10.760/DF, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 8.11.2006, DJ 17.9.2007, p. 204; REsp 658.130/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 5.9.2006, DJ 28.9.2006, p. 195.

4. In casu, o pedido formulado na petição inicial, de homologação do resultado do certame licitatório, deve ser restringido pois incerta a lisura e o tempo em que foram realizados todos os atos do procedimento licitatório, não podendo o judiciário avaliar todos os atos efetivados, a não ser o específico ato sub judice, referente à habilitação da empresa, ilegalmente revista após sete anos da decisão administrativa originária. Mandado de Segurança parcialmente concedido, para determinar ao impetrado que considere a impetrante habilitada para a Concorrência de outorga da permissão para exploração do serviço de radiodifusão em frequência modulada para a localidade de Pocrane-MG.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: “A Seção, por unanimidade, concedeu parcialmente a segurança, para determinar ao impetrado que considere a impetrante habilitada para a Concorrência de outorga da permissão para exploração do serviço de radiodifusão em frequência modulada para a localidade de Pocrane-MG, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, HUMBERTO

MARTINS. MS 15160/DF. MANDADO DE SEGURANÇA 2010/0060661-0. Julgado em 26/05/2010.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1)

PENAL. CONCUSSÃO. SERVIDOR DO IBAMA. EXIGÊNCIA DE VANTAGENS INDEVIDAS PARA NÃO LAVRAR AUTO DE INFRAÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS ACERCA DO CRIME. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO.

1. No crime de concussão, a conduta típica é exigir, reclamar vantagem indevida, aproveitando-se o agente do temor de represálias a que fica constrangida a vítima. Há, assim, um abuso de autoridade. Esse delito se consuma com a exigência da vantagem, independentemente do seu recebimento ou não. 2. Se as provas colhidas nos autos não demonstram, de forma suficiente, a presença do crime, aplica-se o princípio do *in dubio pro reu*, que tem fundamentação no princípio constitucional da presunção de inocência, segundo o qual o acusado deverá ser absolvido quando a acusação não prove, inequivocamente, sua participação no crime. 3. Apelação não provida.

A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. ACR 0004965-32.2000.4.01.3500/GO; APELAÇÃO CRIMINAL. Julgado em 31/05/2010.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AJUIZADA CONTRA PREFEITOS. CONVÊNIOS CELEBRADOS COM A FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE

E COM O FUNDO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. ALEGAÇÃO DE QUE O PRIMEIRO RÉU NÃO PRESTOU CONTAS E DE QUE O SEGUNDO NÃO DEU CONTINUIDADE ÀS OBRAS CONVENIADAS. PRESTAÇÃO DE CONTAS QUE SOMENTE TERIA LUGAR AO FINAL DOS CONVÊNIOS. CONDUTA DO RÉU APELANTE. LESÃO AO ERÁRIO INCOMPROVADA.

1. Tendo o réu apelante deixado de praticar, indevidamente, ato de ofício perante os órgãos

competentes, quanto ao objeto do convênio firmado pelo seu antecessor e pendente de cumprimento; bem como tendo deixado de prestar as respectivas contas, cujo prazo venceu

dentro do seu mandato, terminou por incorrer na prática de ato de improbidade administrativa na forma indicada no inciso X do art. 10 e nos incisos I e VI do artigo 11, todos da Lei nº 8.429/92.

2. Inexiste prova nos autos de que o réu tenha abandonado os empreendimentos conveniados “com a perda e o desvio de tudo que já havia sido empregado”. Não foi, também, demonstrado, tenha o prefeito auferido qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, nem mesmo tenha causado prejuízo ao erário. Nada foi provado nesse sentido.

3. As irregularidades apontadas pelo autor no cumprimento do Convênio, nº 027/96, não podem ser imputadas ao réu apelante, mas ao seu antecessor que utilizou todos os recursos repassados pelo governo federal ao Município do qual, à época, era o gestor.

4. Uma vez que a apelação do réu levou à modificação das sanções a ele impostas, a pretensão de aumento da pena de multa vindicada na apelação do autor restou implicitamente afastada.

5. Apelação do réu apelante parcialmente provida.

6. Apelação do Ministério Público improvida.

A Turma, por maioria, deu parcial provimento à apelação do réu e negou provimento à apelação do Ministério Público Federal, à unanimidade. AC 0011010-45.2001.4.01.3200/AM; APELAÇÃO CIVEL. Julgado em 29/06/2010.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. EX-PREFEITA. APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92. MALVERSAÇÃO DOS RECURSOS. PRESENÇA INEQUÍVOCAMENTE DE PREJUÍZO AO ERÁRIO E MÁ-FÉ DA EX-GESTORA. PRESTAÇÃO DE CONTAS QUANDO JÁ INSTAURADA A TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONTAS REPROVADAS. COMPROVAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE. IDADE SUPERIOR A 70 ANOS. SANÇÕES PROPORCIONAIS.

1. O STF vem rejeitando diversas reclamações ajuizadas com o propósito de fazer valer o entendimento adotado na Reclamação nº 2.138/DF a todos os agentes políticos. Essa decisão não possui efeito vinculante e nem eficácia erga omnes. Os ex-prefeitos continuam a responder à ação de improbidade e perante a primeira instância.

2. Restou demonstrado que a ex-gestora formalizou um projeto para beneficiar seu Município, contudo,

depois de celebrado o convênio com recursos federais, não realizou as obras acertadas. Houve prejuízo ao erário e a conduta da apelante, ativa ou omissiva, demonstra má-fé.

3. A prestação de contas somente foi realizada intempestivamente, quando, inclusive, já instaurada a tomada de contas especial.

4. A ré foi condenada ao ressarcimento do valor do convênio, à suspensão dos seus direitos políticos pelo prazo de 06 (seis) anos, bem como proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de 5 (cinco) anos. As sanções são proporcionais com a extensão do dano. A idade da apelante não justifica a redução das sanções.

5. Apelo improvido.

A Turma negou provimento ao apelo, à unanimidade. AC 0004289-34.2003.4.01.4000/PI; APELAÇÃO CIVEL. Julgado em 22/06/2010.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. INCISO I, ART. 23 DA LEI 8.429/90. INTERRUÇÃO. PARÁGRAFO 3º, ART. 142 DA LEI 8.112/90. NÃO APLICAÇÃO.

1. Exercendo o agravante apenas cargo em comissão, o prazo para a propositura da ação é de 5 anos, contados a partir do término do exercício funcional, conforme o disposto no inciso I do art. 23, da Lei 8.429/92, não se aplicando a interrupção da prescrição prevista no § 3º

do art. 142 da Lei nº 8.112/90, em razão daquele inciso não remeter para as disposições de lei específica, como ocorre no caso do inciso II do art. 23, da Lei 8.429/92.

2. Da data do término do exercício do cargo em comissão, em 24.04.1998 até à data do ajuizamento da Ação Civil de Responsabilidade por Improbidade Administrativa (19/12/2006), decorreu mais de 5 (cinco) anos, restando prescrita a presente ação.

3. Agravo provido.

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento. AG 0013721-39.2009.4.01.0000/PA; AGRAVO DE INSTRUMENTO. Julgado em 03/08/2010.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE POLÍTICO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/92. RECLAMAÇÃO STF Nº 2.138/DF. INEXISTÊNCIA DE EFEITO ERGA OMNES DA DECISÃO. ENTENDIMENTO DO STF. SUJEIÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS À LEI DE IMPROBIDADE. EX-PREFEITO. FALTA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. RECURSOS FEDERAIS. FNDE - FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. PDDE - PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA. OBRIGAÇÃO DECORRENTE DO CARGO. COMPROVAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS PELO SUCESSOR. ATO DE IMPROBIDADE CONFIGURADO.

1. A jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de que as disposições da Lei nº 8.429/92 aplicam-se aos agentes políticos.

2. O atraso na prestação de contas, quando aprovadas, não configura ato de improbidade administrativa, previsto no art. 11, VI, da Lei nº 8.249/92, haja vista que o respectivo dispositivo não admite interpretação extensiva. (Precedentes da Corte).

3. Não trata o caso em exame de atraso na prestação de contas pelo ex-gestor municipal, mas da própria falta de prestação de contas a que estava obrigado por lei.

4. Incensurável a sentença recorrida que considerou a conduta do réu ato de improbidade administrativa, porque a prestação de contas, além de fora do prazo, para ele não foi feita, mas por seu sucessor.

5. A prestação de contas, feita com atraso, por sucessor de ex-gestor municipal, não supre a falta do gestor do Município, que a tanto estava obrigado.

6. Apelação improvida.

A Turma negou provimento à apelação do réu, à unanimidade. AC 0005688-05.2005.4.01.3200/AM; APELAÇÃO CIVEL. Julgado em 27/07/2010.

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA IMPOSTA PELO ESTADO DA BAHIA. REGISTRO NO SICAF. LEGITIMIDADE. ART. 87, IV, DA LEI Nº 8.666, DE 1993. REMESSA PROVIDA.

1. Pretende a Impetrante impedir que pena "de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública Estadual Direta e Indireta" imposta a si pelo Estado da Bahia surta efeitos no âmbito federal em virtude do registro no SICAF.

2. O inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, ao mencionar “inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública” não restringe o alcance da pena ao âmbito do ente federativo que a impôs. Seus efeitos se estendem à Administração Pública como um todo, na medida em que o fundamento da pena é o resguardo aos interesses públicos, que não se dividem em federais, estaduais, distritais e municipais.

3. Já decidiu o STJ que “a limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública” (REsp nº 151.567/RJ, Rel. Min. Peçanha Martins).

4. Remessa oficial a que se dá provimento.

A Turma, por unanimidade, deu provimento à remessa oficial. REOMS 0034710-27.2004.4.01.3400/DF; REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. Julgado em 28/07/2010.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA NECESSÁRIA. LEI MUNICIPAL. CASAS LOTÉRICAS. SEGURANÇA ARMADA. MULTA IMPOSTA AO PODER CONCEDENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. As casas lotéricas, no tocante à prestação de serviços bancários, atuam por delegação efetuada pela Caixa Econômica Federal, sendo aplicável, na espécie, as disposições da

Lei nº8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal.

2. Esta delegação, efetivada por meio de licitação, por seu turno, seja sob a forma de concessão ou permissão, é efetuada com a transmissão dos riscos inerentes à atividade especificada no edital, nos termos do art. 2º, incisos II e IV da citada Lei nº 8.987/95.

3. Em sendo assim, não há como se impor, através de lei municipal, ao poder concedente, os riscos da atividade econômica desempenhada pelas casas lotéricas, cujo custeio deve ser arcado a partir da remuneração auferida pela prestação dos serviços delegados.

4. Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.

A Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial. REOMS 0008584-44.2003.4.01.3700/MA; REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. Julgado em 18/06/2010.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)

PENAL. CONCUSSÃO. COBRANÇA INDEVIDA DE VALORES PARA A CONCESSÃO DE CERTIFICADO DE ALISTAMENTO MILITAR (ART. 316 C/C ART. 327, § 1º, AMBOS DO CP). MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO. PROVA TESTEMUNHAL. DOSIMETRIA DAS REPRIMENDAS. PENA-BASE. MULTA. SANÇÕES SUBSTITUTIVAS.

1. Nos crimes que não deixam vestígios, onde a prova existente é, emi-

nentemente, testemunhal, a palavra da vítima mostra-se de fundamental importância para a demonstração da prática delituosa. Hipótese em que os testemunhos mostram-se hábeis a dar suporte à condenação.

2. Comete o delito de concussão o Secretário da Junta Militar que exige vantagem pecuniária indevida para a concessão de Certificado de Alistamento Militar. Hipótese em que, em razão do exercício de função delegada, o agente é considerado funcionário público para fins penais.

3. O dolo resta configurado pela atuação livre e consciente do agente no sentido de exigir, para si, ganho relacionado ao poder de coação que a função pública exercida lhe conferia.

4. Sendo as circunstâncias judiciais favoráveis ao acusado, deve a pena-base ser fixada no patamar minimamente cominado ao tipo.

5. O montante de dias-multa deve guardar simetria com o montante de

pena privativa de liberdade aplicada. Na fixação do valor de cada unidade diária há que ser observada a capacidade econômica do condenado.

6. A substituição das penas corporais por restritivas de direito constitui direito subjetivo do réu quando presentes os requisitos do art. 44 do Estatuto Repressivo. O quantum da prestação pecuniária deve considerar a situação financeira do apenado.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso do Ministério Público Federal, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. ACR - APELAÇÃO CRIMINAL 2005.71.10.002607-4/ RS. Julgado em 02/06/2010.

Regras para submissão de artigos à Revista da CGU

A CGU aceita contribuições de pesquisadores, estudantes, profissionais ligados à área de controle e interessados em temas ligados à corrupção. Os artigos são publicados após análise e seleção. O objetivo é garantir a qualidade do conteúdo informativo, de forma a tornar a Revista da CGU um instrumento útil e orientador para todos aqueles comprometidos com a boa gestão de recursos públicos.

Os artigos serão analisados quanto ao conteúdo; à compatibilidade com a linha editorial; aos objetivos da Revista; e à forma de apresentação (qualidade e objetividade). Somente serão aceitos artigos inéditos e em português brasileiro.

Os trabalhos deverão ser elaborados contendo:

- Título
- Nome completo do autor
- Titulação e cargo que ocupa atualmente (máximo 180 caracteres)
- Endereço completo, telefone, e-mail
- Resumo de no máximo 15 linhas e indicação de três palavras-chave
- Texto
- Bibliografia

O formato dos textos deve seguir as seguintes orientações:

1) Organização dos textos

Os textos, incluindo as referências, devem ser digitados em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento simples entre as linhas. A primeira linha dos parágrafos deve ser sem recuo e deverá haver um espaço de uma linha entre um parágrafo e outro. Os títulos e subtítulos devem estar em negrito. O texto deverá ter entre 7 mil e 35 mil caracteres, o que corresponde a, aproximadamente, 3 a 15 páginas editadas da revista. Pedem-se aos autores que evitem notas de rodapé. Caso necessário, elas não devem ultrapassar 210 caracteres.

O formato do papel deve ser A4 (21 x 29,7 cm), com margens esquerda e direita de

3,0 cm e superior e inferior de 2,5 cm. As páginas devem ser numeradas consecutivamente. A folha inicial deve conter o título do artigo, nome completo, titulação acadêmica, vinculação departamental e institucional, e-mail, telefone e endereço completo do autor.

2) Referências bibliográficas

As referências devem, preferencialmente, restringir-se às citações no texto, sendo numeradas consecutivamente pela ordem de aparição no texto, no final do artigo.

3) Envio

O texto deve ser enviado para o e-mail revista@cgu.gov.br, em editor de texto, em qualquer versão atualmente em uso.

4) Quadros e imagens

Cada quadro (tabela) deve ser feito em folha separada e não pode ser apresentado sob forma de imagem. Sua numeração, seqüencial, deve obedecer à ordem da primeira citação do texto, com breve título. Cada coluna deve ter um título curto e abreviado. As notas explicativas e as abreviaturas não padronizadas utilizadas devem ser colocadas detalhadas em rodapé. Para assinalar as notas de rodapé, usar asteriscos, por esta ordem: *, **, *** etc.

As imagens devem ser digitalizadas com resolução de 300 DPLs ou superior, e no mesmo tamanho a ser utilizado na publicação.

5) Seleção e publicação

O exame e a seleção do material a ser publicado na Revista CGU serão definidos de acordo com a compatibilidade em relação à linha editorial definida pelos editores, o enriquecimento do estudo a respeito de temas de trabalho e a qualidade e objetividade do texto produzido. A aprovação e posterior publicação dos trabalhos não darão aos autores direito de receber qualquer retribuição financeira, ficando resguardados os direitos autorais sob a forma da lei. Os textos aprovados, no que concerne ao seu conteúdo, não serão alterados pelos editores da Revista, uma vez que os conceitos e opiniões emitidas em trabalhos doutrinários assinados são de inteira responsabilidade de seus autores. Caso necessário, será realizada revisão ortográfica e gramatical nos artigos.

Esta Obra foi impressa pela Imprensa Nacional.
SIG, Quadra 6, lote 800, 70.610-460. Brasília - DF.