



REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

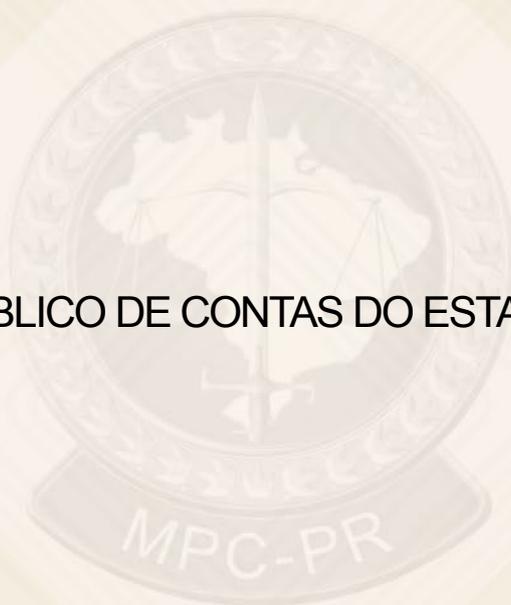
NOVEMBRO 2014 - MAIO 2015

◆ NÚMERO 01 ◆



REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ



Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná/ Ministério Público de Contas do Estado do Paraná. - n. 1, (2014) - _ Curitiba: Ministério Público de Contas do Paraná, 2014.

Semestral

Resumo em português e inglês

Disponível em <http://www.revista.mpc.pr.gov.br/>

Administração pública – Paraná – Periódicos. 2. Finanças públicas – Paraná – Periódicos. 3. Controle externo - Paraná – Periódicos. 4. Paraná – Ministério Público de Contas do Estado do – Periódicos. I. Ministério Público de Contas.

CDU 336.126.55(816.5)(05)

Opiniões e conceitos emitidos nos artigos, bem como a exatidão, adequação e procedência das citações bibliográficas, resumo e abstract, são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná.

Conselho Editorial:

MICHAEL RICHARD REINER
FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI
ANGELA CASSIA COSTALDELLO
MARCOS NÓBREGA
RODRIGO LUÍS KANAYAMA

Presidente
Vice-Presidente
membro
membro
membro

Organização: RENATA BRINDAROLI ZELINSKI E RACHEL SANTOS TEIXEIRA
Projeto gráfico: NÚCLEO DE IMAGEM
Diagramação: NÚCLEO DE IMAGEM
Capa: NÚCLEO DE IMAGEM

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná – Secretaria do Conselho Editorial
Praça Nossa Senhora da Salete, s/n – Centro Cívico – Curitiba – PR
Contato – revista@mpc.pr.gov.br
Tel (41) 3350-1640

SUMÁRIO

EDITORIAL 7

DOCTRINA

MINISTÉRIO PÚBLICO E A NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI 12.846/2013) - **Eduardo Cambi** 12

A POLÍTICA E O ORÇAMENTO PÚBLICO: DESEQUILÍBRIOS NO FIEL DA BALANÇA - **Rodrigo Luís Kanayama e Diogo Luiz Cordeiro Rodrigues** 48

A CONTRATAÇÃO INTEGRADA NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO: INADEQUAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO COMO CRITÉRIO PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO - **Marcos Nóbrega** 62

O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS - **Ricardo Schneider Rodrigues** 102

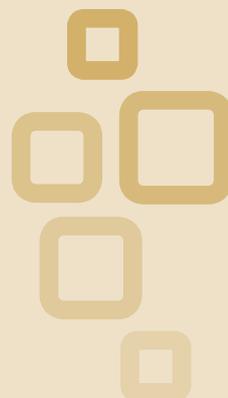
DIREITO PROCESSUAL MODERNO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS: PODER GERAL DE CAUTELA E ASTREINTES - **Alexandre Manir Figueiredo Sarquis e Renata Constante Cestari** 124

MPC - DESTAQUE

A PRIORIDADE ABSOLUTA PARA A INFÂNCIA E A JUVENTUDE E OS TRIBUNAIS DE CONTAS - **Olympio de Sá Sotto Maior Neto** 140

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS E A EVOLUÇÃO SOCIAL: UMA RELEITURA 26 ANOS APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 - **Glaydson Santo Soprani Massaria** 148

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA - **Hugo Nigro Mazzilli** 156





EDITORIAL

A Revista do Ministério Público de Contas do Paraná nasce de uma iniciativa de integrar e promover o desenvolvimento de ações e estudos no âmbito do controle da Administração Pública, sob o múltiplo enfoque da missão constitucional que é deferida ao Ministério Público brasileiro e aos seus ramos, bem como à pesquisa acadêmica multidisciplinar afeta ao vasto campo do Direito Público.

Nesse intento, desbrava-se a presente edição com a participação de articulistas de escol.

O texto inaugural, da lavra do Promotor de Justiça Dr. Eduardo Cambi, traz importantes considerações acerca da nova lei anticorrupção (Lei Federal 12.846/13). A formação acadêmica do autor e a sua *expertise* na seara do combate à corrupção conferem-lhe a autoridade necessária para remarcar o papel do Ministério Público na proteção do patrimônio público, lançando as luzes da sistemática constitucional para a compreensão da lei 12.846/13, especialmente de seu artigo 5.º (rol *exemplificativo* dos atos lesivos à Administração Pública) e 25 (*não* alcance da prescrição quinquenal à sanção de reparação de danos causados por pessoas jurídicas infratoras). Cuida-se, também, de uma pormenorizada análise da responsabilização administrativa e judicial referenciada por esse diploma legal, bem como da natureza e do alcance do instituto denominado “*acordo de leniência*”.

Em “*A política e o orçamento público: desequilíbrios no fiel da balança*”, o advogado e Professor de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da UFPR Dr. Rodrigo Luís Kanayama, em conjunto com o Procurador do Estado do Paraná Diogo Luiz Cordeiro Rodrigues, traçam um roteiro seguro para a compreensão do processo orçamentário na realidade brasileira, trazendo ao palco os embates entre os *poderes* na negociação da composição das leis orçamentárias, examinando, por conseguinte, as suas fases interna e externa para culminar, enfim, na abordagem da polêmica figura das *emendas individuais impositivas*.

Já o Pós Doutor pela Harvard Law School, Conselheiro Substituto do TCE-PE e Professor da Universidade Federal de Pernambuco, Dr. Marcos Nóbrega, nos brinda com um denso e aprofundado exame do Regime Diferenciado de Contratação, intitulado “*A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação: inadequação da Teoria da Imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico financeiro do contrato*”. Aqui é exposto que o referencial da teoria da imprevisão mostra-se equivocado para os fins do reequilíbrio econômico financeiro quando há grandes assimetrias informacionais entre as partes. Apresenta-se, de outra sorte, a invocação de teorias mais subjetivistas, como a da *base do negócio* para o deslinde dessas demandas.

Tema não menos palpitante é enfrentado pelo Procurador do Ministério Público de Contas de Alagoas, Dr. Ricardo Schneider Rodrigues, acerca do controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas. Com a maestria que lhe é própria, demonstra que o desenho constitucional brasileiro aponta, de um modo inequívoco, para as Cortes de Contas como os órgãos vocacionados e corresponsáveis pela concretização de direitos sociais no estado brasileiro, sendo que “é o que mais se encontra preparado para compreender em toda a sua complexidade o fenômeno multifacetado das políticas públicas”. Neste proceder, não descuida o autor de lançar uma visão crítica acerca do funcionamento e estruturação desses tribunais.

Encerrando a seção doutrinária, uma análise da natureza jurídica da processualística afeta às Cortes de Contas é levada ao cabo pelo Conselheiro Substituto do TCE-SP, Dr. Alexandre Manir Figueiredo Sarquis e pela Procuradora do Ministério Público de Contas de São Paulo (TCE-SP), Dra. Renata Constante Cestari. Destas linhas, extraem-se relevantes lições para o entendimento da aplicação da *Astreintes* no âmbito do Controle Externo (“*Direito processual moderno nos Tribunais de Contas: poder geral de cautela e astreintes*”).

Como seguimento, três textos ganharam destaque no fechamento desta edição. Olympio de Sá Sotto Maior Neto, Coordenador do Centro de Apoio das Promotorias de Justiça da Criança e do Adolescente, mestre em Direito pela UFPR e Procurador Geral de Justiça do Estado do Paraná por quatro biênios, aborda “*A prioridade absoluta para a infância e a juventude e os Tribunais de Contas*”. Hugo Nigro Mazzilli, por sua vez, cedeu-nos entrevista concedida à Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, sob a coordenação de Marcelo Pedroso Goulart, cuja temática (“O Ministério Público na transição de-

mocrática”) compõe a série “Ditadura, Democracia e Memória” daquela instituição. Nos debates, o Professor emérito da ESMP-SP menciona o atual impasse referente à plena autonomia do Ministério Público de Contas, assunto também discutido na última edição de sua obra “Regime Jurídico do Ministério Público” (8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014). Em estrita conexão temática, Glaydson Santo Soprani Massaria, ex-Juiz de Direito e Procurador do Ministério Público de Contas de Minas Gerais, efetua uma relevante análise acerca da configuração institucional do MP em “*O Ministério Público de Contas e a evolução social: uma releitura 26 anos após a promulgação da constituição da república de 1988*”, com destaque para o posicionamento do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, lançado em agosto de 2013.

Tratam-se, pois, de temas candentes, cuja linha mestra, calcada na realização do bem comum e na efetivação dos direitos fundamentais sob a responsabilidade da Administração Pública, é abordada neste volume desde a elaboração das peças orçamentárias à formalização e execução da despesa; da utilização de mecanismos processuais adequados nos Tribunais de Contas ao controle finalístico das políticas públicas; da assunção de uma fisionomia institucional nacional do Ministério Público no Controle Externo ao combate à corrupção, “*câncer que corrói os recursos públicos indispensáveis à melhoria da qualidade de vida de milhões de brasileiros*”, nas palavras do nosso primeiro escritor.

Não sem razão, a Associação Nacional do Ministério Público de Contas – AMPCON – já elegeu como foco de seu Congresso Nacional de 2014, a ser realizado em novembro na cidade de Maceió-AL, o “Controle Externo: do combate à corrupção à efetivação de políticas públicas”.

Boa leitura.

Michael Richard Reiner

Procurador-Geral do Ministério Público de Contas do Paraná





DOCTRINA

MINISTÉRIO PÚBLICO E A NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI 12.846/2013)

Eduardo Cambi¹

“A corrupção é, conjuntamente com o crime organizado ligado sobretudo ao tráfico da droga e ao branqueamento do dinheiro, a grande criminalidade desse terceiro período (crise do estado-Providência) e coloca os tribunais no centro de um complexo problema de controle social.”²

RESUMO

Este artigo busca analisar o papel do Ministério Público diante das inovações implementadas no combate à corrupção com o advento da Lei nº 12.846/2013. A inserção da nova Lei dentro do ordenamento jurídico, bem como os possíveis conflitos com as normas vigentes, também são objeto deste estudo. A Lei Anticorrupção, como já vem sendo chamada, apresenta a possibilidade de responsabilização objetiva da pessoa jurídica pelos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública. Também é reforçado o papel do Ministério Público como instituição responsável pela proteção do patrimônio público.

Palavras-chave: Ação Civil Pública; Administração Pública; Combate à Corrupção; Dinheiro Público; Inquérito Civil; Interesses Difusos; Lei nº 12.846/2013; Lei Anticorrupção; Ministério Público; Pessoa Jurídica; Responsabilidade Objetiva; Processo Administrativo; Processo Civil; Recursos Públicos.

ABSTRACT

This article pursuit to analyze the role of public prosecution in spite of innovations implemented in combating corruption with the enactment of Law No. 12.846/2013.

- 1 Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria Geral de Justiça do Paraná. Coordenador estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção. Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Controle da Gestão Pública do Paraná. Assessor de Pesquisa e Política Institucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. Representante da Secretaria de Reforma do Judiciário na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). Coordenador do Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção, Transparência e Controle Social da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Pós-doutor em direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e mestre em Direito pela UFPR. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Diretor financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR).
- 2 SANTOS, Boaventura de Souza, MARQUES; Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista brasileira de ciências sociais*, vol. 30. p. 39.

The insertion of the new law within the legal framework as well as possible conflicts with existing regulations, are also the subject of this study. The Anti-Corruption Law, as has already been called, presents the possibility of objective liability of the corporation for unlawful acts committed against the public administration. Also be enhanced the role of the prosecutor as the institution responsible for the protection of public property.

Keywords: Public Civil Action; Public Administration; Combating Corruption; Public Money; Civil Survey; Diffuse Interests; Law No. 12.846/2013; Anticorruption Law; prosecution; Corporate; Responsibility Objective; Administrative Procedure; Civil Procedure; Public Resources

1. INTRODUÇÃO

Estima-se, conforme dados da Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP), que o custo da corrupção, no Brasil, fica entre R\$ 41,5 e R\$ 69,1 bilhões por ano³. Isto representa entre 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB).

Dentre os 176 (cento e setenta e seis) países pesquisados pela Organização Não Governamental alemã, Transparência Internacional, no ano de 2012, o Brasil ficou na 69ª posição, com o Índice de Percepção da Corrupção em 43 (quarenta e três) pontos. Tal índice pontua os países em uma escala de 0 (muito corrupto) a 100 (muito íntegro). Embora o Brasil tenha a sétima maior economia do mundo, possui índices de corrupção piores que países como Uruguai e Chile (72 pontos) ou a Namíbia (48 pontos).

A corrupção prejudica o desenvolvimento nacional retirando da educação, da saúde e da segurança pública recursos indispensáveis para a melhoria da qualidade de vida do povo brasileiro.

A Lei 12.846/2013, também denominada de Lei Anticorrupção, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Busca sancionar a pessoa jurídica ou o grupo econômico que pratica atos lesivos ao patrimônio público, coibindo e desincentivando a prática da corrupção.

3 http://www.brasileconomico.com.br/noticias/corruptao-no-brasil-custa-ate-r-691-bilhoes-por-ano_82676.html. Acesso em 09.08.2013.

A preocupação se mostra legítima frente à dificuldade da responsabilização das pessoas jurídicas por atos lesivos contra o erário público. Até o advento da Lei 12.846/2013, as punições às fraudes a licitações e contratos administrativos, o oferecimento de promessa a agentes públicos, a utilização de interposta pessoa para ocultar ou dissimular a identidade dos beneficiários dos atos praticados, a criação irregular de empresa para participar de licitações ou contratos administrativos, além de outros atos de corrupção, se circunscreviam a responsabilização subjetiva do agente⁴. A necessidade da comprovação do dolo ou da culpa dificultava a produção da prova, tornava morosos os processos judiciais⁵ e, conseqüentemente, aumentava a impunidade dos corruptos⁶.

A nova lei busca com a aplicação da responsabilidade objetiva a correção da deficiência do velho conceito clássico da culpa⁷, nitidamente superado pelas novas necessidades do direito na sociedade globalizada e de massas.

A responsabilização, civil e administrativa, objetiva das pessoas jurídicas por atos contrários à Administração Pública independe da responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de quaisquer outras pessoas naturais que tenham concorrido ou participado da prática do ato ilícito.

Houve, também, a preocupação com a possibilidade da desconsideração administrativa da personalidade jurídica nos casos em que ela é utilizada para prática de atos lesivos tipificados em lei ou com abuso de direito ou confusão patrimonial.

O Ministério Público, por ser uma instituição voltada à proteção do patrimônio público, precisa compreender e bem aplicar a Lei 12.846/2013 para, juntamente com outros instrumentos jurídicos constantes em leis, que estimulam a proatividade - como a da improbidade administrativa (Lei 8.429/92), a das licitações e contratos da Administração Pública (Lei 8.666/93) e da

4 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14^a ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 901.

5 ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA, Iggor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos: questões centrais do projeto de lei nº 6.826/2010. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles, GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito da Infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 162

6 FERNANDES, Antonio Scarance; ESSADO, Thiago Cintra Essado. Corrupção: aspectos processuais. *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 89, Mar / 2011, p. 471.

7 SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 104.

ação civil pública (Lei 7.347/85) - minimizar os efeitos nocivos da corrupção na sociedade brasileira.

2. BEM JURÍDICO PROTEGIDO PELA LEI 12.846/2013

A Lei 12.846/2013 procura proteger a noção de república e o patrimônio público. Define os atos lesivos à Administração Pública, nacional e estrangeira, as sanções correspondentes à responsabilidade administrativa e civil, bem como técnicas processuais e instrumentos para inibir e repreender os atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas infratoras.

A corrupção, como asseverado, resulta em sérios problemas para o país. Comportamentos ilegais culminam na redução do pagamento de tributos, não ingresso de receitas, má gestão e desperdício de dinheiro público. Com isto, torna mais difícil a proteção dos direitos fundamentais sociais⁸, com a redução de investimentos em políticas públicas, o que prejudica toda a população e, em especial, aquela mais vulnerável⁹.

A corrupção é causa determinante da pobreza brasileira, pois corrói a dignidade do cidadão, deteriora o convívio social, arruína os serviços públicos e compromete a vida das gerações atuais e futuras.¹⁰

De forma imediata, os bens econômicos atingidos pela corrupção pertencem ao Estado. Contudo, de forma mediata, é a coletividade – sobretudo, as comunidades carentes, por dependerem mais de serviços públicos de qualidade - que é efetivamente atingida.

8 OLIVEIRA, Regis Fernandes. A corrupção como desvio de recursos público (A agressão da corrupção aos direitos humanos). *Revista dos tribunais*, vol. 820, fevereiro de 2004, p. 45.

9 “O fenômeno da corrupção (...) molesta o corpo e a alma de milhares de brasileiros, excluídos, sobreviventes do egoísmo. Segundo o BIRD, a corrupção mundial causa um prejuízo de 3 (três) trilhões de dólares por ano (...). No Brasil, um dos maiores responsáveis por grande parte desse desvio criminoso, a situação ganha conotações dramáticas. Uma estrutura de dominação patrimonial, ainda viva e sólida, privilegia a si própria, resultando na riqueza de poucos e na desgraça de muitos. Escolas desestruturadas, hospitais abandonados, trabalhos escravos, prisões domiciliares decretadas pelo medo e pela insegurança, enfim, a corrupção gera o caos social, a desestabilidade econômica e a insegurança política” (Affonso Ghizzo Neto. *Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Pág. 181).

10 TREVISAN. Antoninho Marmo; CHIZZOTTI, Antonio; LANHEZ, João Alberto; CHIZZOTTI, José; VERILLO, Josmar. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. São Paulo: Uol, 2003. Pág. 17.

Portanto, a corrupção atinge um bem jurídico difuso, na medida em que lesiona bens públicos de interesse geral, não se vinculando, especificamente, a uma vítima individualizada. Enfim, atinge toda a sociedade, ao retirar recursos das políticas públicas indispensáveis à efetiva proteção dos direitos fundamentais sociais.^{11 12}

3. A DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal, no artigo 127, *caput*, incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e, no artigo 129, inc. III, afirma, expressamente, que lhe cabe a proteção dos interesses difusos¹³.

A Constituição Federal conferiu ao Ministério Público a função de garantidor dos direitos fundamentais, atribuindo-lhe um dever ético-político de agir para a defesa e a construção da democracia substantiva¹⁴.

O Ministério Público, como instituição garantidora do princípio constitucional da moralidade administrativa, deve combater à improbidade, investigando os corruptos e os corruptores, buscando à sua punição e zelando pela promoção do direito fundamental a governos honestos, como corolário do regime republicano¹⁵.

11 ARAUJO, Felipe Dantas. Corrupção e novas concepções de direito punitivo: rumo a um direito de intervenção anticorrupção? *Revista de direito internacional*, v.8, n.2, jul/dez 2011, p. 211.

12 “os atos de improbidade administrativa violam interesse difuso da coletividade, eis que revelam condutas que, no plano concreto, atingem interesse do povo, na medida em que comprometem seriamente o bom funcionamento da Administração Pública e, conseqüentemente, a obrigação do Estado no cumprimento das prestações sociais, fundamentais para a boa qualidade de vida da população” (MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípio do juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa*. São Paulo: RT, 2006, p. 195).

13 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

14 GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 107-121.

15 “(...) o Ministério Público (na condição de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado [art. 127, da CF 88] e com as prerrogativas que lhe foram conferidas pelo sistema constitucional vigente) constitui autêntica garantia institucional fundamental e, por esta razão, encontra-se protegido inclusive contra eventual supressão ou esvaziamento de suas garantias e atribuições por parte do poder de reforma constitucional” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Pág. 197). Verificar, ainda: MOURA, Angela Giovanini. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção: oportunidade de resgate da cidadania. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v.12, n.23, jan/jun 2011; BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política. Uma patologia social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.227-228.

O Ministério Público possui instrumentos operacionais, como o inquérito civil e a ação civil pública, para defesa e garantia do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos.

Por meio do inquérito civil, pode promover a investigação dos atos de corrupção, tendo como finalidade a coleta de elementos seguros para demonstrar sua materialidade, assim como indícios de autoria. Já a ação civil pública constitui instrumento constitucional repressivo para defesa judicial dos direitos fundamentais.

Esses dois mecanismos possibilitam ao Ministério Público promover a investigação, buscar a responsabilização dos agentes corruptores e a reparação integral dos prejuízos causados.

Tal tese foi corroborada pelos Tribunais Superiores na Súmula 329/STJ¹⁶ e na orientação jurisprudencial reiterada do Supremo Tribunal Federal¹⁷.

A importância do Ministério Público no combate à corrupção ganha relevo na sociedade brasileira tão carente de instituições capazes de defender a coisa pública contra atos reiterados de dilapidação do patrimônio público. Com efeito, cabe ao Ministério Público, como defensor do regime democrático, contribuir com o processo de emancipação da cidadania no Brasil, seja promovendo a educação para o exercício dos direitos e dos deveres - estimulando a formação e a atuação eficiente de Conselhos Sociais¹⁸, realizando audiências e consultas públicas, induzindo a formulação de políticas públicas, exigindo transparência do poder público e controlando a execução orçamentária - seja investigando e buscando a responsabilização daqueles que se beneficiam da corrupção, mas que não raro ficam impunes (alias,

16 “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

17 AI 748934 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 07-06-2013 PUBLIC 10-06-2013; AI 730619 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2013 PUBLIC 01-08-2013; AI 856962 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-073 DIVULG 18-04-2013 PUBLIC 19-04-2013; AI 837555 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 28-03-2012 PUBLIC 29-03-2012.

18 BERCLAZ, Márcio Soares. A natureza político-jurídica dos Conselhos Sociais no Brasil: uma leitura a partir da política da libertação e do pluralismo jurídico. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná em 08 de março de 2013, p. 316-329.

dados do Departamento Penitenciário Nacional, de maio de 2013, afirmam que menos de 1% da população carcerária brasileira cumpre pena por crimes contra a Administração Pública)¹⁹.

4. A LEI 12.846/2013 NO CONTEXTO DO SISTEMA JURÍDICO

4.1 A Lei 12.846/2013 e os Tratados e Convenções Internacionais

No âmbito internacional, a Lei 12.846/2013 está em perfeita harmonia com a com as diretrizes e propósitos dos Tratados e Convenções Internacionais promulgados pelo Brasil.

Destaca-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que se preocupa em promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficientemente a corrupção, dispondo, em seu artigo 12.1., que os Estados Partes devem adotar medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como prever sanções civis, administrativas e penais eficazes²⁰.

A Lei 12.846/2013 também está em sintonia com a Convenção Interamericana contra a Corrupção, cujo propósito é promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção²¹.

Ainda no âmbito internacional, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais estabelece, no artigo 2º, que cada parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos²².

19 <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,acoes-anticorruptao-aumentam-prisoas-por-crimes-contra-gestao-publica-no-pais,1028520,0.htm>. Acesso em 13.08.2013.

20 BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Entrou em vigor: 14 de dezembro de 2005.

21 BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Entrou em vigor: 03 de junho de 1997.

22 BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. | Entrou em vigor: 23 de outubro de 2000.

4.2 A Lei 12.846/2013 em face da Constituição Federal

Deve-se verificar se as regras trazidas pela Lei 12.846/2013 respeitam os direitos e as garantias consagradas na Constituição Federal.

Inicialmente, deve-se observar o conteúdo do artigo 5º, incisos XLV e XLVI da Constituição Federal, pelos quais nenhuma pena será passada da pessoa do condenado e de que cabe a lei individualizar a pena²³.

A Lei 12.846/2013 não viola tais direitos fundamentais que estão voltados precipuamente à responsabilização criminal. A nova lei não trata da responsabilidade penal da pessoa jurídica, não obstante tal tema não seja estranho ao direito brasileiro, pois a Constituição Federal, expressamente, permite tal responsabilização para crimes praticados contra a ordem econômica e financeira (art. 173, par. 5º) e para os crimes ambientais (art. 225, par. 3º). A nova lei anticorrupção responsabiliza objetivamente a pessoa jurídica, independentemente da responsabilização subjetiva, isto é, sem a demonstração do dolo ou da culpa, dos dirigentes ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (art. 3º). Não se pode afirmar que a responsabilização objetiva da pessoa jurídica implicaria a penalização dos sócios, pois estes são atingidos apenas pelos efeitos fáticos e jurídicos da condenação²⁴. A responsabilização civil e administrativa objetiva da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual e seus dirigentes ou administradores que serão responsabilizados por atos ilícitos somente na medida de sua culpabilidade.

23 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

24 “Nem se diga que a sanção contra a pessoa jurídica quebraria a pessoalidade da pena, na medida em que atingiria seus sócios. Trata-se de um raciocínio equivocado, porque os sócios só são atingidos pelos efeitos fáticos e jurídicos da condenação (...). Isso decorre da própria personalidade jurídica dos “entes morais” e da clara e inequívoca separação entre as figuras da pessoa jurídica e de seus integrantes. (...) O Direito Administrativo Sancionador não possui, portanto, um regime jurídico unitário para pessoas físicas e jurídicas, porque há uma clara ruptura dessa suposta unidade no requisito da culpabilidade (...)” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: RT, 2009. Pág. 380-381).

Além disso, a Lei 12.846/2013 admite a aplicação da teoria da descon sideração da personalidade jurídica quando a pessoa jurídica for utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das san ções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios. Essa teoria está voltada a corrigir os desvios de finalidade da pessoa jurídica, permitindo que o Judiciário repare os atos emulativos causados por aqueles que se serviram da autonomia e da capacidade do ente moral para obter vantagens ilícitas²⁵.

A *disregard theory* ou *disregard of the legal entity* é amplamente difundida no ordenamento jurídico brasileiro (v.g., arts. 28 da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, 18 da Lei 8.884/94 – Lei Antitruste, 50 do Código Civil e 4º da Lei 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais) e tem sido aplicada extensivamente, mesmo para hipóteses não expressamente contempladas na legislação específica, como ocorre em relação à improbidade administrativa, onde os sócios das empresas também podem figurar no pólo passivo da relação processual, quando a pessoa jurídica for instrumento para a prática de ilícitos e os sócios verdadeiros responsáveis pela ilicitude, se beneficiarem, direta ou indiretamente, dos desvios dos recursos públicos. Também será possível, no campo da improbidade administrativa, a aplicação da teoria da *desconsideração inversa*, isto é, quando se desconsidera a personalidade jurídica da sociedade para alcançar bens da própria sociedade, em decorrência de atos praticados por terceiros (os sócios)²⁶. Isto pode ocorrer quando o sócio, responsável pela lesão ao erário, se utilizada da sociedade como escudo protetor, transferindo seus bens pessoais para a sociedade, para tornar ineficaz possível condenação judicial, ou quando o ato de improbidade é cometido por grandes conglomerados empresariais geridos pela mesma pessoa ou pelo mesmo grupo, quando a vontade da pessoa jurídica se confunde com a de seu controlador²⁷.

Por outro lado, a previsão de outras sanções, como a dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 19, inc. III, da Lei 12.846/2013) não fere o disposto no artigo 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal que prevê a imposição de penas, para hipóteses criminosas, mas, ainda assim, em caráter exemplificativo. Ademais, tal instituto não é estranho ao Direito Empresarial (art. 1.033, inc. V, do Código Civil).

25 ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A descon sideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-278.

26 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 645.

27 Idem. *Ibidem*.

No entanto, é preciso testar a constitucionalidade do artigo 25 da Lei 12.846/2013, ao prever que prescrevem em cinco anos as infrações previstas nesta lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. E o seu parágrafo único completa, dizendo que, na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

Tal regra precisa ser interpretada a luz do artigo 37, par. 5º, da Constituição Federal que torna imprescritível as ações de ressarcimento para os ilícitos praticados por agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário²⁸. Este artigo 37, par. 5º, da Constituição Federal constitui uma regra excepcional para a proteção do patrimônio público. Contudo, não se refere apenas a danos causados por pessoas físicas, utilizando-se da expressão “qualquer agente”, que deve abarcar as pessoas jurídicas que geram prejuízo ao erário público.

Logo, o artigo 25 da Lei Anticorrupção não pode ser aplicado para impedir a reparação integral dos danos causados, fazendo incidir a prescrição, tão-somente, sobre as demais sanções às pessoas jurídicas infratoras, contidas no artigo 19 (suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos)²⁹.

28 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. Pág. 392-403; FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Pág. 246. A propósito da exegese do artigo 37, par. 5º, da CF, pacífica é a orientação do Supremo Tribunal Federal: RE 646741 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/10/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 19-10-2012 PUBLIC 22-10-2012; STF, AI 712435 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 13/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 11-04-2012 PUBLIC 12-04-2012 RT v. 101, n. 921, 2012, p. 670-674; STF, RE 578428 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 13/09/2011, DJe-216 DIVULG 11-11-2011 PUBLIC 14-11-2011 EMENT VOL-02625-02 PP-00177.

29 *Mutatis mutandis*, essa tem sido a orientação do Superior Tribunal de Justiça em relação à interpretação do artigo 12 da Lei 8.429/92: “A aplicação das sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei 8.429/92 se submetem ao prazo prescricional de 05 (cinco) anos, exceto a reparação do dano ao erário, em razão da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória (art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988). Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1038103/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; REsp 1067561/AM, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ de 27/02/2009; REsp 801846/AM, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ de 12/02/2009; REsp 902.166/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; e REsp 1107833/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJ de 18/09/2009” (EDcl no REsp 716.991/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 23/06/2010). Conferir, ainda: REsp 1312071/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 22/05/2013.

4.3 A interpretação sistemática da Lei 12.846/2013 com as leis 8.429/92, 8.666/93 e 12.462/2011

A Lei 12.846/2013 não gera antinomias jurídicas com as leis de improbidade administrativa e as que regem as licitações e os contratos administrativos, na medida em que seu artigo 30 assevera que a aplicação das sanções previstas nesta lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei n. 8.429/92, e dos atos ilícitos alcançados pela Lei 8.666/93 ou outras formas de licitações e contratos com a Administração Pública, inclusive no tocante ao regime diferenciado de contratações públicas – RDC instituído pela Lei 12.462/2011.

Com a finalidade de harmonizar as diferentes leis que tratam de assuntos semelhantes, é indispensável se valer da *interpretação sistemática* das regras jurídicas de combate à corrupção. Este método interpretativo permite buscar o significado das normas jurídicas em sintonia com os demais princípios e regras que integram o ordenamento jurídico, o que torna possível ao exegeta extrair a *máxima unidade do sistema*³⁰, dando maior segurança e confiabilidade às normas, pois se evitam contradições e incongruências³¹.

Tanto a Lei 12.846/2013 quanto a Lei 8.429/92 se preocupam em tutelar a moralidade administrativa. Verifica-se, pelos artigos 1º e 2º, desta legislação que a intenção é punir os atos praticados por qualquer agente público. Todavia, o seu artigo 3º acrescenta que suas disposições são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sobre qualquer forma direta ou indireta. Dessa maneira, tal regra admite que pessoas jurídicas figurem no pólo passivo da ação civil pública por improbidade administrativa, bem como contempla

30 “A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. Em bela passagem, registrou Capograssi que a interpretação não é senão a afirmação do todo, da unidade diante da particularidade e da fragmentariedade dos comandos singulares” (Luis Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 128).

31 “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Por isso insisto em que o texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. As normas – afirma Bobbio – só têm existência em um contexto de normas, isto é, no sistema normativo” (Eros Roberto Grau. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 128).

– tal como está no artigo 942/CC - a responsabilidade civil solidária dos agentes públicos e de terceiros na obrigação de indenizar³². Assim sendo, por exemplo, se recursos públicos são incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica, por força do artigo 3º da Lei 8.429/92, o ente moral, quando induz, concorre ou se beneficia, pode ser sujeito ativo do ato de improbidade administrativa e responder a ação civil pública respectiva³³. Caso venha a ser condenada, serão aplicadas, no que couber, as sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, podendo as empresas ficar sujeitas, isolada ou cumulativamente, além da obrigação de reparar os danos, à multa civil, proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios³⁴.

A diferença entre a Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade Administrativa é que a responsabilização civil da pessoa jurídica por danos decorrentes de atos de improbidade administrativa depende da demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para as hipóteses previstas nos artigos 9º (enriquecimento ilícito) e 11 (violação de princípios administrativos), ou, pelo menos, pela culpa, para a caracterização dos atos de improbidade contidos no artigo 10 da Lei 8.429/92 (prejuízo ao erário público)³⁵.

Porém, ao prever tal forma de responsabilização objetiva, a Lei 12.846/2013 não destoia da técnica contemplada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal³⁶, quando trata da responsabilização das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos causados por seus agentes a terceiros, bem como no artigo 927, parágrafo

32 CERQUEIRA, Luís Otávio *et alli*. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo, RT, 2010, p. 59.

33 BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. São Paulo: RT, 2007. Pág. 258; SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa. Teoria e prática*. Leme: J. H. Mizuno, 2011. Pág. 677-679; SOUZA, Patrícia Verônica Nunes de Carvalho Sobral de. *Corrupção e improbidade. Críticas e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Pág. 84. Não destoia desse entendimento a orientação do Superior Tribunal de Justiça: REsp 970.393/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012; STJ, REsp 886.655/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 08/10/2010; STJ, REsp 1122177/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 27/04/2011.

34 STJ, EDcl no AgRg no REsp 1314061/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013.

35 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. Cit, p. 222.

36 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

único, do Código Civil³⁷. Com efeito, nos casos de responsabilidade objetiva, o agente somente se exime da responsabilidade se não ficar caracterizado o nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o dano. Em outras palavras, não há responsabilidade objetiva quando o agente não produziu a lesão, que lhe é imputada, ou se a situação de risco inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a ocorrência do dano³⁸.

A Lei n. 12.846/2013, ao tornar a responsabilidade civil e administrativa objetiva, facilita a responsabilização da pessoa jurídica, uma vez que basta ao autor demonstrar a prática do ato ilícito e do seu nexo de causalidade com os prejuízos causados. É, pois, ônus da prova do demandado comprovar as causas excludentes do nexo causal³⁹.

No entanto, com o intuito de evitar a violação do postulado do *non bis in idem*, a mesma sanção não poderá ser aplicada duas vezes para o mesmo fato, ainda que possa ter repercussões diversas. Assim, poderá restar prejudicada, total ou parcialmente, a ação civil pública de responsabilização civil da pessoa jurídica, se a sanção já tiver sido aplicada na decisão judicial que reconhece definitivamente a prática de improbidade administrativa, ou vice-versa.

Ademais, a Lei Anticorrupção, como bem reconhece o seu artigo 30, inc. II, não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ilícitos alcançados pelas regras que versam sobre licitações e contratos da Administração Pública. Assim, as sanções administrativas e/ou criminais contidas no Capítulo IV da Lei 8.666/93 (Lei Geral de Licitações) ou da Seção V, do Capítulo I, da Lei 12.462/2011 (regime diferenciado de contratações públicas) não ficam excluídas. Por exemplo, o artigo 47, inciso V, da Lei 12.462/2011 preceitua que ficará impedido de licitar e contratar com a União,

37 “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

38 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 829.

39 Assim, tem decidido o STJ, ao aplicar a teoria da responsabilidade objetiva, em relação ao Código de Defesa do Consumidor: REsp 1281742/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 05/12/2012; AgRg no Ag 1375928/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 21/08/2012; AgRg no REsp 1220998/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012; REsp 721.091/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2005, DJ 01/02/2006, p. 567.

Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato. Por sua vez, o artigo 5º, inciso IV, letra “d”, da Lei 12.846/2013 conceitua como ato lesivo à Administração Pública, nacional ou estrangeira, fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente. Esta Lei Anticorrupção, ao tratar da responsabilização administrativa, no artigo 6º, prevê três sanções distintas, quais sejam: a aplicação de multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, a publicação extraordinária da decisão condenatória, e a obrigação de reparação integral do dano causado. Perceba-se que ambas as leis devem ser compatibilizadas, para que o valor da multa imposta observe os parâmetros dos artigos 6º, inc. I, e 7º da Lei 12.846/2013, mas também que incida o impedimento para licitar e contratar contido no artigo 47 da Lei 12.462/2011.

Apesar de a Lei nº 8.666/1993 e outras leis que versam sobre o tema das licitações e contratos administrativos, como a Lei 12.846/2013, já previrem sanções administrativas, a Lei Anticorrupção apresenta um complemento a esta previsão por meio de um novo rol de condutas passíveis de responsabilização objetiva, pela via administrativa, da pessoa jurídica. Assim, as empresas que atentarem contra o patrimônio público, nacional ou estrangeiro, ou os princípios da Administração Pública, ou, ainda, os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil passam a ser responsabilizadas civil e administrativamente, de forma objetiva, por seus atos. Isto sem prejuízo da aplicação de outras penalidades previstas nas demais leis que versam sobre o tema das licitações e contratos administrativos, embora nestas a aplicação das sanções dependa da comprovação do dolo ou da culpa.

Ainda que, nas sanções administrativas previstas no artigo 6º da Lei 12.846/2013 e nas sanções judiciais arroladas no artigo 19 da mesma lei, o legislador não tenha incluído a penalidade de impedimento da pessoa jurídica infratora de licitar e contratar com o Poder Público, por determinado prazo, tal efeito pode ser considerado natural e decorre de uma leitura mais atenta da Lei Anticorrupção que criou o Cadastro Nacional de Empresa Punidas – CNEP (art. 22) justamente para dar publicidade e inibir que essas empresas voltem a contratar com órgãos ou entidades públicos.

Entretanto, tal interpretação esbarra no princípio da estrita legalidade, pelo qual não se pode impor sanções sem a prévia previsão legal (*nullum crimen, nulla poena, sine previa lege*). Afirma o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Não obstante o princípio da tipicidade esteja se referindo a “crimes”, nada impede que seja estendido ao Direito Administrativo, que está sujeito ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, CF), do qual decorre o da tipicidade. Este princípio também pode ser extraído do artigo 5º, par. 2º, da Constituição Federal, pelo qual os direitos e garantias constitucionalmente expressos não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados. A tipicidade é uma garantia para os administrados, porque permite que os cidadãos e as empresas saibam quais são as condutas proibidas e suas respectivas sanções. O princípio da tipicidade também impede que a Administração Pública atue de forma arbitrária, não podendo impor penas fora das hipóteses previstas na lei. Tal situação também viria a ferir os princípios da segurança e da confiança jurídicas, que exigem que a conduta proibida e a sanção pela sua não observância estejam descritas previamente na lei, para que a ação do poder público não cause surpresa aos administrados.

Dessa forma, a não previsão pela Lei 12.846/2013 do impedimento de licitar e contratar com o poder público, por prazo determinado, ou da declaração de idoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública não pode conduzir a imposição destas sanções no processo administrativo de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas infratoras. Porém, como a aplicação das sanções previstas na Lei 12.846/2013 não afeta os processos de responsabilização e aplicação das penalidades contidas nas Leis 8.666/93 (arts. 86-88) e 12.462/2011 (art. 47), a autoridade administrativa deve impô-las às pessoas jurídicas infratoras que praticarem os atos ilícitos ali descritos, embora tal responsabilização dependa da comprovação do dolo ou da culpa.

De qualquer forma, constatada omissão – total ou parcial – da autoridade administrativa na imposição plena das sanções administrativas previstas em lei, caberá ao Ministério Público ajuizar ação civil pública para promover a responsabilização administrativa integral da pessoa jurídica infratora (interpretação conjunta dos artigos 20 e 30 da Lei 12.846/2013).

5. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA LEI 12.846/2013

5.1 Considerações iniciais

A Lei 12.846/2013 procurou facilitar a responsabilização dos agentes corruptores que causam ou concorrem com a prática de atos lesivos ao patrimônio público. Impede-se, desta forma, que as pessoas jurídicas se eximam de responsabilização civil e administrativa pelos atos praticados contra a Administração Pública.

Para tanto, a Lei 12.846/2013 procurou identificar, de modo abrangente, o conceito de pessoa jurídica responsável por atos de corrupção.

A lei é aplicável às sociedades empresárias e simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeira, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (art. 1º, par. ún.).

A responsabilidade objetiva incide ainda que os atos lesivos tenham praticado em seu benefício exclusivo ou não (art. 2º).

Tal responsabilidade também persiste mesmo nas hipóteses de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária (art. 4º).

Por outro lado, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (art. 3º). A responsabilidade da pessoa natural, contudo, é subjetiva, dependendo da comprovação do dolo ou da culpa (art. 3º, par. 2º).

Após deixar claro quem pode ser responsabilizado, a Lei 12.846/2013 trata de conceituar, no artigo 5º, quais são os atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira.

Três são os parâmetros alternativos para que um ato seja considerado lesivo à Administração Pública: i) ou atentar contra o patrimônio público nacional

ou estrangeiro; ii) ou contra os princípios da Administração Pública; iii) ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Como tais parâmetros são amplos, ainda que o artigo 5º da Lei 12.846/2013 tenha descrito atos lesivos à Administração Pública, o rol previsto é exemplificativo, não taxativo. Mesmo que a técnica legislativa não tenha sido a melhor, pois, ao final do *caput* do artigo 5º o legislador se valeu da expressão “*assim definidos*”, ao invés de “*e notadamente*” como nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, o artigo 5º da Lei Anticorrupção merece ser interpretado teleologicamente. Isto é, todo ato que atentar contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, ou contra os princípios da Administração Pública, ou, ainda, contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil deve ser considerado lesivo à Administração Pública, ainda que não tenha sido expressamente descrito no elenco do artigo 5º da Lei 12.846/2013.

A exegese desta regra jurídica deve buscar atender as exigências sociais, econômicas e políticas, bem como estar em consonância com a ideia de justiça e bem comum. Aliás, deve prevalecer o cânone hermenêutico explícito no artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.658/1942) que assevera: “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”.

Cabe a todos os intérpretes, não apenas aos juízes, construir o sentido da lei no contexto dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º/CF) e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º/CF). Desse modo, é preciso afastar interpretações formalistas que estejam desvinculadas das noções éticas, sociais e políticas de justiça e bem comum. A corrupção é um câncer que corrói os recursos públicos indispensáveis à melhoria da qualidade de vida de milhões de brasileiros. Destarte, não é razoável que atos não descritos pelo legislador, mas que sejam notoriamente corruptos, na medida em que lesam o patrimônio público, deixem de ser punidos, pois a legislação não se valeu da melhor técnica legislativa até porque, se fosse assim, ficaria anulado o papel dos intérpretes, os quais devem analisar o direito legislado com o raciocínio voltado à Constituição e as demais leis, isto é, o conjunto dos princípios e das regras que integram o ordenamento jurídico.

A interpretação das normas jurídicas não devem produzir resultados injustos ou danosos ao bem comum, sendo responsabilidade do intérprete buscar

o sentido que melhor concretize a proteção dos direitos fundamentais. A corrupção impede que os recursos públicos sejam destinados à implementação eficiente de políticas indispensáveis a realização de direitos fundamentais sociais – como a educação, a saúde e a segurança de qualidades – não podendo os agentes corruptores se beneficiar das brechas da lei ou de legislações mal elaboradas, mas serem responsabilizados quando evidenciado o ato lesivo, após assegurado o devido processo legal.

Atente-se que nem sempre será necessária a existência de dano efetivo para a responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Há situações, como as previstas no artigo 5º, inc. I (prometer ou oferecer vantagem ilícita) e no inc. IV (procurar afastar licitante), da Lei 12.846/2013, em que a responsabilidade administrativa e civil prescinde da ocorrência concreta do dano (lesão efetiva aos cofres públicos). Admite-se, pois, a punição apenas de um comportamento e determina-se a aplicação da pena, independentemente de um resultado específico. Tal conclusão é reforçada pelo artigo 7º da Lei Anticorrupção que, nos incisos II e III, dispõem que na aplicação das sanções deve ser considerada a vantagem auferida *ou pretendida* pelo infrator, mas também a consumação *ou não* da infração.

Dentre as hipóteses trazidas no artigo 5º, é importante destacar, a contida no inciso V, que considera ato lesivo dificultar a atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. Não obstante o texto não faça expressa referência ao Ministério Público, pessoas jurídicas que praticam atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, quando dificultam as atividades de investigação ou de fiscalização do *parquet* também estão sujeitas à responsabilização objetiva, porque o artigo 19 da Lei 12.846/2013, ao tratar da legitimidade *ad causam* do Ministério Público, faz remissão ao artigo 5º da Lei Anticorrupção. Enfim, por ser uma instituição que tem o dever de proteger o patrimônio público, inclusive promovendo o inquérito civil e a ação civil pública (art. 129, inc. III, CF), atitudes como a sonegação de informações, a destruição de elementos de provas, a criação de obstáculos ao exame de documentos ou a realização de perícias atentam contra as prerrogativas do Ministério Público de investigar e fiscalizar os desvios contra o erário público (arts. 25, inc. IV, letra “a”, e 26, inc. I, da Lei 8.625/93 e artigos 5º, inc. III, letras “a” e “b”, e 6º, inc. VII, letra “b”, da Lei Complementar 75/1993). Eventual condenação em danos morais coletivos,

deverá reverter em benefício do próprio Ministério Público, nos termos do artigo 24 da Lei 12.846/2013.

A Lei 12.846/2013 prevê a responsabilização dos atos lesivos descritos no artigo 5º em duas esferas, a administrativa e a judicial. Ambas as formas de responsabilização são independentes e complementares (exegese dos artigos 18 e 20 da Lei Anticorrupção).

O Ministério Público deve atuar, precipuamente, na esfera judicial, para a aplicação de sanções previstas no artigo 19. Mas também deve agir para buscar a imposição integral das sanções descritas no artigo 6º, se constatada omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa (art. 20). Além disso, deve atuar, no que couber, na resolução extrajudicial dos efeitos dos atos de corrupção, seja para prevenir, seja para obter a reparação dos atos lesivos praticados pelas pessoas jurídicas (interpretação do artigo 21 da Lei 12.846/2013).

5.2 Responsabilização na esfera administrativa

Quanto à responsabilização na esfera administrativa, a Lei 12.846/2013 disciplinou: i) as sanções e os critérios de aplicação das sanções administrativas; ii) o processo administrativo de responsabilização; iii) o acordo de leniência.

Ao tratar das sanções, no artigo 6º, previu a possibilidade de aplicação da multa e da publicação extraordinária da decisão condenatória. As sanções administrativas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, conforme as peculiaridades do caso concreto e de acordo com a gravidade e a natureza das infrações (art. 6º, par. 1º). Porém, em todas as hipóteses de atos lesivos à Administração Pública, caso apurado dano ao patrimônio público, é indispensável a reparação integral dos prejuízos causados (art. 6º, par. 3º).

Interessante observar que o valor da multa, como forma de inibir atos de corrupção, nunca poderá ser inferior à vantagem auferida, quando for possível a sua estimação, devendo ser fixada entre 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos (art. 6º, inc. I). Se não for possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a

multa será fixada entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) [art. 6º, par. 4º].

A Presidente da República vetou o artigo 6º, par. 6º, da Lei 12.846/2013 que limitava o valor da multa ao montante total do bem ou do serviço contratado ou previsto. Trata-se de decisão acertada, pois, do contrário, a penalidade poderia não ser suficiente para inibir o risco da prática de atos contrários à Administração Pública. A imposição de severas sanções econômicas se destina a punir efetivamente os infratores e a desestimular futuras infrações, até porque a vantagem buscada ou auferida pode ser superior ao próprio valor do contrato.

Por outro lado, as sanções pela prática de corrupção, por pessoas jurídicas, não se limitam ao artigo 6º da Lei 12.846/2013. Como já fora asseverado no item 3.3. *supra*, tal regra deve ser interpretada sistematicamente, para que, se a infração também se configurar em ato de improbidade administrativa ou outros ilícitos alcançados pela Lei 8.666/93 ou outras normas de licitações e contratos da Administração Pública, serem impostas as sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, em especial a proibição de contratar com o poder público, bem como as constantes dos artigos 86 a 88 da Lei 8.666/93 ou do 47 da Lei 12.462/2011.

Quanto aos critérios de aplicação das sanções, contidos no artigo 7º da Lei 12.846/2013, devem ser destacados alguns pontos.

Primeiro, para a imposição das sanções descritas na Lei Anticorrupção, não é indispensável a ocorrência de dano efetivo ao patrimônio público, posto que, como afirmado no item anterior, os incisos II e III do artigo 7º punem o infrator pela mera pretensão de obter vantagem ilícita, além de penalizarem a tentativa de infração, não exigindo o resultado lesivo ou a sua consumação.

Segundo, o comportamento da pessoa jurídica, seja cooperando com a apuração das infrações (inc. VII) [inclusive com a atividade de investigação ou fiscalização do Ministério Público], seja prevendo mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta (inc. VIII), pode minimizar as penalidades.

Trata-se de técnica destinada a premiar a resolutividade na apuração dos ilícitos, evitando que a conduta de certos dirigentes ou administradores pre-

judique demasiadamente tanto a punição dos responsáveis quanto o conjunto da pessoa jurídica.

Entretanto, a existência de programa de *compliance*⁴⁰, definido no artigo 7º, inc. VIII, da Lei 12.846/2013, como mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, depende de regulamentação pelo Poder Executivo Federal (art. 7, par. ún.).

Em outros países, já existem parâmetros para avaliar a efetividade de programas de *compliance*. Por exemplo, o Departamento de Justiça Americano e a Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos lançou, no final do ano de 2012, um guia⁴¹ para orientar o cumprimento da legislação americana anticorrupção, a FCTA (*Foreign Corrupt Practices Act*). Este guia identificou, como fatores de eficiência de um programa de *compliance*, o compromisso de todos os níveis da gerência e política anticorrupção claramente articulada, a existência de um código de conduta, política e procedimentos de *compliance*, a fiscalização interna deste programa, a autonomia da área de *compliance* e recursos adequados, a avaliação dos riscos da empresa, treinamentos e aconselhamento contínuo, incentivos e medidas disciplinares, investigações de terceiros e de pagamentos, sistema interno de denúncias (possibilitando denúncias confidenciais) e de investigações, testes e revisões periódicas do programa de *compliance*, investigações de pré-fusões e aquisições e integrações pós-aquisições e fusões.

A aplicação do artigo 7º, inc. VIII, da Lei Anticorrupção ainda depende de regulamentação, mas essas diretrizes já podem servir de base para a implantação preventiva ou para a análise de eficiência de programas de *compliance* já existentes pelas empresas nacionais.

Ainda quanto aos critérios de aplicação das sanções, deve ser destacado o veto da Presidência da República ao inciso X do artigo 7º que afirmava que o grau de eventual contribuição da conduta de servidor público, para a ocorrência do dano, poderia influenciar na dosimetria das penalidades. O veto foi acertado, pois tanto o agente público quanto a pessoa jurídica praticaram atos contrários à Administração Pública. As infrações causadas pelo servidor público devem ser

40 Termo anglo-saxão que deriva da expressão “to comply”, cujo sentido é agir de acordo com uma regra.

41 A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, disponível em <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em 12.08.2013.

apuradas em procedimentos próprios e sua responsabilização buscada nos termos da lei. A manutenção da regra poderia facilitar a transferência da responsabilização da pessoa jurídica para o agente público, o que dificultaria a aplicação rigorosa de sanções, pois a conduta deste não seria objeto de apuração direta no processo administrativo de responsabilização da pessoa jurídica e a dúvida quanto ao seu grau de participação poderia minimizar os efeitos sancionatórios a que a Lei Anticorrupção pretende coibir.

A instauração e o julgamento do processo de para responsabilização administrativa da pessoa jurídica é competência da autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que devem agir de ofício ou mediante provocação, observadas as garantias inerentes ao devido processo legal.

Durante o processo administrativo, a comissão processante poderá, cautelarmente, propor a autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou do processo objeto de investigação (art. 10, par. 2º). Ademais, o ente público, por meio de seu órgão de representação judicial, pode requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive a busca e apreensão (art. 10, par. 1º). Além disso, mesmo que não esteja expressamente previsto na Lei 12.846/2013, a representação judicial do ente público lesado poderá se valer de outras medidas cautelares, como a indisponibilidade dos bens da pessoa jurídica, e, na hipótese de configuração de ato de improbidade administrativa, também representar ao Ministério Público para que ajuíze as medidas necessárias à proteção do patrimônio público (art. 7º da Lei 8.429/92).

Após a conclusão do processo administrativo, a comissão processante deve informar ao Ministério Público sobre a sua existência, para que apure não apenas a ocorrência de crimes, como está expresso no artigo 15 da Lei 12846/2013, mas também se possa verificar eventuais omissões na condução do processo administrativo, promover ações civis públicas para aplicação das sanções judiciais (art. 19) e/ou para a complementação das sanções administrativas (art. 20), bem como investigar a prática de atos de improbidade administrativa e/ou atos ilícitos alcançados pela Lei 8.666/93 ou outras normas de licitações e contratos da Administração Pública.

Aliás, para que se evite a renovação da produção de provas, agilizando as investigações, a comissão processante não precisa comunicar o Ministério

Público apenas após a conclusão do processo administrativo. Deve, a exemplo do que ocorre no artigo 15 da Lei de Improbidade Administrativa, comunicar o Ministério Público quanto a mera instauração do processo administrativo, para possibilitar que os membros do Ministério Público possam acompanhar a produção das provas no âmbito da administração. Isto poderá evitar omissões no processo administrativo, além de tornar mais ágil a apuração de delitos, atos de improbidade administrativa e até outros atos ilícitos conexos com os praticados pelos dirigentes ou administradores de pessoas jurídicas.

Também com o intuito de facilitar a obtenção de meios de prova para a comprovação de atos contra a Administração Pública, a Lei 12.846/2013 regulamenta, no Capítulo V (arts. 16 e 17), a possibilidade de celebração de acordo de leniência entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública com as pessoas jurídicas responsáveis.

A possibilidade de celebração de acordo de leniência também foi estendida as sanções administrativas previstas na Lei de Licitações (Lei nº 8.666), nos artigos 86 a 88, que versam sobre atrasos injustificados e inexecução total ou parcial de contratos (art. 17 da Lei 12.846/2013).

O acordo de leniência se assemelha aos propósitos da delação premiada e busca facilitar a produção da prova, incentivando a pessoa jurídica que colabore efetivamente com a apuração do ato ilícito.

A delação premiada encontra previsão, na esfera criminal, em diversos dispositivos da legislação vigente. A Lei 9.807/99, que regulamenta a proteção aos réus colaboradores, permite que o juiz conceda o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal. Além dessas condições é necessário que a colaboração do acusado resulte na identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, na localização da vítima com a sua integridade física preservada, ou na recuperação total ou parcial do produto do crime. Na Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, Lei nº 7492/86, e na Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Lei nº 8137/90, nos crimes cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que revelar à autoridade policial ou judicial, por meio de confissão espontânea, a totalidade da trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços). Esta redução da pena também está prevista na Lei de Crimes Hediondos,

Lei 8072; contudo, é necessário que a denúncia seja formulada pelo participante ou associado de quadrilha ou bando e que possibilite seu desmantelamento. Além dos exemplos citados, a delação premiada também está presente na Lei 9613/98 (Crimes de Lavagem de Dinheiro) e na Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas). Ademais, na recente Lei 12.850/2013, que define a organização criminosa, a colaboração premiada foi regulamentada nos artigos 4º a 7º.

Diferentemente da delação ou da colaboração premiadas, o acordo de leniência não exige a participação do Poder Judiciário, podendo ser celebrado entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade e a pessoa jurídica responsável pelos atos previstos na Lei 12.846/2013.

Exige-se que a pessoa jurídica seja a primeira a manifestar interesse na cooperação para apuração do ato lícito e cesse de por completo o envolvimento com a infração investigada. Deve, ainda, além de admitir a participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecer, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento (art. 16, par. 1º).

No entanto, caso a proposta de acordo de leniência seja rejeitada, não se imputará o reconhecimento da prática do ato (art. 16, par. 7).

Para que os benefícios do acordo sejam alcançados, é necessário que a colaboração prestada pela pessoa jurídica resulte, quando cabível, na identificação dos demais envolvidos na infração e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito apurado (art. 16, inc. I e II).

A pessoa jurídica que celebrar o acordo de leniência estará isenta, na esfera administrativa, da publicação extraordinária da decisão condenatória. Na esfera judicial, não estará sujeita à proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. A multa aplicável também poderá ser reduzida em até dois terços (art. 16, par. 2).

Além disso, a celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos e, em nenhuma hipótese, isenta a pessoa jurídica do dever de reparar integralmente o dano causado (art. 16, par. 9º).

O descumprimento das condições estipuladas no acordo de leniência impede a celebração de novo acordo pelo prazo de três anos contados do conhecimento pela Administração Pública do descumprimento (art. 16, par. 8º).

As autoridades competentes, como condição para a sua celebração, devem manter atualizadas as informações acerca dos acordos de leniência, no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), salvo se vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo, e registrar o seu descumprimento, inclusive para que se impeça que a pessoa jurídica seja beneficiada de novo acordo no prazo de três anos (art. 22, par. 3º e 4º).

O Ministério Público não participa da celebração dos acordos de leniência. Entretanto, os membros do Ministério Público, com atribuições na defesa civil e criminal do patrimônio público, devem ter acesso aos termos do acordo - ainda que sigilosos - para que possam desenvolver investigações, em conjunto ou em paralelo com os órgãos da administração (arts. 129, incs. VI e VIII, CF, art. 26, inc. I, “c”, da Lei 8.625/93 e 8º, inc. II, da Lei Complementar 75/93)⁴².

O acesso a tais informações também permitirá verificar a legalidade, a moralidade e a efetividade dos acordos de leniência celebrados, inclusive para constatar eventualmente a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa, nos termos do artigo 20 da Lei 12.846/2013. Neste caso, o Ministério Público deverá ajuizar ação civil pública para a integral responsabilização objetiva das pessoas jurídicas infratoras.

Acresce-se que os acordos de leniência em desacordo com o ordenamento jurídico poderão ser objeto de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público, com o intuito de sua anulação pelo Poder Judiciário.

42 “(...) 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido” (MS 21729, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 19-10-2001 PP-00033 EMENT VOL-02048-01 PP-00067 RTJ VOL-00179 PP-00225).

O Ministério Público também deverá apurar a responsabilidade penal, civil e administrativa das autoridades competentes que, tendo conhecimento das infrações previstas na Lei 12.846/2013, não adotarem as providências para a apuração dos fatos (art. 27 da Lei Anticorrupção), não aplicarem com rigor as sanções administrativas previstas ou se utilizarem indevidamente dos mecanismos de investigação dispostos na lei. Para tanto, qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção (art. 6º da Lei 7.347/85).

Evidentemente que o Ministério Público, de ofício, poderá instaurar o inquérito civil (art. 8º da Lei 7.347/85 e art. 2º, inc. I, e par. 1º da Resolução 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP) ou, se já tiver elementos de convicção (*v.g.*, com cópia do processo administrativo que serviu para a imposição de sanções às pessoas jurídicas pela prática de atos previstos no art. 5º da Lei 12.846/2013), ajuizar ação civil pública, mesmo sem prévio inquérito civil. Tal inquérito serve, tão-somente, para a colheita de elementos informativos, não havendo, destarte, a obrigatoriedade da sua instauração para o ajuizamento de ação civil pública nem, tampouco, a indispensabilidade de reprodução integral dos elementos colhidos no inquérito civil na ação civil pública⁴³.

Ademais, o conhecimento pelo Ministério Público por manifestação anônima também deve ensejar a instauração de inquérito civil ou de procedimento investigatório criminal, se houver informações sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita a sua identificação e localização (art. 2º, inc. II, e par. 2º, da Resolução 23/2007 do CNMP e art. 3º, *caput*, da Resolução 13/2006 do CNMP)⁴⁴.

43 “PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - OMISSÕES E CONTRADIÇÕES ARGÜIDAS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: MULTA (ART. 18) 1. O inquérito civil é procedimento administrativo facultativo, inquisitorial e auto-executório, o que desobriga o Ministério Público de instaurá-lo se dispõe dos elementos necessários à propositura da ação. 2. Como medida antecipativa com objetivo de angariar elementos que dêem sustentação à ação civil pública, pode o Ministério Público dispor de todos os elementos arrecadados no inquérito civil, ou de parte deles, quando assim entender pertinente. (...)” (REsp 448.023/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2003, DJ 09/06/2003, p. 218).

44 Essa também tem sido a orientação do Supremo Tribunal Federal que, em relação à persecução penal, tem decidido: “O Supremo Tribunal Federal assentou ser possível a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial. Precedente” (HC 108147, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 11/12/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2013 PUBLIC 01-02-2013).

5.3 Responsabilização na esfera judicial

A responsabilização judicial da pessoa jurídica é independente da responsabilidade administrativa (art. 18 da Lei 12.846/2013). Os atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, previstos no artigo 5º da Lei Anticorrupção, geram tanto a responsabilização objetiva na esfera administrativa quanto na esfera judicial.

Aliás, a Presidente da República vetou o parágrafo 2º do artigo 19 da Lei 12.846/2013, que afirmava que, salvo o perdimento de bens, direitos ou valores decorrentes da infração, as demais sanções judiciais (suspensão ou interdição parcial, dissolução compulsória e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos) dependiam da comprovação do dolo ou da culpa (responsabilidade subjetiva). Foi acertado o veto presidencial, posto que a responsabilização objetiva da pessoa jurídica pelos atos lesivos à Administração Pública constitui-se o principal avanço da Lei Anticorrupção e a mensuração da culpabilidade da pessoa jurídica, além de não se mostrar pertinente, anularia os progressos alcançados com a nova legislação.

A responsabilização objetiva na esfera administrativa das pessoas jurídicas infratoras pode redundar na aplicação de multa e na publicação extraordinária da decisão condenatória, além da obrigação de reparação integral do dano, após o regular processo administrativo.

Todavia, as demais sanções previstas no artigo 19 da Lei 12.846/2013, isto é, o perdimento dos bens, direitos ou valores que representam vantagem ou proveito, direta ou indiretamente, obtidos da infração, a suspensão ou interdição parcial das atividades, a dissolução compulsória da pessoa jurídica e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público não podem ser impostas administrativamente, estando reservadas à via judicial.

Observa-se, contudo, que perdimento de bens, direitos e valores que representam vantagem ou proveito, direta ou indiretamente, obtidos da infração não se confunde com a obrigação de reparação integral dos danos. O perdimento é uma espécie de sanção, que decorre do não reconhecimento dos prejuízos causados pela pessoa jurídica ao patrimônio público.

Por outro lado, é possível que a pessoa jurídica infratora, para poder beneficiar-se de um acordo de leniência (art. 16, par. 3º, da Lei 12.846/2013) ou mesmo espontaneamente, resolva ressarcir aos cofres públicos os prejuízos causados.

Embora não exista previsão expressa, por força da interpretação teleológica do artigo 21 da Lei Anticorrupção, que remete ao rito da Lei 7.347/85, deve ser admitida a elaboração de compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais (art. 5º, par. 6º, da Lei de Ação Civil Pública), mediante cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial, celebrados tanto pelo Ministério Público quanto pelos entes federativos legitimados para o ajuizamento da ação prevista no artigo 19 da Lei 12.846/2013. Tais compromissos de ajustamento de conduta poderão ter como objeto a reparação integral dos danos, sem a necessidade de ajuizamento de ação judicial⁴⁵. Isto torna mais rápido o ressarcimento dos prejuízos ao erário, porque prescinde do processo judicial, e serve de estímulo às pessoas jurídicas regularizarem a situação perante o erário, para poderem se beneficiar do acordo de leniência (arts. 16-17 da Lei 12.846/2013).

Ademais, *de lege ferenda*, é recomendável que outros meios de colaboração de prova, como a colaboração ou a delação premiada no âmbito criminal, possam ser estendidos para o âmbito civil. Facilitar o desmonte de complexos esquemas de corrupção, por empresas privadas, não deve ser prerrogativa da Administração Pública, quando da celebração de acordo de leniência, mas também ser objeto de disciplina, no âmbito das investigações civis do Ministério Público, ressalvado o controle judicial, para evitar discrepâncias.

45 Adotando esse posicionamento, inclusive em relação aos atos de improbidade administrativa, apesar da redação do artigo 17, par. 1º, da Lei 8.429/92, que veda a transação nas ações que versam sobre tais atos, corretamente leciona Ana Luiza de Andrade Nery, primando pela solução extrajudicial da reparação dos danos: “(...) *tem-se que o compromisso de ajustamento de conduta deve abarcar, prioritariamente, a recomposição do bem jurídico ao status quo ante, isto é, ao estado em que se encontrava antes de ter sofrido o efetivo dano. (...) Se a ação civil pública ajuizada ou passível de ajuizamento versar sobre atos de improbidade administrativa, regida, portanto, pela Lei 8.429/92, há vedação expressa à transação, ao que podemos imaginar ser incabível a celebração de ajustamento de conduta. Contudo, entendemos que a vedação legação de transação alcançaria os direitos protegidos pela Lei de Improbidade Administrativa, de modo que a vedação não se estenderia, por exemplo, à devolução da perda patrimonial sofrida pelo erário, decorrente de ação ou de omissão, dolosa ou culposa, do agente público. Isso porque a lei determina o integral ressarcimento do dano ao erário, o que, em nosso ver, poderia ser realizado por meio de compromisso de ajustamento de conduta. Assim, se o agente público que sofre ação civil pública ou contra si tem instaurado procedimento administrativo para investigar ato de improbidade administrativa, quer devolver o quantum relativo à perda do patrimônio público que sua conduta gerou, a vedação do art. 17 da Lei 8.429/92 não impede que a controvérsia seja solucionada mediante celebração de compromisso de ajustamento de conduta, pelo qual se poderia negociar a forma de devolução dessa quantia ao erário” (Compromisso de ajustamento de conduta. Teoria e análise de casos práticos. São Paulo: RT, 2010, p. 190-191).*

Todavia, se durante a persecução penal, forem realizadas delações ou colaborações premiadas, ou, ainda, acordos de leniência, os elementos informativos obtidos poderão ser emprestados para o inquérito civil⁴⁶ e, depois, transportados para a ação civil pública. Tais elementos não servirão como provas unilaterais, mas se sujeitarão ao crivo do contraditório e da ampla defesa, inerentes ao devido processo legal (judicial), quando então constituem prova para eventual condenação das pessoas jurídicas, nos limites da persuasão motivada do juiz (art. 131/CPC).

Tanto o Ministério Público quanto os entes federativos poderão ajuizar ação para a aplicação das sanções, contidas no artigo 19 da Lei 12.846/2013, às pessoas jurídicas infratoras.

Essa legitimidade *ad causam* é concorrente e disjuntiva, isto é, qualquer um dos legitimados pode propor a ação, sem a autorização do outro, mas o ajuizamento da demanda por um não exclui o ingresso do outro no processo.

O Ministério Público, quando não tiver ajuizado a ação civil pública, atuará, obrigatoriamente, como fiscal da lei (art. 5º, par. 1º, da Lei 7.347/85), sob pena de nulidade (arts. 84 e 246 do CPC).

Por outro lado, quando o Ministério Público tiver ajuizado a ação, poderá o ente federativo legitimado habilitar-se como litisconsorte (art. 5º, par. 2º, da Lei 7.347/85).

⁴⁶ *Mutatis mutandis*, essa é a orientação do Supremo Tribunal Federal, em relação ao empréstimo de prova obtida em investigação criminal, para a sua utilização em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas: “PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos” (Inq 2424 QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02286-01 PP-00109 RTJ VOL-00205-02 PP-00638). No mesmo sentido, é a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: RMS 33.628/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 12/04/2013; MS 14.140/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 08/11/2012; MS 15.787/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/05/2012, DJe 06/08/2012. Quanto a comunicabilidade entre o juízo cível e o penal, para fins de empréstimo da prova, conferir: STJ, REsp 678.143/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 30/04/2013.

O artigo 21 da Lei 12.846/85, ao submeter o procedimento da ação de responsabilização objetiva da pessoa jurídica ao procedimento da Lei 7.347/85, permitiu que técnicas processuais inerentes ao processo coletivo sejam aplicadas no combate à corrupção.

Vale destacar o artigo 2º da Lei 7.347/85 que traz regra de competência funcional absoluta, obrigando a propositura da ação no foro do local, onde acontecer ou deva ocorrer o dano. Ainda, torna prevento o juízo para processar e julgar as ações posteriores que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. Assim, ação civil pública de improbidade administrativa deverá ser analisada pelo mesmo órgão judicial que recebeu a ação de responsabilização objetiva da pessoa jurídica, o que torna mais fácil e rápida a compreensão dos fatos e, conseqüentemente, o julgamento da causa.

Não obstante o artigo 292, par. 1º, do Código de Processo Civil afirmar que, para se admitir a cumulação de pedidos, é necessário o procedimento seja adequado a todos os pedidos, e que o artigo 17, par. 7º, da Lei 8.429/92 exige a defesa preliminar antes do recebimento da petição inicial, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o cúmulo dos pedidos de ressarcimento dos danos ao erário com as demais sanções contidas no artigo 12 da Lei 8.429/92, considerando que, prescritas estas sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, o processo pode prosseguir para o ressarcimento dos danos causados ao erário⁴⁷.

Nesse raciocínio, não parece inadequado admitir o cúmulo da ação civil pública de improbidade administrativa com a ação civil pública de responsabilização objetiva da pessoa jurídica, pelos atos praticados na Lei 12.846/2013, pois, ainda que tal lei não verse apenas sobre a obrigação de reparação integral dos danos ao erário público, está sujeito ao procedimento da lei de ação civil pública (art. 21). Nessa hipótese de cúmulo de ações, contudo, para não ser minimizada a garantia da defesa preliminar, há de ser respeitado, na fase inicial do procedimento, as regras contidas no artigo 17, par. 7º, 8º e 9º da Lei 8.429/92.

Outras vantagens processuais da aplicação da Lei 7.347/85 à Lei 12.846/2013 são a concessão de liminar, sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera pars*), para tutelar a situação de urgência (art. 12 da Lei 7.347/85),

47 STJ, REsp 1331203/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 11/04/2013; EREsp 1218202/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 28/09/2012; REsp 1089492/RO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 18/11/2010.

a desnecessidade do recurso de apelação sujeitar-se ao efeito suspensivo do artigo 520 do Código de Processo Civil (art. 14 da Lei 7.347/85), a coisa julgada ser *erga omnes* (art. 16 da Lei 7.347/85), o Ministério Público estar isento do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer despesas, nem sujeito aos ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé (art. 18 da Lei 7.347/85)⁴⁸, além de ser aplicável as disposições processuais constantes do Código de Defesa do Consumidor (art. 21 da Lei 7.347/85).

Além disso, o artigo 19, par. 4º, da Lei 12.846/2013 assegura, ao Ministério Público e também a advocacia pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, a possibilidade de ajuizar medida cautelar de indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado. Esta redação é melhor do que a constante no artigo 7º da Lei 8.429/92, a qual afirma que, quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado, pois permite que os órgãos da advocacia pública ou equivalente, sem perda de tempo, tomem as medidas judiciais necessárias para assegurar a reparação integral dos danos ao patrimônio público.

É importante observar que, para a concessão da medida judicial de indisponibilidade dos bens, a exemplo da exegese do artigo 7º da Lei 8.429/92, basta a existência de fortes indícios da prática dos atos contrários à Administração Pública, contemplados pela Lei 12.846/2013 (*fumus boni iuris*). Com efeito, é dispensável a prova da dilapidação patrimonial ou da sua iminência, pois o *periculum in mora* não decorre da intenção do agente de dissipar seu patrimônio, sendo inerente (implícito) a gravidade dos fatos e dos potenciais prejuízos causados ao erário público, que atinge toda a coletividade⁴⁹.

48 STJ, REsp 1177597/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 02/12/2010; EREsp 733.456/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 29/04/2011; EREsp 981.949/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 15/08/2011; REsp 1065401/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009.

49 STJ, REsp 1308865/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 25/06/2013; AgRg nos EREsp 1315092/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 07/06/2013; REsp 1167776/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 24/05/2013.

Por força do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e do artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública, aplicável aos atos da Lei 12.846/2003, nos termos do artigo 21, o Ministério Público poderá ajuizar todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela do patrimônio público. Nesse sentido, por exemplo, se a autoridade administrativa não tiver suspenso administrativamente os efeitos do ato objeto de investigação (art. 10, par. 2º, da Lei 12.846/2013) ou com a intervenção judicial, caberá ao Ministério Público ajuizar ação cautelar⁵⁰ para suprir tal omissão, até o ingresso da ação civil pública ou tomar as medidas de urgência, junto ou no curso desta ação, a fim de que a pessoa jurídica não continue a se beneficiar com os atos contrários à Administração Pública.

6. CONCLUSÃO

O enorme desvio de recursos públicos, pela prática de atos de corrupção, exigia, na esteira de Tratados e Convenções Internacionais assinados pelo Brasil, a elaboração de legislação que permitisse a aplicação de sanções rigorosas às pessoas jurídicas que, independentemente de seus dirigentes ou administradores, se beneficiavam, direta ou indiretamente, do dinheiro público.

A Lei 12.846/2013, ao disciplinar a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, trouxe avanços importantes para o combate à corrupção no Brasil.

A nova Lei Anticorrupção reforça o papel do Ministério Público como agente de proteção do patrimônio público. Por isso, para que a defesa desse interesse difuso seja mais eficiente, a Lei 12.846/2013 deve ser interpretada no sentido de dar *maior efetividade* ao combate da corrupção no país.

Assim, o artigo 25 da Lei 12.846/2013 deve ser analisado à luz do artigo 37, par. 5º, da Constituição Federal, não podendo ser aplicado para impedir a reparação integral dos danos causados pelas pessoas jurídicas infratoras, devendo a prescrição quinquenal incidir apenas sobre as demais sanções contidas no artigo 19 da Lei Anticorrupção.

⁵⁰ Sobre as medidas cautelares de proteção ao patrimônio público, consultar, entre outros: MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa. Ação civil e cooperação internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 161-180.

A Lei n. 12.846/2013 deve ser interpretada sistematicamente com as Leis 8.429/92 e 8.666/93, e as demais regras que versem sobre licitações e contratos administrativos, podendo a pessoa jurídica ficar sujeita, no que couber, as sanções previstas nos artigos 12 da Lei de Improbidade Administrativa, 86-88 da Lei de Licitações e 47 da Lei 12.462/2013, embora a harmonização das sanções deva respeitar o critério adotado em cada legislação sobre a responsabilização objetiva ou subjetiva.

Verificada omissão da autoridade administrativa na imposição de sanções administrativas, o Ministério Público deverá ajuizar ação civil pública para promover a responsabilização administrativa integral da pessoa jurídica infratora (interpretação conjunta dos artigos 20 e 30 da Lei 12.846/2013).

O rol dos atos lesivos à Administração Pública, contido no artigo 5º da Lei 12.846/2013, é exemplificativo, devendo tal regra ser interpretada teleologicamente, para punir todo ato, praticado por pessoa jurídica, que atentar contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, ou contra os princípios da Administração Pública, ou, ainda, contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Não é indispensável a existência de dano efetivo para a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, devendo cada hipótese ser analisada à luz do tipo descrito no artigo 5º da Lei 12.846/2013. Além disso, a obtenção, ou não, da vantagem, e a consumação, ou não, da infração são critérios para a aplicação das sanções (arts. 7º, inc. II e III, e 19, par. 4º, da Lei Anticorrupção).

São passíveis de responsabilização civil objetiva as ações das pessoas jurídicas que dificultarem as atividades de investigação ou de fiscalização do Ministério Público, no inquérito civil e na ação civil pública, como a sonegação indevida de informações, a destruição de elementos de provas, a criação de obstáculos ao exame de documentos ou a realização de perícias (exegese do artigo 5º, inc. V, combinado com o artigo 19 da Lei 12.846/2013). Se a pessoa jurídica infratora for condenada em danos morais coletivos, os valores deverão ser revertidos em benefício do próprio Ministério Público (art. 24 da Lei 12.846/2013).

O Ministério Público, apesar de não participar dos acordos de leniência, deve ter acesso aos termos do acordo - ainda que sigilosos - para que possa desenvolver investigações, em conjunto ou em paralelo com os órgãos da administração, verificar a legalidade, a moralidade e a efetividade dos acordos celebrados e, se constatar a omissão das autoridades competentes, ajuizar ação civil

pública para promover a integral responsabilização da pessoa jurídica infratora ou, caso os acordos de leniência estiverem em desacordo com o ordenamento jurídico, buscar a sua anulação judicial.

É cabível o compromisso de ajustamento de conduta, por iniciativa do Ministério Público, para a reparação integral dos danos causados pela pessoa jurídica infratora, tornando, para este fim, prescindível o ajuizamento da ação prevista no artigo 19 da Lei 12.846/2013.

O artigo 21 da Lei 12.846/85, ao submeter o procedimento da ação de responsabilização objetiva da pessoa jurídica ao procedimento da Lei 7.347/85, possibilitou o emprego de técnicas processuais diferenciadas no combate à corrupção, como a obrigatoriedade do Ministério Público atuar como fiscal da lei, quando não for parte, sob pena de nulidade, a habilitação do ente público lesado como litisconsorte do Ministério Público, a regra de competência funcional absoluta do foro, onde acontecer ou deva ocorrer o dano, a prevenção do juízo para processar e julgar ações posteriores com a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, a possibilidade de ajuizamento todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela do patrimônio público, a concessão de liminar *inaudita altera pars*, a inexistência da regra do efeito suspensivo às apelações, a coisa julgada *erga omnes* e a isenção do pagamento, pelo Ministério Público, de custas e despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAUJO, Felipe Dantas. Corrupção e novas concepções de direito punitivo: rumo a um direito de intervenção anticorrupção? *Revista de Direito Internacional*, v.8, n.2, jul/dez 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. São Paulo: RT, 2007.

BERCLAZ, Márcio Soares. A natureza político-jurídica dos Conselhos Sociais no Brasil: uma leitura a partir da política da libertação e do pluralismo jurídico.

Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná em 08 de março de 2013.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política. Uma patologia social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CERQUEIRA, Luís Otávio *et alli*. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo, RT, 2010, p. 59.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance; ESSADO, Thiago Cintra Essado, *Corrupção: Aspectos Processuais*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 89, Mar / 2011.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GRAU, Eros Roberto *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GHIZZO NETO, Affonso. *Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética. 2010.

MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa. Ação civil e cooperação internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípio do Juiz Natural e sua Aplicação na Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2006.

MOURA, Angela Giovanini. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção: oportunidade de resgate da cidadania. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v.12, n.23, jan/jun 2011.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta. Teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: RT, 2010.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA; Iggor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. *Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos: questões centrais do Projeto de Lei nº 6.826/2010*. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles, GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito da Infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. A corrupção como desvio de recursos público (A agressão da corrupção aos direitos humanos). *Revista dos Tribunais*, vol. 820, fevereiro de 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 30, 11 de fevereiro de 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa. Teoria e prática*. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes de Carvalho Sobral de. *Corrupção e improbidade. Críticas e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

TREVISAN. Antoninho Marmo; CHIZZOTTI, Antonio; LANHEZ, João Alberto; CHIZZOTTI, José; VERILLO, Josmar. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. São Paulo: Uol, 2003.

A POLÍTICA E O ORÇAMENTO PÚBLICO: DESEQUILÍBRIOS NO FIEL DA BALANÇA

Rodrigo Luís Kanayama¹
Diogo Luiz Cordeiro Rodrigues²

RESUMO

O artigo pretende estudar o processo orçamentário brasileiro, procurando demonstrar que, embora regulado pela Constituição, o equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Executivo não é imutável ou absoluto. Em todos os anos, ocorrem desequilíbrios institucionais em razão da alocação de recursos escassos. Com isso, pretende-se demonstrar que as fases e etapas do processo de formação das leis orçamentárias podem sofrer variações significativas conforme os diferentes cenários históricos, políticos e econômicos. Mais do que isso: os próprios arranjos institucionais modelam as estratégias de atuação dos agentes políticos.

Palavras-chave: política e orçamento; relações Executivo-Legislativo; processo orçamentário brasileiro.

ABSTRACT

The article aims to study the Brazilian budgetary process, seeking to demonstrate that, although regulated by the Constitution, the balance between the Legislative and Executive branches is not immutable or absolute. Year to year, institutional imbalances due to the allocation of scarce resources occur. Based on this, we intend to demonstrate that the phases and stages of the formation process of budgetary laws can suffer significant variations according to different historical, political and economic scenarios. More than that: the own institutional arrangements shape the strategies pursued by the politicians.

Keywords: politics and budget; Executive and Legislative branches relations; brazilian budget process.

1 Professor Adjunto de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da UFPR. Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Advogado em Curitiba.

2 Mestrando em Direito do Estado pela UFPR. Procurador do Estado do Paraná.

1. INTRODUÇÃO

Os estudantes de Direito costumam frequentar aulas e estudar obras didáticas. No Direito Constitucional, aprenderão que “[s]ão Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º, Constituição da República – CR). Todos os poderes do Estado detêm funções típicas e atípicas. Assim, por exemplo, o Poder Legislativo possui função típica de legislar, mas também, atipicamente, administra e julga.

São equilibrados os três poderes. Como se ouviu nos bancos escolares, um poder é controlado pelos demais. Simples assim. Porém, ao se deparar com a realidade, o estudante de Direito terá dificuldades para compreender o relacionamento institucional dos Poderes. Em outras palavras, a CR não veda eventuais desequilíbrios. Por isso, intitulamos o artigo como *desequilíbrios no fiel da balança*.

No processo orçamentário é bastante visível o embate entre poderes. De um lado, o Executivo deseja manter suas competências na elaboração da proposta – competência nominada *fase interna*. O Legislativo, na chamada *fase externa*, tenta obter mais competências para alterar a proposta do orçamento. Trata-se de uma *queda de braço* em que nenhum dos dois está perdendo, nem ganhando, mas que, em todos os anos, observa-se uma renovação das forças de cada um.

Tal constatação é antiga na Ciência Política. Por isso, faremos sucinta análise sobre as relações entre Poderes Executivo e Legislativo, mas que abrirão o debate para futuros desenvolvimentos. Começaremos pela análise do processo orçamentário – *ciclo orçamentário* –, a fim de expor os mecanismos hoje vigentes. Em seguida, desenvolveremos estudo sobre a política do processo orçamentário, seus atores e as negociações institucionais.

Enfim, o assunto é vasto e não se pretende esgotá-lo. Pretendemos, ao contrário, sinalizar o problema – que, na verdade, não é problema, diante das peculiaridades do processo político.

2. ANÁLISE DO PROCESSO ORÇAMENTÁRIO

Antes de adentrarmos ao debate sobre a relação – ou conflito – institucional entre os Poderes Legislativo e Executivo, e apenas para bem localizar o trabalho, mister a exposição do ciclo orçamentário, que engloba o processo de formação das leis orçamentárias e o processo de execução dessas leis.³

O processo de formação das leis orçamentárias nada mais é senão uma modalidade especial de processo legislativo, do qual surgem as leis orçamentárias. Especial porque sujeito a regras parcialmente diversas daquelas aplicáveis ao processo legislativo ordinário.⁴ Também parece importante ressaltar que, no Brasil, o processo de formação das leis orçamentárias engloba todos os projetos respectivos (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual), além dos projetos de leis e medidas provisórias de caráter modificativo (a exemplo daqueles correspondentes aos créditos suplementares, especiais e extraordinários).⁵

O processo de execução orçamentária, por sua vez, tem lugar após a aprovação, sanção, promulgação e publicação da lei orçamentária anual. Cabe esclarecer que a execução do orçamento, em sentido técnico, pode ser analisada sob duas perspectivas: a execução orçamentária propriamente dita e a execução financeira. Trata-se de conceitos intimamente correlacionados, embora distintos: a execução orçamentária “diz respeito à movimentação do orçamento do exercício, através dos registros das receitas arrecadadas, bem como dos empenhos das despesas, no sistema orçamentário”, respeitando-se as dotações (autorizações de gasto) existentes; a execução financeira “se processa pelo recolhimento das receitas e pelo pagamento das despesas”, por intermédio da movimentação de recursos (dinheiro ou saldo de disponibilidade bancária).⁶

3 CALDAS FURTADO, José de Ribamar. *Direito Financeiro*, p. 135-136.

4 (Parcialmente porque, segundo a nossa atual Constituição, aplicam-se aos projetos de leis orçamentárias as demais normas relativas ao processo legislativo, quando não contrariarem as disposições especiais (art. 166, § 7º).

5 Fez-se a ressalva quanto ao ordenamento brasileiro porque, em alguns países, não há possibilidade de modificação da lei orçamentária conforme o procedimento especial. Vide o exemplo do México: tendo em vista que a constituição mexicana silencia a respeito da possibilidade de modificação do orçamento, entende-se doutrinariamente que o governo, caso queira modificar a estrutura do orçamento já aprovado, deve apresentar projeto de lei ordinária a tramitar por ambas as Casas Legislativas e não apenas pela Câmara Baixa, como o projeto de lei orçamentária. Cf. ÁLVAREZ, Freddy A. Priego. *El Presupuesto Público en México*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho. *Direito Financeiro e Tributário Comparado – Estudos em Homenagem a Eusebio González García*, p. 493.

6 CALDAS FURTADO, José de Ribamar. *Direito Financeiro*, p. 151-152.

O processo legislativo orçamentário, no tocante especialmente à feitura da Lei Orçamentária Anual, pode ser estruturado em fases, assim como o processo legislativo ordinário. São elas: (a) fase interna e (b) fase externa. Esta última desdobra-se nas seguintes etapas: (i) inaugural, (ii) deliberativa parlamentar, (iii) constitutiva e (iv) complementar. Neste trabalho, tomaremos como paradigma o processo legislativo da lei orçamentária anual, sem prejuízo de observações pontuais quanto às demais leis orçamentárias, quando houver pertinência para tanto.

(a) Fase interna

A fase interna – ou de elaboração – diz respeito ao momento em que o projeto de orçamento é concebido e gestado. Hoje, no Brasil, essa fase desenvolve-se no âmbito do Poder Executivo⁷, cujo Chefe também possui a prerrogativa de encaminhar o projeto ao Congresso. Alertamos, no entanto, para o fato de que esse nexos entre a fase interna e a etapa inaugural da fase externa não é necessário, embora conveniente. Então, é possível que a fase interna ocorra em um poder e a fase externa, desde a etapa inaugural, em outro.

Durante a fase interna ocorre a consolidação da peça orçamentária a partir das propostas apresentadas pelos demais Poderes⁸, nos termos negociados na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Além disso, afigura-se importante mencionar que já nesta fase deve-se promover o “incentivo à participação popular e realização de audiências públicas”, nos termos do art. 48, parágrafo único, inciso I, da Lei Complementar 101/2000, com a redação dada pela Lei Complementar nº 131, de 2009.⁹ Ou seja: a fase interna também sofre os influxos dos processos políticos, não sendo, como se poderia supor, uma etapa meramente administrativa ou técnica.

7 No Ministério do Planejamento, para ser mais específico. Detalhes sobre a elaboração do orçamento podem ser colhidos do seguinte website: <<http://www.planejamento.gov.br/ministerio.asp?index=8>> (acesso em 25/05/2014).

8 Curiosamente, a iniciativa parlamentar em matéria orçamentária foi consagrada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, a qual, para constitucionalistas de peso, teria sido fruto de uma reforma constitucional autoritária (SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*, p. 114).

9 Salientamos que a participação popular é facilmente observável no âmbito municipal, devido ao disposto no Estatuto da Cidade (L. 10.257/2001, art. 44).

(b) Fase externa

A fase externa inicia-se no momento em que a proposta orçamentária segue para apreciação parlamentar, isto é, quando exercida a iniciativa do processo legislativo.

(i) Etapa inaugural

Para muitos, a iniciativa ainda não é um passo do processo legislativo, mas o ato que o desencadeia¹⁰. De todo modo, a iniciativa inegavelmente integra o processo de formação das leis orçamentárias, considerado de um ponto de vista mais abrangente. O importante é que, no caso das leis orçamentárias, a iniciativa para a propositura do projeto de lei ao Congresso atualmente compete, em caráter exclusivo¹¹, ao Presidente da República, nos termos do art. 165 da CR¹². Tal regra aplica-se a todos os entes federativos, em simetria, competindo, sempre, ao chefe do Poder Executivo a iniciativa.

(ii) Etapa deliberativa parlamentar

Como o próprio nome sugere, a etapa deliberativa parlamentar é aquela que engloba os trabalhos legislativos desde a chegada do projeto de lei orçamentária ao Congresso até sua aprovação ou rejeição pelo Plenário. Do ponto de vista normativo, a etapa deliberativa parlamentar é condição *sine qua non* ao orçamento democrático em um Estado Democrático de Direito com separação de poderes.¹³

10 Segundo André Ramos Tavares, essa seria a lição de Manoel Caetano Ferreira Filho. Cf. TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, p. 1276.

11 O uso do adjetivo “exclusivo” tem um propósito específico. É que, para alguns autores, a iniciativa privativa seria passível de delegação por parte do seu detentor. A exclusiva, por outro lado, não poderia ser objeto de delegação por parte do seu detentor. O caso dos projetos de leis orçamentárias enquadra-se no âmbito das iniciativas exclusivas, tendo em vista que o art. 84, parágrafo único, da Constituição republicana enumera algumas competências presidenciais passíveis de delegação e não inclui entre elas a localizada no art. 84, inciso XXIII, que diz respeito ao encaminhamento dos projetos de leis orçamentárias ao Legislativo. (CALDAS FURTADO, José de Ribamar. *Direito Financeiro*, p. 136.)

12 Constituição de 1988, art. 165 - Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais.

13 Cf. KANAYAMA, Rodrigo. Orçamento público brasileiro, democracia e accountability. In: Clèmerson Merlin Clève. (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro*, p. 139-160.

Primeiramente, o projeto é examinado pela Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO), uma comissão permanente do Congresso Nacional. A análise prévia da CMO é uma imposição constitucional. De fato, entre outras coisas, compete à CMO examinar e emitir parecer sobre os projetos de leis orçamentárias (art. 166, § 1º, CR), além de receber as emendas parlamentares e sobre elas também emitir parecer antes da deliberação Plenária (art. 166, § 2º, CR). Submetido o projeto ao Congresso, o Presidente da República somente poderá propor sua modificação enquanto não iniciada a votação, na Comissão mista, da parte cuja alteração é proposta, conforme já visto (art. 166, § 5º, CR). Na fase deliberativa, a CMO também é responsável pela promoção de audiências públicas, que poderão ser até mesmo regionais, caso haja interesse de Estado ou Região Geográfica¹⁴. Ainda, os parlamentares podem apresentar emendas ao projeto, desde que atendam ao disposto na CR (art. 166, §3º).¹⁵

(iii) Etapa constitutiva

Aprovada a proposta, com ou sem emendas, o projeto segue à apreciação do Chefe do Executivo, para sanção ou veto, como qualquer outra lei ordinária.

A sanção consiste na anuência do Presidente da República ao projeto¹⁶. É o ato da sanção que, para muitos, transforma o projeto de lei em lei¹⁷. Segundo o modelo brasileiro atual, a sanção pode ser expressa ou tácita (art. 66, *caput* e § 3º da CR). Esta última ocorre quando o Presidente silencia ao longo do prazo quinquenal de que dispõe.

(iv) Etapa complementar

A etapa complementar é aquela em que ocorrem a promulgação e a publicação da lei. Diz-se complementar porque sucede a fase de aperfeiçoamento

14 Resolução nº 01/2006, art. 29, § 2º - A CMO poderá realizar audiências públicas regionais para debater o projeto, quando de interesse de Estado ou Região Geográfica.

15 A Resolução 1/2006 - CN define as emendas que podem ser apresentadas: emendas de cancelamento, de remanejamento, de apropriação (quanto ao objeto); emendas de relator, de bancada estadual, de comissão, individuais (quanto ao proponente). Cf. MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*, p. 42-57.

16 MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 906.

17 Cf., entre outros, SILVA, José Afonso. *Processo Constitucional de Formação das Leis*, p. 209 e CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, p. 105.

da lei, integrando a sua eficácia¹⁸. A promulgação declara a existência da lei e atesta a validade e obrigatoriedade do ato. A publicação agrega-se à promulgação, tornando o ato legislativo obrigatório *erga omnes*.

Do ponto de vista da execução do orçamento, a publicação da lei orçamentária anual não é mero adorno, já que constitui o marco inicial para a contagem do prazo de trinta dias para a edição do Decreto pelo qual o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso (art. 8º, Lei Complementar 101/2000)¹⁹

Em seguida, passa a lei orçamentária anual a ser executada. E, a despeito de parecerem cessados os embates institucionais (entre Executivo e Legislativo, especialmente), após a aprovação do orçamento, é apenas o primeiro momento dos conflitos, os quais permanecerão por todo o exercício financeiro.

3. POLÍTICA DO PROCESSO ORÇAMENTÁRIO

A mais destacada arena de embates entre os Poderes Executivo e Legislativo é o orçamento público. A busca por recursos é o principal motivo para que todo o processo orçamentário seja conturbado. A despeito de a CR prever uma sequência harmônica de fases, da iniciativa até a vigência, leis orçamentárias sempre são construídas após muitas negociações entre os atores responsáveis.

Embora alguns encarem com estranheza o caráter do nosso processo orçamentário, não se trata de uma exclusividade do Brasil. E isso decorre de razões históricas. No México e na Áustria, por exemplo, o projeto de lei orçamentária não sofre o escrutínio da Câmara Alta.²⁰ Na Áustria, as regras sobre o processo de formação do orçamento sequer integram a seção referente ao processo legislativo, revelando a permanência de um conceito típico dos países germânicos: a ideia de supremacia do Executivo em matéria orçamentária, corolário do antigo princípio monárquico.²¹

18 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, p. 111.

19 Lei Complementar 101/200, art. 8º, *caput* - Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.

20 Cf. ÁLVAREZ, Freddy A. Priego. *El Presupuesto Público en México*, p. 493. Cf. STELZER, Manfred. *The Constitution of the Republic of Austria*, p. 83.

21 Leia-se a lição de Stelzer: "Parliament's participation in questions of the budget is actually the historical root of parliamentarianism and its introduction was primarily important for

O Brasil percorreu sentido inverso. Embora a realidade demonstre que o Executivo possui primazia na gestão orçamentária²², os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte orientaram-se para o incremento do papel atribuído ao Legislativo, o que se explica por uma razão básica. Não se tratava de uma Constituinte exclusiva.²³ Ou seja, os próprios constituintes também eram parlamentares ordinários e, obviamente, a recuperação de seus poderes era uma prioridade após mais de duas décadas de regime autoritário.²⁴ Portanto, embora os resultados obtidos não tenham sido exatamente aqueles desejados pelos constituintes, o fato é que eles buscavam avançar em relação ao cenário constitucional de 1967/1969, especialmente no tocante ao poder de emenda, que esteve praticamente inviabilizado no contexto ditatorial, como será visto adiante.

Aqui, ao contrário do que Stelzer sugere a respeito da Áustria, o aspecto topográfico do capítulo constitucional atinente aos orçamentos nada tem a ver com reminiscências da hipertrofia do Executivo. Na verdade, os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 foram estruturados em três grandes etapas: a das Comissões Temáticas, a da Comissão de Sistematização e a do Plenário.

Na primeira fase do processo constituinte, o orçamento foi objeto de duas Comissões Temáticas, vale dizer, a Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças e a Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo, que deliberava sobre o Poder Legislativo e seus procedimentos. Ocorre que na segunda fase do processo constituinte, a Comissão de Sistematização deparou-se com uma série de incongruências entre os dispositivos apresentados pelas duas comissões temáticas e, para solucionar esse impasse, os relatores das respectivas comissões temáticas (José Serra e José Jorge) apresentaram

controlling the financial means at the monarch's disposal for the purpose of warfare. It might be argued that dealing with the law on the federal budget and on the conclusion of state treaties within this very chapter again reveals how the republican constitution is based on the monarchial constitution. In both cases, the federal budget and the conclusion of state treaties, the executive branch of government takes a dominant role." Cf. STELZER, Manfred. *The Constitution of the Republic of Austria*, p. 96.

22 Em sentido crítico a respeito dessa primazia, v. MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil – Devido Processo Orçamentário e Democracia*.

23 Como é notório, em julho de 1985, o então Presidente José Sarney enviou ao legislativo a Proposta de Emenda Constitucional nº 43, estipulando a atribuição de poderes constituintes ao Congresso Nacional. Sobre esse processo e as principais críticas a ele direcionadas, v. SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*, p. 155-188.

24 Nessa linha, v. AFONSO, José Roberto Rodrigues. *Memória da Assembléia Constituinte de 1987/88: as finanças públicas*, p. 06.

emendas conjuntas e sobre blocos de normas dessa matéria, resultando na consolidação de uma seção especialmente dedicada aos orçamentos públicos no âmbito do capítulo correspondente às finanças públicas.²⁵

A seção consagrada ao orçamento, portanto, não foi fruto de uma intenção deliberada pela despolitização do assunto, mas sim o resultado de um compromisso que envolveu diretamente o relator da Comissão Temática dedicada ao Poder Legislativo.

(a) Os atores envolvidos no processo orçamentário

Sob a égide da Constituição liberal de 1891 o poder de iniciativa coube ao Parlamento. Por outro lado, em momentos de autoritarismo político, a iniciativa do projeto de lei orçamentária passou às mãos do Executivo (caso das Constituições de 1937²⁶ e 1967²⁷). Pode-se dizer que o caso da CR é diferente: a atribuição de competência exclusiva ao Presidente da República para deflagrar o processo legislativo parece ter sido fruto da intenção dos constituintes de ressaltar, no sistema orçamentário, a ideia de planejamento das ações estatais. O balanço do sistema em relação ao Poder Legislativo ficaria por conta de uma abertura maior ao poder de emenda parlamentar em relação à sistemática prevalente no regime autoritário, embora não de maneira irresponsável, como na Constituição de 1946²⁸.

O Brasil não é o único país que teve – e tem – dificuldades em manter o fiel da balança estável, nas relações orçamentárias. Nos Estados Unidos sempre existiu disputa entre os poderes Executivo e Legislativo. O Legislativo manteve-se com a agenda de 1789 a 1921, o Executivo de 1921 a 1974, e, a partir de 1974, com o *Congressional Budget and Impoundment Control Act*, do governo Nixon, criou-se uma constante luta entre os dois poderes: “como antes, o presi-

25 AFONSO, José Roberto Rodrigues. *Memória da Assembléia Constituinte de 1987/88: as finanças públicas*, p. 04.

26 Constituição de 1937, art. 67 - Haverá junto à Presidência da República, organizado por decreto do Presidente, um Departamento Administrativo com as seguintes atribuições: (...) b) organizar anualmente, de acordo com as instruções do Presidente da República, a proposta orçamentária a ser enviada por este à Câmara dos Deputados.

27 Constituição de 1967, art. 67 - É da competência do Poder Executivo a iniciativa das leis orçamentárias e das que abram créditos, fixem vencimentos e vantagens dos servidores públicos, concedam subvenção ou auxílio, ou de qualquer modo autorizem, criem ou aumentem a despesa pública.

28 SERRA, José. *A crise fiscal e as diretrizes orçamentárias*, p. 139-141.

dente submete o orçamento todos os anos, e o Congresso tem a opção de aceitá-lo ou rejeitá-lo. Mas agora o Congresso tem seu próprio diagrama, previsões econômicas, análise de programas, prioridades de gastos, e suas próprias ideias de como receitas e despesas devem ser alteradas”.²⁹ Eternos conflitos.

Não obstante haver regras claras quanto ao processo orçamentário, como descrevemos na primeira parte deste trabalho, não há como garantir o equilíbrio formalmente estabelecido. A política toma a ponta se o assunto for alocação de recursos, nem sempre escutando o direito posto – ou promovendo interpretações.

No regime vigente, o Poder Executivo tem a agenda na elaboração da proposta orçamentária – como estudamos, na *fase interna*. Isso não significa que o Poder Legislativo não possa ter papel decisivo. Formalmente, tem ele a competência de apresentar emendas. Porém, alheio ao texto da CR, o Poder Legislativo pode exercer pressão e negociar o Poder Executivo para obter benefícios.

Tal como acontece na política norte-americana, a batalha se renova anualmente. Ao contrário da legislação ordinária, ano a ano o governo e parlamentares digladiam por recursos públicos. Se os promotores de políticas públicas querem promovê-las adequadamente, terão de convencer os legisladores, os quais possuem o poder de negar.³⁰

(b) Negociações

Independentemente do tamanho da maioria congressional, para obtenção de apoio é comum que o Poder Executivo distribua recursos orçamentários. Negociam-se recursos com o *pork*, para lubrificar as engrenagens “da construção de coalizões no Congresso”³¹. *Pork* “é a apropriação de recursos pelo

29 SCHICK, Allen. *The Federal Budget*, p. 18-20 – tradução livre.

30 “Unlike the general legislative process, the budgetary process is action forcing. Governmental policy makers do not decide whether to considering legislation approving a budget; they treat the need for a budget as a given. Most other legislation is much more discretionary in character; participants see a need and propose legislation to meet it. Most often, however, nothing other than their perception of need or opportunity prompts that action. In contrast, budget expire. When they do, governments no longer have any authority under which to spend public funds. Policy makers have to approve new budgets or continue the existing ones. Typically, they try to use that opportunity to fashion budgets that advance their own policy and fiscal priorities”. (GOSLING, James J. *Budgetary Politics in American Governments*, p. 1).

31 AMES, Barry e outros. *Famintos por Pork*. In.: POWER, Timothy J. ZUCCO Jr. Cesar. *O Congresso por ele mesmo*. Autopercepções da classe política brasileira, p. 239.

parlamentar para atendimento de interesses locais (pessoais, da agremiação do parlamentar), visando, obviamente, a benefícios eleitorais. *Pork Barrel* é recebimento (favorecimento) de clientela política mediante entrega de recursos em troca de apoio político”.³²

A adoção do *pork* “aumenta as chances de reeleição dos congressistas”.³³ Os parlamentares dependem do apoio dos eleitores locais para financiar e sustentar suas campanhas eleitorais e, no sentido inverso, “atores políticos locais dependem de representantes nacionais capazes de intermediar o fornecimento de recursos federais”, às vezes fundamentais para a administração local.³⁴

O *pork* é perceptível na distribuição de recursos na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Citemos, por exemplo, a Lei 12.919/2013 (LDO 2014), no âmbito da União:

Art. 13. A Reserva de Contingência, observado o inciso III do caput do art. 5o da Lei de Responsabilidade Fiscal, será constituída, exclusivamente, de recursos do Orçamento Fiscal, equivalendo no Projeto e na Lei Orçamentária de 2014 a, no mínimo, 2% (dois por cento) e 1% (um por cento) da receita corrente líquida, respectivamente, sendo pelo menos metade da Reserva, no Projeto de Lei, considerada como despesa primária para efeito de apuração do resultado fiscal.

(...)

§ 3o A parcela primária da reserva de que trata o caput, equivalente a 1% da Receita Corrente Líquida, será destinada exclusivamente para apropriação em programações incluídas por emenda individual.

O apoio é obtido por oferta de recursos. O *pork* é uma das ferramentas do presidente na análise do presidencialismo de coalizão³⁵. Para angariar apoio e aprovação das propostas legislativas no Congresso, o Presidente lança mão de algumas ferramentas, e o *pork* é uma delas. Não há qualquer vedação constitucional ao comportamento entre as instituições e, a despeito de, também, não haver previsão legal, é próprio de regimes presidencialistas democráticos e plurais.

32 Kanayama, Rodrigo Luís. *Orçamento público brasileiro, democracia e accountability*, p. 149.

33 AMES, Barry e outros. *Famintos por Pork*, p. 239. Nos Estados Unidos, existe a regra pragmática congressual “não peça dinheiro se não apoiar o orçamento” (tradução livre), sendo que o valor do *pork* varia de ano a ano. Para detalhes e números, ver: SCHICK, Allen. *The Federal Budget*, p. 244-249.

34 AMES, Barry e outros. *Famintos por Pork*, p. 239.

35 CHAISTY, Paul; CHEESEMAN, Nic; POWER, Timothy. Rethinking the ‘presidentialism debate’: conceptualizing coalitional politics in cross-regional perspective, *Democratization*, DOI:10.1080/13510347.2012.710604. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/13510347.2012.710604>, acesso em 20 de agosto de 2014.

A representação do *pork* no Brasil é constatada pelas emendas orçamentárias – especialmente as individuais. As emendas individuais são aquelas propostas individualmente pelos parlamentares, podendo ser de cancelamento ou apropriação³⁶. De acordo com o art. 49 da Resolução 01/2006 – CN, “cada parlamentar poderá apresentar até 25 (vinte e cinco) emendas ao projeto, cabendo ao Parecer Preliminar fixar o valor total do conjunto das emendas a serem apresentadas, por mandato parlamentar”.

Recentemente, uma nova figura foi criada do Congresso Nacional: as emendas individuais impositivas. Tentativa de criá-las por emenda à CR, a PEC 353/2013 – hoje, PEC 358-A/2013³⁷, cuja tramitação prossegue. E criação por legislação orçamentária – na LDO 2014, art. 52 da Lei 12.919/2013.³⁸ Essa inovação tende a alterar, novamente, o fiel da balança, transferindo maior poder de alocação de recursos ao Poder Legislativo, não obstante ainda pequeno.

A despeito da manutenção da competência para promoção da *fase interna* – que ainda permanecerá nas mãos do Poder Executivo –, há um claro enfrentamento à hegemonia do governo. Tal reação fortaleceu-se após o não cumprimento das emendas individuais na execução orçamentária, ou seja, o Poder Executivo não permitia a efetivação das disposições orçamentárias incluídas por emendas individuais. Embora não seja uma inversão de papéis, é clara sinalização de que o Poder Legislativo quer mais capacidade de influenciar a alocação de recursos.³⁹

36 MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil* – Devido Processo Orçamentário e Democracia, p. 56.

37 A PEC 353/2013, em razão do desmembramento, transformou-se em PECs 358/2013 e 359/2013. O parecer, de 29 de abril de 2014, foi pela aprovação das PEC 358-A/2013 (substitutivo) e 359/2013. (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1245769&filename=Tramitacao-PEC+358/2013 e http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1249641&filename=Tramitacao-PEC+358/2013 Ver: Trâmite: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=602633>, acesso em 19 de junho de 2014.

38 Para mais informações, conferir: KANAYAMA, Rodrigo Luís. Reflexões sobre o orçamento impositivo: as emendas individuais impositivas. Artigo aceito para publicação na Revista de Direito Público da Economia (Editora Fórum), ainda no prelo.

39 A eventual aprovação da PEC 358-A terá impactos não apenas para a União, mas para todos os demais entes federativos, cujas Constituições e Leis Orgânicas terão de adaptar a norma da Constituição Federal à nova realidade. Não será imediatamente aplicável, pois particularidades de cada ente exigem tratamento diferenciado, embora a ideia de emendas impositivas seja a mesma para todos.

4. CONCLUSÃO

A partir da análise realizada acima, verifica-se que não é incomum – e não apenas no Brasil – as disputas institucionais entre os Poderes do Estado. O mote do embate são os recursos financeiros, cuja escassez promove constante conflito. Enquanto o Poder Executivo (governo) pretende efetivas suas políticas públicas, o parlamento também tem seus próprios planos.

No Brasil, como as principais atribuições orçamentárias remanesçam nas mãos do Poder Executivo, o Legislativo vem tentando *desequilibrar o fiel da balança*, tanto por instrumentos políticos – a pressão para aprovar as propostas orçamentárias anualmente – como por propostas de emendas constitucionais – modificando característica das emendas parlamentares, especialmente as individuais.

Não observamos o cenário como preocupante. Trata-se de ordinária disputa pelo protagonismo orçamentário. De qualquer modo, há muito não se observava movimentação nesse sentido. Veremos, nos próximos anos, novidades na forma de estudar a relação Executivo-Legislativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, José Roberto Rodrigues. *Memória da Assembléia Constituinte de 1987/88: as finanças públicas*. Revista do BNDES, n. 11, 1999.

ÁLVAREZ, Freddy A. Priego. El Presupuesto Público en México. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho. *Direito Financeiro e Tributário Comparado* – Estudos em Homenagem a Eusebio González Garcia. São Paulo: Saraiva, 2014.

AMES, Barry e outros. Famintos por Pork. In: POWER, Timothy J. ZUCCO Jr. Cesar. *O Congresso por ele mesmo*. Autopercepções da classe política brasileira. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

CALDAS FURTADO, José de Ribamar. *Direito Financeiro*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CHAISTY, Paul. CHEESEMAN, Nic. POWER, Timothy. Rethinking the 'presidentialism debate': conceptualizing coalitional politics in cross-regional perspective, Democratization. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/13510347.2012.710604>, acesso em 20 de agosto de 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011.

GOSLING, James J. *Budgetary Politics in American Governments*. 4ª ed. New York: Routledge, 2006.

KANAYAMA, Rodrigo. Orçamento público brasileiro, democracia e accountability. In: Clèmerson Merlin Clève. (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 3

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil – Devido Processo Orçamentário e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHICK, Allen. *The Federal Budget*. Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2007

SERRA, José. *A crise fiscal e as diretrizes orçamentárias*. Revista de Economia Política, v. 9, 1989.

SILVA, José Afonso. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STELZER, Manfred. *The Constitution of the Republic of Austria*. Oxford: Hart Publishers, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A CONTRATAÇÃO INTEGRADA NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO: INADEQUAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO COMO CRITÉRIO PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO

Marcos Nóbrega¹

RESUMO

O RDC determina um novo regime de contratação no Brasil e é formatado de modo que o setor privado estabeleça o anteprojeto de engenharia (contrato do tipo DBTO) com o objetivo de estabelecer os níveis de desempenho exigidos pelo Governo. O contrato firmado estabelecerá o projeto integrado contendo a execução de obras e serviços, montagem, os testes, a pré-operação e todas as outras medidas necessárias para a entrega final do objeto. O setor privado deverá elaborar um projeto adequado e o Governo tem de encontrar um sistema mais eficiente, considerando as assimetrias de informação; custos de transação e problemas de “hold up”. Portanto, este texto analisará as vantagens e desvantagens do uso de tal modelo e os impactos sobre a contratação de infraestrutura no país.

Palavras-chave: infraestrutura - assimetria de informação; RDC; Obra pública - Licitação.

ABSTRACT

The RDC determines a new procurement regime in Brazil. In this model, the bidding is formatted so that the private sector establishes design and build as well (DBTO contract), aiming to meet the performance levels required by the Government. The contract includes the integrated design and development of preliminary engineering; execution of works and services; assembly; the testing, the pre-operation, and all other measures necessary for the final delivery of the object. In RDC the private sector has to find an appropriate design and the Government has to find out a more efficient system. It will not be an easy task because in RDC there will still be a lot of information gaps; cost of transaction and “hold up” problems. Therefore, this text will examine the advantages and disadvantages of using such model.

Keywords: infrastructure – asymmetry from information; RDC; invitation for a bid.

¹ Professor Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito do Recife. Doutor em Direito com Pós Doutorado pela Harvard Law School; Harvard Kennedy School of Government e pela Faculdade de Direito de Lisboa. Email: marcos-nobrega@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Um dos elementos mais importantes na definição de obras públicas é a escolha do regime que definirá como a obra será executada e sob quais regras. Muitas são as opções que dependerão de vários fatores técnicos, operacionais e até institucionais. O Regime Diferenciado de Contratação – RDC (lei n. 12.462/11) dispõe sobre várias delas, mas inova ao conceber o regime de Contratação Integrada que, entre outras coisas, transfere ao contratado o ônus de elaboração do design do projeto (aqui chamado projeto básico de Engenharia); determina a existência de um Orçamento Sigiloso e estabelece regras para tornar o certame mais célere.

A análise da Contratação Integrada é o objeto desse texto. Para tanto, os regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia contemplados no RDC serão analisados na sessão 2. Na terceira parte, o regime de Contratação integrada será esmiuçado à luz dos diversos tipos de regimes de execução possíveis. Isso possibilitará a análise tanto das vantagens da Contratação Integrada (parte 4) como de suas desvantagens (parte 5) sob a ótica de celeridade, eficiência e economicidade. Na parte 6, os critérios de Reequilíbrio Econômico Financeiro (REF) definidos no RDC serão estudados, mostrando sua inadequação aos objetivos perquiridos pela Contratação Integrada. Segue-se, como de costume, a conclusão e a bibliografia nas partes 7 e 8, respectivamente.

2. EXECUÇÃO INDIRETA DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

A questão da execução do serviço é tema de grande relevância e pauta o desenvolvimento da licitação e a execução do contrato correspondente. A lei do RDC assim trata do tema:

Art. 8º. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

I - empreitada por preço unitário;

II - empreitada por preço global;

III - contratação por tarefa;

IV - empreitada integral; ou

V - contratação integrada.

§ 1º Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia serão adotados, preferencialmente, os regimes discriminados nos incisos II, IV e V do caput deste artigo.

§ 2º No caso de inviabilidade da aplicação do disposto no § 1º deste artigo, poderá ser adotado outro regime previsto no caput deste artigo, hipótese em que serão inseridos nos autos do procedimento os motivos que justificaram a exceção.

§ 3o O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários.

§ 4o No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 3o deste artigo, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

§ 5o Nas licitações para a contratação de obras e serviços, com exceção daquelas onde for adotado o regime previsto no inciso V do caput deste artigo, deverá haver projeto básico aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório.

§ 6o No caso de contratações realizadas pelos governos municipais, estaduais e do Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o custo global de obras e serviços de engenharia a que se refere o § 3o deste artigo poderá também ser obtido a partir de outros sistemas de custos já adotados pelos respectivos entes e aceitos pelos respectivos tribunais de contas.

§ 7o É vedada a realização, sem projeto executivo, de obras e serviços de engenharia para cuja concretização tenha sido utilizado o RDC, qualquer que seja o regime adotado.

Entende-se por regime de execução indireta aquele no qual a Administração contrata um terceiro para executar o objeto que também é responsável pelo cumprimento das obrigações assumidas. A modelagem contratual utilizada deverá, por óbvio, atender as necessidades da Administração e se coadunar com o objeto licitado.

A novidade do RDC é a Contratação Integrada – CI - (normatizada no art. 9º). Os demais regimes de execução já estavam determinados na lei 8666/93. Percebe-se, de pronto, que os regimes de tarefa e contratação por preço unitário ganham caráter excepcional e somente deverão ser utilizados mediante expressa justificativa da Administração. Aliás, a lei é redundante ao afirmar que tais regimes de caráter residual somente poderão ser adotados mediante justificativa da Administração. A adoção de qualquer dos regimes estipulados em lei somente será possível mediante anuência expressa do poder público. É o imperioso mandamento que se extrai do princípio da motivação dos atos administrativos.

A empreitada por preço unitário será utilizada quando a Administração desejar contratar empresa para executar um objeto por preço certo e unidades individualizadas. Essa empreitada é cabível, portanto, quando o objeto puder ser executado por etapas e determinada empresa se incumbir de uma delas. Uma característica importante desse tipo de empreitada é que o pagamento será devido após o recebimento de cada unidade específica que pode, por exemplo, ser metros quadrados ou metros cúbicos².

2 OLIVEIRA, Pedro Jorge. Obras Públicas: Tirando suas dúvidas. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2010, p. 54.

A tarefa, por sua vez, deverá ser utilizada para atividades de baixa complexidade, com celeridade e valores reduzidos (geralmente inferiores ao limite de convite), como para a contratação de profissionais autônomos para executarem algum reparo em prédio público.

Os regimes preferenciais são, portanto a contratação por preço global, a empreitada integral e a contratação integrada.

No caso da contratação por preço global, a Administração contrata a empresa que ofertou o menor preço considerando todos os preços em conjunto e deve ser utilizada para situações nas quais existem informações precisas sobre o objeto executado. JUSTEN³ observa que será aplicável em situações nas quais exista clara definição dos encargos, das atividades, dos materiais, das circunstâncias pertinentes ao objeto e a descrição da obra com elevado grau de precisão. Nesse tipo de empreitada, os pagamentos são feitos de acordo com o cronograma físico-financeiro, consolidados pelas devidas medições conforme itens executados.

Nessa forma de contratação deve-se estar atento aos preços unitários que compõem o preço global para evitar o chamado “jogo de planilha” que corresponde à cotação de preços unitários abaixo do preço de mercado de forma a “fabricar” um preço global menor e ganhar a licitação. Quando da fase de execução contratual, a empresa inventa uma justificativa qualquer e alega a impossibilidade de executar o contrato por aquele preço global, possivelmente em razão dos preços defasados de alguns insumos. A empresa pressiona, portanto, a Administração para o Reequilíbrio Econômico Financeiro do Contrato. Felizmente os diversos sistemas de controle vêm rechaçando essa prática e mesmo em se tratando de preços globais, prestando atenção nos diversos elementos que compõe o preço final. É condição indispensável para o uso da empreitada por preço global a existência de projeto executivo, assim como para todas as obras e serviços de engenharia executados sob a égide de RDC.

Os regimes que mais nos interessam, até pelo escopo do RDC, são a empreitada integral e a Contratação integrada.

A Empreitada integral deve ser utilizada em situações nas quais a Administração deseja estabelecer uma unidade operacional quando a infraestrutura

3 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013, p. 156.

física já existente ainda não é suficiente para atender o interesse público⁴, agregando serviços e outras atividades indispensáveis ao desempenho da atividade. Nesse diapasão, não seria razoável uma empreitada integral para a construção de um edifício residencial por conta da inexistência de uma atividade operacional desenvolvida a partir desse imóvel. Por outro lado, seria possível uma empreitada integral para a construção de uma hidroelétrica, uma rodovia concessionada ou um presídio. Dá-se, pois, a entrega de um bem em condições de operação e esse caráter de continuidade diferencia a empreitada integral da simples empreitada por preço global. No caso da empreitada integral, o particular além de construir o bem, fica incumbido de tomar as providências para sua correta operação.

A empreitada integral e a contratação integrada são variações de modalidades de contratação chamada Turnkey. Nesses dois tipos de regimes, o Estado contrata uma empresa que será incumbida de construir e operar a estrutura contratada. Uma diferença importante, no entanto, é que na contratação integrada o particular é responsável por definir o desenho adequado do projeto ao passo que na empreitada integral tal responsabilidade corre por conta do Poder público.

Para entender melhor esses regimes de contratação, cabe observar como a lei do RDC (e o Decreto 7.581/11) trata da contratação integrada para, ato contínuo, situar esse regime de execução nos contratos do tipo Turnkey.

3. CONTRAÇÃO INTEGRADA

O dispositivo legal assim trata a matéria:

Art. 9o Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

§ 1o A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a préoperação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

§ 2o No caso de contratação integrada:

l - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;

b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1o do art. 6o desta Lei;

4 Ibid, p. 158.

c) a estética do projeto arquitetônico; e

d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica; e

III - será adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

§ 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

Nas últimas décadas houve um aumento gradual de várias formas dos chamados *package contracts*, numa tentativa de melhorar a performance dos projetos patrocinados pelo poder público. Há várias formas de *package contracts*, donde se destacam:

a) **Buy-Build-Operate (BBO)**: há a transferência do bem para o setor privado logo no início da parceria que o opera por um período determinado de tempo. O controle do poder público é exercido pelo contrato e ao tempo da transferência do bem.

b) **Build-Own-Operate (BOO)**: O parceiro privado financia, constrói, possui e opera o bem ou serviço por período de tempo indefinido. O controle do Estado é exercido quando da celebração da avença e mediante medidas regulatórias.

c) **Build-Own-Operate-Transfer (BOOT)**: o setor privado recebe uma franquia do poder público para financiar, construir e operar (mediante cobrança de um determinado valor) por um prazo determinado de tempo após o qual a propriedade do bem é transferida para o setor público.

d) **Build-Operate-Transfer (BOT)**: Semelhante ao caso anterior, o Poder Público desenha, financia e constrói uma nova infraestrutura sob as regras de um contrato de concessão, operando durante um período pré determinado de tempo. Depois do termo final do contrato, o bem é transferido para o setor público. A modelagem BOT é a mais comum nos contratos de PPP formatados no Brasil. Nesses contratos, o Poder Público é responsável pela desapropria-

ção de terras, pela concessão de licenças, pelo design do projeto e pelas medidas regulatórias. Vê-se, pois que a empreitada integral bem se encaixa nessa definição de BOT.

e) **Build-Lease- Operate-Transfer (BLOT)**: O setor privado desenha, financia e constrói um infraestrutura e a opera mediante leasing, conforme o pagamento de uma renda. Dessa forma, o parceiro privado aluga os equipamentos do governo, renovando-os, modernizando-os e expandindo-os. Assim, passa a operá-lo sem a obrigação de, findo o contrato, transferi-lo para o poder público.

f) **Designing-build-finance-operate**: Nesse caso, o setor privado elabora o projeto; é proprietário dos bens afetos à operação; executa e gerencia. Não haveria, no entanto, a obrigação de transferência no final do contrato dos bens para o governo. Esse e o caso anterior podem ser formas de modelagem de Contratação Integrada. O grande diferenciador em relação a já conhecida e muito usada empreitada integral é que o setor privado ficará responsável pela modelagem, pelo desenho do projeto e com todas as implicações que advierem dessa opção.

Nesse ponto já sabemos que a lei do RDC estabelece para execução indireta de obras e serviços uma série de regimes de Execução e esses regimes ditarão os contratos celebrados e todo o ritmo da execução do projeto. Alias, como acenamos anteriormente, o RDC - e de resto toda legislação produzida nos últimos anos sobre compras governamentais - cingiram-se a determinar novas regras de licitação mas pouco disseram sobre a estrutura contratual. O próprio dispositivo em comento, conquanto crie uma nova forma de execução, é tímido ao dispor sobre as peculiaridades desse tipo de contratação. A esperança que foi depositada no Decreto regulamentador da matéria acabou frustrando as expectativas. Em um contrato de Turnkey (Esses contratos do tipo turnkey também podem ser conhecidos pela alcunha de “design and building” ou EPC – Engineering Procurement and Construction) estruturado sob a forma de empreitada integral, o construtor é responsável pelos defeitos na construção mas se exime das falhas advindas do mal desenho do projeto.

O regime de contratação integrada é de grande importância por conta que a fase de design e construção do projeto é a que concentra maiores riscos (sobretudo em contratos do tipo BOT (Build Operate and Transfer)).

Na Contratação integrada, a licitação é formatada de maneira que o setor privado estabeleça o design e construa o bem, objetivando satisfazer os níveis de performance requeridos pelo Governo. A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento do anteprojeto de engenharia; a execução de obras e serviços de engenharia; a montagem; a realização de testes; a pré-ope-
ração e todas as demais medidas necessárias para a entrega final do objeto.

Vê-se, pois, que a especificidade do objeto e a necessidade de um design adequado determinam um caráter complexo à Contratação Integrada. Quais então as vantagens e desvantagens da utilização desse tipo de modelagem.

4. VANTAGENS DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

4.1 Concentração de responsabilidade

Sob a perspectiva do Governo, a Contratação integrada apresenta a grande vantagem de concentrar a responsabilidade em apenas uma empresa. É muito comum em contratos públicos o chamado “jogo de empurra” quando uma empresa tenta restringir a sua responsabilidade por uma falha culpando o Governo ou outra empresa. Quando o Governo elabora o projeto, a empresa executora pode alegar que o seu inadequado desenho acabou por prejudicar a correta execução da obra. Quanto esse conflito de responsabilidade ocorre, não raro o projeto é objeto de demandas judiciais, quer seja da empresa executora, requerendo Reequilíbrio Econômico Financeiro sob o argumento da impropriedade do projeto básico para atender os padrões de eficiência e qualidade requeridos pela Administração; quer seja pelo próprio Governo que alega a má execução do serviço.

A Contratação Integrada será adequada quando o Poder Público não tiver expertise suficiente para elaborar o projeto básico ou (o que é muito comum) não tiver muita certeza do que realmente quer. Esse tipo de contratação poderá ensejar maior eficiência pela assunção de técnicas mais modernas advindas da modelagem elaborada pelo setor privado.

Outro ponto favorável (que decorre do primeiro) é que o contratado deve suportar qualquer custo adicional resultante do mau desenho do projeto ou de inadequado planejamento para execução do objeto. Isso é muito importante porque não é incomum a empresa requerer o Reequilíbrio Econômico Financeiro alegando aumento dos custos por conta de defeitos do design do projeto. Em ou-

tras palavras, muitas reclamações existem quando os projetos básicos elaborados pelo poder público se demonstram desarrazoados e necessitam adaptações durante a execução do contrato para a adequada execução do projeto.

Percebe-se que o grande desafio da Contratação Integrada é produzir um projeto que minimize o ciclo de vida dos custos (*life-cycle costs*) do que simplesmente diminuir os custos iniciais do projeto pela elaboração de anteprojetos de engenharia mais simplificados. Esse é um grande risco da Contratação Integrada porque a empresa pode tentar economizar os custos da elaboração do projeto básico engenharia e esses custos serem ampliados quando da execução do projeto. Vê-se pois que se abre grande espaço para seleção adversa porque os custos poderão propositadamente ser empurrados para a execução contratual, o que levaria a fortes pressões pelo reequilíbrio Econômico Financeiro do Contrato. Isso é relevante porque a lei do RDC estabelece um limite para modificações no contrato (Isso será detalhado no item 6).

4.2 Economia de tempo

Outro ponto positivo é que o projeto pode ser concluído em um período mais curto de tempo, considerando que o setor privado o elaborará e executará. Isso é mais verdadeiro no caso da Contratação Integrada porque a lei do RDC não estabelece a exigência do Poder Público elaborar um projeto básico, mas sim a apresentação de um anteprojeto de engenharia acostado ao documento editalício. Trata-se de expediente benéfico porque a empresa pode elaborar o desenho do projeto já tendo em mente a forma mais racional de executá-lo.

Dessa forma, é necessário que o Governo esteja realmente convicto que haverá diminuição do tempo gasto no projeto quando decidir pela Contratação Integrada. Isso deve se coadunar com uma previsão realista para o planejamento e a execução da obra, previsão essa que decerto será difícil de avaliar considerando que Administração não terá controle sobre a elaboração do projeto básico de engenharia e não poderá observar se as estimativas feitas pela empresa serão ou não realistas.

Essa vantagem é importante porque como a fase inicial é a mais arriscada, cabe terminá-la logo para que possa gerar receita e amortizar o investimento. Nasce então um dilema que se traduz na opção da rápida elaboração e cons-

trução do projeto pela delegação do design ao particular e a perda de controle da Administração sobre esse mesmo design e sua conseqüente execução. O Governo deverá ter firme convicção que essa perda do controle do projeto será recompensada por uma maior qualidade final do produto.

4.3 Diminuição do Preço Final

Como corolário da vantagem anterior, a elaboração do projeto básico de engenharia com base em toda expertise empresarial da empresa e seu total controle sobre essas duas fases (*design and build*) poderá culminar com a diminuição real do preço final. Dizemos real porque, *ab initio*, o preço da Contratação Integral será maior do que de uma empreitada integral porque a empresa terá que colocar nos seus custos o design do projeto. Ademais, a fase de preparação de projeto é bastante custosa e, em muitos casos, pode chegar a 3% do valor total do projeto. Claro está que no caso da Contratação Integrada, o Governo não terá que fazer um projeto detalhado mas sim um “anteprojeto de engenharia”. A razão dessa simplificação é que como os custos são muito elevados, seria demasiado oneroso promover todo o design antes da licitação. A empresa, quando da elaboração do projeto básico, correrá o risco de não recuperar esses custos com a celebração do contrato.

De qualquer forma, mesmo que *ab initio* a Contratação Integrada seja uma opção mais cara, poderá ensejar economias mais adiante sobretudo pela ausência de conflito entre o design promovido pelo Governo (no caso da empreitada integral) e a execução feita por empresa particular. Como na Contratação Integral é uma única empresa que elabora essas duas fases, poderá (já na fase de modelagem) estabelecer qual a melhor forma de elaborar o objeto, como menores custos e com mais eficiência.

É bem verdade que com tanta concentração de responsabilidade nas mãos da empresa privada, em mais riscos incorrerá e mais cobrará pela assunção desses riscos. Além disso, aumentará os “custos de Agência” porque o Governo terá mais dificuldade de avaliar se realmente o projeto básico elaborado pela empresa atenderá as demandas da Administração. Isso ensejará a necessidade de fiscalização e controle com custos elevados, sendo, portanto, necessária uma idéia de como esses custos se distribuirão ao longo da execução do contrato.

Além disso, como o setor privado detém um controle mais amplo dos custos do projeto (sobretudo porque ele elabora o design), o Governo teria mais dificuldade de cancelar um eventual aumento de custos proposto pela empresa. Dessa forma, uma alternativa seria estabelecer um contrato do tipo *lump-sum* (preço fechado) do que um *cost-plus*, que pagaria de acordo com os custos do projeto. Evidente que contratos do tipo preço fixo também são problemáticos porque o Governo pode ter dificuldades de avaliar a adequada execução do objeto e sua viabilidade frente ao design originalmente proposto. A melhor solução seria adicionar aos critérios de pagamento parâmetros de performance. Esse é o caso da Contratação Integrada que se apresenta como um contrato do tipo *lump-sum*, mas os pagamentos estarão condicionados ao atingimento de parâmetros de performance estabelecidos no contrato.

Muito embora fique ínsito ao modelo de RDC o estabelecimento de parâmetros de performance, há sempre o risco desses parâmetros serem relaxados com o tempo, sobretudo quando o empreendimento envolve constante incremento tecnológico.

5. DESVANTAGENS DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

5.1 Dificil Comparação de Propostas

Do ponto de vista do Governo é difícil comparar as diferentes propostas de design porque muito provavelmente elas não serão uniformes, considerando que haverá várias formas de atender os requisitos de performance estabelecidos pelo poder público. Esse é um grande dilema do Governo. Se de fato o design é muito importante, o Governo deverá procurar um profissional ou empresa específica para elaborá-lo e aí o emprego da Contratação Integrada perderia sentido.

5.2 Risco de diminuição do número de participantes na licitação

Outra desvantagem é que como elaborar design é um processo lento e custoso, esses elevados custos podem afastar potenciais participantes da licitação, mesmo que o vencedor do certame tenha seus custos ressarcidos pelo poder público. Uma estratégia intermediária seria permitir que as empresas oferecessem seus projetos de engenharia e que tivessem esses projetos aproveitados pela empresa vencedora, condicionado a algum tipo de ressarcimento.

Essa complexidade da Contratação Integrada pode acabar por diminuir muito o número de participantes na licitação. Não é incomum que diante da ausência de empresas que possam ofertar esse pacote “full service”, as licitações sob contratação integrada sejam revogadas e o Governo tenha que optar por outras modelagens.

Uma repercussão possível para o risco assumido pela empresa de elaborar o design do projeto e não ser a vencedora será que todas as empresas poderão colocar projetos pouco aperfeiçoados e mais baratos de elaborar. Assim, o modelo de anteprojeto de engenharia estabelecido pela Contratação Integrada pode ensejar o risco do subdesign, considerando que o poder público não terá expertise suficiente para detectar o grau de acuidade dos designs apresentados. Nesse contexto, o Poder Público poderá ter que empregar consultores privados para a escolha da proposta mais vantajosa e aí a economia de tempo pela concentração design-construção estabelecida pela Contratação Integrada poderá se esvaír.

5.3 O risco do Design Down

Assim, diante do ineditismo da proposta da Contratação Integrada (malgrado a sua utilização no âmbito das contratações elaboradas no âmbito da Petrobrás) não há expertise jurídica para elaborá-la e controlar sua execução, o que entronizará um enorme risco quando das ações (e haverá muitas!) de Reequilíbrio Econômico Financeiro submetidas aos Tribunais. Um elemento importante seria estabelecer algum tipo de seguro contra o desenho inadequado, muito embora geralmente os seguros cubram vários defeitos de execução, mas não são abrangentes o suficiente para resguardar o desenho do projeto.

Em termos de incentivos, há a tendência da empresa realizar um *design down*, ou seja, diminuir a complexidade do projeto básico de engenharia para ficar mais livre para adequar o design na fase de execução e diminuir a sua responsabilidade. Assim não está clara qual a distância entre o anteprojeto de engenharia elaborado pelo Governo e o projeto básico elaborado pela empresa. Tanto mais incompleto serão o anteprojeto de engenharia e o projeto básico elaborado pela empresa, quanto mais tecnologicamente inovador for o projeto final. A realização de uma licitação para uma rodovia pedagiada pode ter grau de complexidade técnica reduzida, considerando que a tecnologia é conhecida. Se essa rodovia demandar necessidade técnicas complexas e inovadoras, justificar-se-á a Contratação Integrada.

Assim, mais uma vez, alertamos que nem o RDC e tampouco a sua modelagem na forma de Contratação Integrada devem ser vistos como peremptórios. Tudo dependerá da natureza do objeto, da emergência do poder público em realizar a obra (fiquemos atentos a timing político) e ao grau de expertise tanto da Administração e, sobretudo, da empresa contratada.

Em um arranjo de Contratação Integrada, o Governo resta fragilizado porque ao não executar um projeto básico e se contentar com um anteprojeto de engenharia (que por definição é menos abrangente do que o projeto básico) tem menor controle sobre a execução do objeto e dificuldade de estabelecer parâmetros claros de performance por conta da perda de aderência em relação aos seus interesses e da empresa contratada. Também há dificuldade de garantir a participação dos usuários e do próprio Governo com idéias e sugestões porque o anteprojeto nasce fruto exclusivamente da expertise da empresa.

Em muitas modelagens do tipo turnkey existe a possibilidade de negociações com o setor privado quanto às características técnicas do projeto. No caso da Contratação Integrada, não há essa opção.

A opção da Contratação Integrada somente se justificaria se a Administração tiver condições de definir o que realmente deseja vis a vis indicadores para avaliar a performance da empresa privada. Se o Poder Público não estiver convencido que o design proposto pelo privado é uma boa opção ou se tiver dificuldade de avaliar as opções escolhidas, aí não valerá a pena correr o risco de implementar a Contratação Integrada, perdendo controle sobre a formatação do projeto. A questão da avaliação de performance é ponto fulcral e o Poder público poderá adotar quatro estratégias para estabelecer performance em contratos Turnkey⁵:

- Desenvolver uma clara descrição do projeto em termos funcionais. Isso significa realmente entender do que se trata e quais as implicações técnicas da proposta apresentada pelo privado com o projeto de engenharia.

- Definir critérios qualitativos e operacionais para avaliação de performance. Aqui o grande problema do Benchmark, ou seja, estabelecer parâmetros

5 GIBBS, Tony. *An Assessment of Turn-key Contracts for the Realisation of Capital Works Projects Principally for Public Sector Healthcare Facilities prepared by under contract to The Pan American Health Organisation with funding from The United States Agency for International Development*. November 2008. Disponível no endereço eletrônico www.disaster-info.net/.../WindHazards_Turn-key.pdf. Acesso em: 25 de set. 2013.

de comparação muitas vezes é difícil, sobretudo quando há um forte componente de incremento tecnológico.

- Definir os objetivos que deseja alcançar antes do início da execução do projeto.

- Elaborar roteiro claro sobre avaliação de cada fundamental item do projeto.

Nesse contexto, quatro são as performances estratégicas que devem ser avaliadas: gerenciamento; prazo; técnica e custo.

No que se refere à capacidade gerencial (que também pode se relacionar com a capacidade técnica) deve-se ficar atento para a solução técnica apresentada pelo privado para elaboração do objeto. A Administração deverá ter expertise suficiente para avaliar se a proposta apresentada é viável economicamente e factível do ponto de vista técnico. Poderá, para tanto, lançar mão de consultores externos, muito embora deva sempre atentar para os custos de transação envolvidos na contratação desses experts. Deve-se também avaliar se a empresa proponente tem experiência na elaboração de design de projetos, bem como na execução conforme opções técnicas escolhidas. Nesse mesmo sentido, avaliar se a empresa tem experiência em trabalhar com governo, qual o seu grau de governança e se já elaborou projetos naquela específica região ou em locais similares.

Outro ponto importante a considerar é a qualidade. O parceiro privado e o Governo devem estar conscientes das restrições orçamentárias do projeto e ficar bem consignado no contrato os padrões de qualidade requeridos. O Governo deve ficar bem atento para o comum expediente de troca de materiais e mudança nos critérios de execução com o fito de baratear a obra e permitir ao privado a recomposição de margem de lucros. Essa prática, que se potencializa com a seleção adversa, ensejada por um anteprojeto de engenharia, deve ser combatida com muito bons critérios de performance e acompanhamento permanente da obra.

Um grande problema em projetos vultosos e complexos é o tempo para elaboração e execução do contrato. Muitas vezes, a pressa em encontrar soluções para resolver os problemas acaba por gerar problemas adiante como, por

exemplo, embargos por problemas ambientais. A questão sensível em projetos de Contratação Integrada é saber qual, de fato, será o grau de completude (ou incompletude) do anteprojeto de engenharia e qual a implicação desse projeto simplificado. O tempo de execução da obra é fundamental porque penalidades podem ser aplicadas pelo input supply, o offtake purchase ou o concessionário. Ademais, não haverá receita até que o projeto esteja todo concluído.

Quanto aos critérios técnicos, é necessário elaborar procedimentos licitatórios que façam menção a esses critérios e dê possibilidade à Administração discernir sobre a melhor escolha a ser feita. No que se refere aos custos, atentar para o ciclo de vida desses custos (*life cycle costs*) e como eles são espraiados ao longo da execução do projeto.

Elencada as peculiaridades da Contratação Integrada, cumpre investigar em que circunstâncias ela deve ser utilizada. Será um regime preferencial? A lei do RDC ampliou as hipóteses de julgamento por técnica e preço consignadas na lei 8666/93? As opções estabelecidas na Lei do RDC que possibilitam a utilização desse regime são taxativas ou exemplificativas?

A primeira justificativa é perquirir quais as vantagens para a utilização tanto do RDC, e mais especificamente da Contratação Integrada. Nesse sentido, o conceito de Value of Money deve ser considerado. O Value of Money procura captar o benefício total do projeto executado, considerando seu custo durante toda a sua vida útil, a qualidade do bem ou serviço prestado e as externalidade geradas, tais como crescimento econômico; impacto ambiental; mobilização de recursos; impacto social e governança. Delmon⁶, fazendo menção à experiência inglesa, elenca alguns fatores que devem ser considerados para fins de VOM:

- A forma como os riscos serão alocados pelas partes;
- Focalizar o conjunto total dos custos envolvidos no projeto em vez de centrar-se apenas nos custos imediatos;
- Analisar aspectos de planejamento integrado buscando a harmonização entre a soft e a hard infraestrutura;

⁶ KUPFER, David e HASENCLEVER, Lia. *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. São Paulo, Ed. Campus, 2002, p. 14

- Suficiente flexibilidade para assegurar que qualquer mudança nas especificações originais decorrentes da melhor adequações para entrega do bem ou serviço ou mesmo mudanças tecnológicas poderão se acomodadas durante a vida útil do empreendimento a razoável custo;

- Assegurar suficientes incentivos tanto no procedimento licitatório com no contrato para assegurar que os bens ou serviços sejam entregues em tempo hábil, de forma eficiente e eficaz, considerando também as recompensas e punições;

- O desenho da licitação bem como do contrato deverá estabelecer de forma adequada as mudanças que poderão ocorrer durante a execução do contrato, como, mudanças políticas; design do ativo; a necessidade de reforma ou mudança dos bens utilizados durante a vida útil do bem;

- Suficiente expertise tanto do setor público quanto do setor privado para gerenciar projetos de elevada complexidade;

- Adequada construção de indicadores de performance de forma que garanta a entrega adequada e efetiva dos bens e serviços contratados;

- Detectar se a tecnologia do setor é estável ou submetida a fortes mudanças durante a vida útil do bem;

A lei do RDC dispõe (artigo 9º) que a administração poderá utilizar a contratação integrada quando circunstâncias técnicas e econômicas a justificarem como, por exemplo,⁷: a) elevada complexidade do objeto; b) necessidade de capacidade gerencial e operacional com grau elevado de expertise; c) necessidade de soluções técnicas específicas e inovadoras; d) necessidade de atendimento de prazos, em virtude de compromissos assumidos com o Governo Federal; v) na centralização/otimização de gerenciamento de todos os processos envolvidos; vi) na possibilidade de redução dos impactos operacionais pela presença de uma única contratada; e vii) na redução dos entraves relativos aos conflitos de responsabilidades que costumeiramente ocorrem na contratação parcelada.

Portanto se esses fatores estiverem presentes deverá a administração optar pela Contratação Integrada. Assim, não deve esse regime contratual ser visto como excepcional ou mesmo subsidiário. Deve ser adotado pela Administração

⁷ TCU, AC – 1510-22;13-P, p. 13.

– em atenção ao princípio da eficiência – sempre que condições e características do objeto assim o impuserem.

Se adotarmos o regime de Contratação Integrada deveremos julgar as propostas pelo critério de técnica e preço (art. 8º §2º) e para tanto dos ditames do art. 20 do RDC devem ser considerados, a saber:

Art. 20. No julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e de preço apresentadas pelos licitantes, mediante a utilização de parâmetros objetivos obrigatoriamente inseridos no instrumento convocatório.

§ 1o O critério de julgamento a que se refere o caput deste artigo será utilizado quando a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no instrumento convocatório forem relevantes aos fins pretendidos pela administração pública, e destinar-se-á exclusivamente a objetos:

I - de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica; ou

II - que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades que eventualmente forem oferecidas para cada produto ou solução. (grifo nosso)

O primeiro critério, por óbvio, não diz respeito à Contratação Integrada porque esse não é instrumento hábil para contratação de serviços de natureza preponderantemente intelectual. A segunda opção seria para objetos que requeresse inovação tecnológica ou técnica. É sabido que a lei 8666/93 adota como critério para julgamento por técnica e preço (art.46) nas seguintes hipóteses⁸:

(i) quando houver autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório,

(ii) para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto,

(iii) majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito,

(iv) atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação,

(v) nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade,

⁸ TCU, AC – 1510-22;13-P, p. 11

produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

No caso da lei do RDC, o uso do critério de julgamento técnica e preço é aplicável para os “objetos que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado (inciso II, §1º, art 20). Vê-se, portanto, que a lei do RDC ampliou as hipóteses de uso do tipo técnica e preço ao não mais exigir que o critério seja chancelado por autoridade pública para corroborar o uso de tecnologias sofisticadas. Dessa forma, poderá ser utilizada para obras de grande vulto, mesmo que não usem tecnologias de elevada qualificação.

A questão fundamental é se, de fato, as hipóteses de técnica e preço foram expandidas pelo RDC, ou melhor, se o suporte fático da norma se coaduna com a necessidade de mais eficiência.

Como a contratação integrada é do tipo DBOT, portanto com forte ênfase na técnica, parece razoável que esse critério tenha um peso importante na definição da proposta mais vantajosa. A polêmica surge porque muitos doutrinadores analisam o RDC sob as luzes da jurisprudência e da doutrina (caudalosa, diga-se) da lei 8666. Lá – diferentemente daqui – a análise é calcada no fetiche do “menor preço” e não no critério de eficiência. Por outro lado, ontologicamente, projetos licitados pelo RDC são *technical based*, o que justifica a ampliação do uso do tipo técnica e preço.

A análise de conveniência ou não do uso da Contratação Integrada deve ser feita bem antes, quando a Administração optar por esse tipo de contratação. Se o fizer, o critério de julgamento técnica e preço já estará implicitamente justificado. Trata-se, portanto de tipo de licitação vinculado, tendo a Administração obrigação de adotá-lo nos procedimentos executados mediante essa modelagem contratual.

O Decreto que regulamenta a matéria (Dec. 7.581/11) determina que o fator de ponderação mais relevante seja limitado a setenta por cento. Isso significa que, em tese, qualquer combinação entre técnica e preço é possível, desde que o critério mais valioso não ultrapasse esse limite. Cumpre lembrar que o Decreto não determina qual dos dois fatores (técnica o preço) deverá preponderar. Parece razoável, no entanto, que o critério de técnica tenha maior ponderação. Além disso, diz o Decreto que critério de sustentabilidade ambiental deverá ser considerado quando da avaliação das propostas técnicas.

Vê-se que os incentivos dos licitantes, o grau de assimetria de informações e a intensidade da seleção adversa variarão conforme a partilha de ponderação entre técnica e preço definidas no edital do RDC. Se o critério técnica for o preponderante (como parece razoável ser), os licitantes terão menos incentivos para colocar preços abaixo da suas próprias valorações e isso levará certamente à diminuição da seleção adversa pelo critério preço.

Por outro lado, quanto maior a ponderação pelo critério técnica, maior a discricionariedade da Administração em escolher a proposta mais vantajosa e maior a pressão técnica. Assim, todo o cuidado é necessário para que a administração utilize os critérios adequados para a escolha da proposta que mais atenda aos critérios de técnica.

6. TEORIA DA IMPREVISÃO E REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO

Essas limitações são estabelecidas pelo §4º do artigo 9º da lei do RDC que estabelece:

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

Caso a Administração adote a Contratação Integrada, somente poderão ocorrer aditivos contratuais mediante alegação de Caso Fortuito e Força Maior ou por necessidade de alteração do projeto a pedido da Administração Pública. Esse dispositivo é importante porque o instituto do Reequilíbrio Econômico Financeiro (REF) do Contrato deve ser rediscutido no direito brasileiro.

O primeiro ponto de análise será na possibilidade de modificação unilateral do contrato por parte da Administração diante da necessidade de mudança no projeto ou suas especificações para atender de forma mais adequada os objetivos da contratação, desde que essa mudança não provenha de erros e omissões do contratado.

Se forem detectados erros ou omissões, não cabe à Administração promover os reparos no contrato. É hipótese, conforme lembra JUSTEN FILHO⁹, de desclassificação do licitante. Se tal erro for revelado durante a execução contratual, acredita o referido autor que a Administração poderia promover alterações para garantir a correta execução do contrato, desde que isso não determine a elevação da remuneração do particular. Sendo assim, mesmo diante de erros e omissões do projeto básico de engenharia, a Administração poderia promover modificações contratuais mas isso não significa a assunção pela Administração dos efeitos financeiro decorrentes. Essa é a opinião de JUSTEN FILHO.

Admitir o reparo ao contrato, mesmo diante de erros ou omissões técnicas, parece uma porta larga para toda e qualquer sorte de mudanças contratuais. A Contratação Integrada e sua formatação contratual do tipo DBOT já chancela a constatação que a Administração não tem expertise suficiente para elaborar as propostas técnicas. Não faz sentido, portanto, dar uma poder extroverso à Administração para modificar o contrato sem uma ampla justificativa. Dessa forma, a Administração poderá efetuar reparos ao contrato, mas em situações excepcionalíssimas e mediante abertura de processo administrativo para chancelar a correção de rumos. Caso, no entanto, o contrato não possa mais ser executado, cabe a rescisão contratual e consequente imposição de sanção ao contratado.

À parte a questão dos erros e omissões, a aplicação de rotineiras modificações unilaterais nos contratos administrativos é uma conhecida cláusula exorbitante. Essa modificação seguirá as regras definidas no §1º art. 65 da lei 8666 que determina que o contratado ficará obrigado a aceitar os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Qual então o impacto da existência de Cláusulas Exorbitantes na estipulação dos riscos assumidos pelo contratante em um contrato administrativo? Parece claro que as Cláusulas Exorbitantes podem ser vistas como um tipo de risco assumido pelo contratado e o seu comportamento será função do tipo de prerrogativa que o Poder Público irá exercer.

9 JUSTEN FILHO, Op cit, p. 205.

Se o particular sabe que a Administração tem a prerrogativa de mudar unilateralmente as cláusulas contratuais, modificando os quantitativos do projeto, sabe também que estará assumindo o risco desse comportamento da Administração. Em regra, as cláusulas exorbitantes não são consideradas na discussão da partilha de riscos, mas o particular as precifica e coloca em suas expectativas.

Assim, essa regra que é vista com certa condescendência no âmbito das licitações da lei 8.666, deve ser considerada com reservas e utilizada em situações excepcionais para o RDC. A Administração não poderá desvirtuar a seu bel prazer o projeto básico de engenharia, alegando razões genéricas. Toda a expertise operacional advém da empresa privada e é ela responsável pelo desenho de todo o projeto. Não é possível, portanto, analisar o dispositivo à luz da experiência da lei 8666, mas sim estabelecer um novo paradigma com base no seu caráter de extrema excepcionalidade.

A regra contida no inciso I do §4º do artigo 9º do RDC merece uma maior atenção. Diz a norma que a Administração somente concederá REF diante da constatação de caso fortuito e força maior. Para tanto, o REF deve ser reavaliado e tratado com rigor, considerando três elementos fundamentais: Risco, Probabilidade e Incerteza. Somente com base nesses elementos é que poderíamos ter uma dimensão clara do instituto.

Na verdade, considerar uma visão mais ampla do instituto do REF significa assumir hipóteses: a) os agentes envolvidos são parcialmente racionais (*bound rationality*); b) os indivíduos são maximizadores de suas expectativas (utilitarismo); c) a aplicação da Teoria da Imprevisão deve ser feita sob novos pressupostos e d) Existe forte incompletude contratual.

Embora as duas primeiras conjecturas sejam relevantes, vamos nesse texto cingir nossa análise nas últimas.

6.1 Insuficiência da Teoria da Imprevisão como substrato teórico para o Reequilíbrio Financeiro do Contrato Administrativo

Para CORDEIRO¹⁰, o desequilíbrio dos contratos, sobretudo após as grandes guerras, marcou o renascimento da cláusula *Rec Sic Stantibus*, estabelecendo um trade-off entre vontade das partes e realidade subjacente ao contrato.

Dentre as várias teorias que surgem para fundamentar a revisão contratual calcada na alteração das circunstâncias que permearam a celebração do contrato, duas são marcantes: Teoria da Imprevisão e Teoria da base negocial¹¹.

A teoria da imprevisão (e sua variante, a teoria da onerosidade excessiva) estão ligadas ao aspecto volitivo e são chamadas de **teorias subjetivas** ao passo que a Teoria da base negocial se preocupa com as circunstâncias existentes quando da celebração da avença, caracterizando uma **teoria objetiva**¹².

As Teorias da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva centram-se naquilo que as partes avençaram conforme a manifestação de suas próprias vontades. A teoria da base negocial, segundo CORDEIRO, privilegia a instrumentalização do contrato e retira, ainda de forma tímida, a vontade como fundamento exclusivo da obrigatoriedade do contrato.

Para invocarmos a Teoria da imprevisão, três elementos são essenciais: a) imprevisibilidade, b) extraordinariedade e c) excessiva onerosidade suportada por uma das partes. Dentre esses componentes, dois bem demonstram o voluntarismo da imprevisão: Imprevisibilidade e extraordinariedade. Sendo assim, **o pressuposto utilizado para fundamentar a teoria da imprevisão é imperfeito porque a vontade das partes é viesada pela assimetria de informação**. Dessa forma, toda vez que uma parte tiver vantagem informacional em relação à outra parte e utilizá-la como vantagem para auferir renda quando da assinatura de um contrato administrativo, estaríamos diante de uma situação de seleção adversa. **Quando isso acontece, não há de se falar em Teoria da imprevisão.**

10 CORDEIRO, EROS BELIN DE MOURA. A Revisão Dos Contratos Na Nova Sistemática Codificada Brasileira e a Constituição Do Brasil. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. 2005. <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/1751/A+revisao+dos+contratos+na+sistemática+codificada+brasileira.pdf?sequence=1>. Acesso em 01 de nov. 2013.

11 MORAES, Renato José de. *Cláusula Rec Sic Stantibus*. São Paulo, Ed. Saraiva. 2002.

12 SILVA, Leonardo Toledo. *Os Contratos EPC e os pleitos de Reequilíbrio Econômico-contratual*. In SILVA, Leonardo Toledo. *Direito e Infraestrutura*. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

Isso ocorre porque a teoria da imprevisão deve ser utilizada quando há uma subversão da vontade original das partes. **No caso da seleção adversa não há subversão alguma porque uma parte usou inadvertidamente sua vantagem informacional para auferir renda do outro contratante.** Usar a teoria da imprevisão (que por definição é instrumento de adequação contratual ex post) corresponde a cancelar a captura de renda ao contratante que falseou a verdade durante o procedimento licitatório. Da forma como esse instrumento é hoje utilizado, são gerados incentivos para o aprofundamento da seleção adversa e mais representa uma vantagem perversa para a empresa licitante oferecer preços ou qualidade que sabe, de antemão, que não conseguirá honrar.

Assim, a utilização da Teoria da imprevisão é inadequada para servir de base teórica para a recomposição do equilíbrio financeiro do contrato por conta não somente da sua defasada base volitiva, mas também por não considerar as assimetrias informacionais existentes entre o Poder público contratante e o particular.

Dentro desse diapasão, esse dispositivo do RDC não possibilitou que todo e qualquer evento caracterizador da teoria da imprevisão possa ser utilizado como base para o aditamento contratual com base para REF, mas sim apenas aqueles resultantes de caso fortuito e força maior. Aquelas advindas de Fato da Administração e Fato do Príncipe, como decorrem de uma ação ou omissão da administração com repercussão contratual, deverão gerar indenização por parte da Administração¹³.

Um ponto central para analisar a teoria da imprevisão diz respeito à insuficiência conceitual do preço como transmissor de informação e como proxy para a demarcação do risco. Quando o licitante elabora o seu preço, ele faz crer ao Governo contratante que seu preço reflete o risco assumido no contrato. Isso nem sempre é verdade, porque **o preço estipulado é imperfeito para comunicar todas as características e intenções do licitante contratado.**

- Teoria de Preço e da Microestrutura de Mercado

Há de se perguntar: O que determina os preços? Nos termos do paradigma econômico tradicional, os preços são estabelecidos pela intersecção entre as curvas de oferta e de demanda para um determinado bem. Essa premissa é

¹³ JUSTEN FILHO, Op cit, pag 202.

verdadeira no equilíbrio final do mercado. Para O'Hara¹⁴, no entanto, é necessário observar como esse preço é alcançado. De forma surpreendente, a teoria econômica apresenta poucas respostas a essa questão que é ponto inicial de investigação da teoria da microestrutura de mercado.

Para os economistas, há duas abordagens tradicionais para explicar a formação dos preços. A primeira trata da questão do equilíbrio. Assim, a economia se envolve em descobrir o ponto de equilíbrio per se, sem se importar com os fatores que levam ou levaram a ele e como um específico preço foi determinado. As duas características dessa abordagem são a **simplicidade e a generalidade**. Está implícita nessa análise que o mecanismo de comércio e as características informacionais não afetam o equilíbrio final. Essa é uma abordagem problemática em mercados onde as partes possuem assimetrias informacionais. Esse é o caso da definição de preços licitados em obras contratadas pelo RDC. **Ancorar a Teoria da Imprevisão na frustração das expectativas estabelecidas pelos preços contratados é coadunar com a visão clássica e defasada da teoria dos preços.**

Uma visão alternativa, ainda segundo O'Hara, é estabelecida pelo sistema de preço Walrasiano, onde o preço de equilíbrio é dado pelos lances sucessivos entre aqueles que desejam vender e os que necessitam comprar. Nesse modelo não há custos consideráveis para barganhar, bem como não existem assimetrias informacionais. O sistema Walrasiano é simples e elegante, mas não captura as circunstâncias que levam a determinação dos preços. O problema é que a teoria dos preços Walrasiana não apresenta uma visão muito realista dos mercados.

Uma falha do modelo Walrasiano é não considerar o fator tempo. Nesse enfoque, O'Hara cita os trabalhos de Demsetz que faz referência a existência de duas curvas de demanda e oferta, uma de curto e outra de longo prazo. O argumento é que há variações intertemporais porque alguns agentes desejam comprar e vender com mais urgência do que outros. Isso parece intuitivo, porque se há emergência para comprar algo, o indivíduo geralmente paga mais por isso (experimente comprar uma passagem de avião no dia da viagem).

Essa idéia de que o preço poderia conter um custo pelo imediatismo não foi considerada na visão Walrasiana. Assim, a visão de um único equilíbrio fica comprometida, porque dependerá não apenas do desejo de comercializar, mas também se as partes desejam comprar e vender em um dado momento ou adiar

14 O'HARA, Maureen. *Market Microstructure Theory*. Cambridge-MA, Blackwell Publishers, 1996.

suas opções. Para esclarecer esses aspectos, um importante componente deve ser considerado: informação.

- Informação e processo de determinação dos preços

Os preços representam expectativas condicionais, ou seja, o preço em cada ponto reflete toda a informação pública disponível, mas não necessariamente toda a informação privada. Dessa forma, até o ajuste dos preços de acordo com informações adicionais, o equilíbrio alcançado é semi-eficiente.

Daí é importante observar como os preços se ajustam de acordo com a informação liberada com o passar do tempo. Nos paradigmas de microestrutura que vimos (ajuste imediato e Walrasiano), os preços eventualmente convergem para valores considerando a nova informação recebida, mas como esse ajustamento ocorre no limite, esse mecanismo pode ser infinito.

Para entender como os preços se tornam eficientes, é necessário saber mais sobre como o ajustamento ocorre¹⁵. Desde que diferentes estruturas podem ser afetadas pelo ajustamento, entendê-lo pode prover insights de como os mercados podem ser estabelecidos e estruturados. Se os comerciantes agem competitivamente, o comércio resulta em um equilíbrio onde os preços “revelam” toda a informação privada. Nesse caso, os preços se ajustam instantaneamente a toda a informação e o mercado é totalmente eficiente.

No mercado real, no entanto, o ajustamento não é imediato, nem toda a informação é captada e fica difícil isolar o efeito líquido de uma determinada informação na definição do preço. A grande dificuldade em analisar o processo de ajustamento de preços é que o movimento dos preços depende de como os participantes do mercado aprendem do mercado de informações. Dependem, portanto, de uma miríade de fatores como predisposição dos agentes ao risco, natureza e extensão da incerteza e até da estrutura do mercado em si.

Em um modelo simples, onde a única incerteza é a inferência sobre o valor privados dos agentes, os agentes não informados podem fazer inferências sobre a informação. Em ambientes mais sofisticados (o que, de fato, ocorre na realidade) esse problema de aprendizado é mais complexo, fazendo um necessário link entre informação de mercado e valor aparente dos ativos.

¹⁵ O'Hara, op cit

A teoria econômica clássica observa que, em um mercado competitivo, os preços são determinados pelas forças de oferta e demanda. Também conclui que diante de monopólios, os preços se elevam e as quantidades se deprimem. Esses fundamentos básicos são importantes, mas não consideram vários elementos complexos referentes à determinação dos preços.

Uma boa pista para resolver essas imperfeições é utilizar a chamada Microestrutura de Mercado (*Market Microstructure*) que é uma área da teoria das finanças que estuda a dinâmica e o processo pelo qual os investidores fazem previsões sobre o valor futuro dos ativos com base no volume atual dos negócios e nos preços correntes. Assim, a Microestrutura de mercado especifica as características dos mecanismos de troca que facilita a descoberta do processo de determinação de preços entre compradores e vendedores. Essa teoria também se preocupa com os mecanismos de revelação de informação, ou seja, estuda o nível de transparência dos mercados e mais especificamente no estudo do quanto de informação os preços carregam, ou seja, microestrutura de preços.

A transparência quanto ao preço pode ser entendida analisando as regras que são utilizadas para comercializar. Em uma licitação em leilão reverso (pregão), por exemplo, há elevado nível de transparência, considerando a liberação das informações pelos lances sucessivos dos licitantes. Essa transparência permite ao Governo (no caso das licitações) ter uma melhor noção do preço de reserva dos licitantes e da dinâmica das forças de oferta e demanda.

Há vários tipos de transparência. A transparência dos vendedores (no nosso caso, licitantes) se refere aos custos de produção, prazo de entrega ou capacidade de executar. Também é importante evidenciar os custos de oportunidade e a probabilidade de se conhecer o preço de reserva do licitante (*inventory information*), bem com o custo dessa transparência.

Ainda quanto ao preço, é importante diferenciá-lo de valor. Um guarda chuva vendido em uma esquina qualquer em um dia de chuva é bem mais caro do que o mesmo item sendo vendido em dia de sol, muito embora o produto seja exatamente o mesmo. Essa dicotomia preço-valor é um ponto de grande importância quando o governo decide contratar serviços, por exemplo. Nesse caso, o uso irrestrito de tabelas mais provoca problemas e exacerba a seleção adversa do que resolve conflitos. Isso ocorre porque um dos pontos que faz com que o preço seja diferente do valor é a quantidade de informação disponível.

Como lembra MADHAVAN¹⁶, a pesquisa de informação contida nos preços (em um conceito mais amplo: *Market Microstructure*) envolve um amplo espectro:

a) Formação do preço, incluindo aspectos estáticos (determinação dos custos de comercialização, por exemplo) ou aspectos dinâmicos como o processo pelo qual os preços revelam a informação em determinado período de tempo. Em essência, esse ponto de análise pretende olhar para dentro da “caixa preta” dos preços.

b) Estrutura de desenho de mercados, incluindo a relação entre a formação dos preços e as regras de comercialização. Nesse caso, é discutido como diferentes regras afetam a “caixa preta” e conseqüente liquidez e qualidade do mercado. No caso do RDC, a mudança das regras em relação às licitações da lei 8666, mudaram os incentivos e os mecanismos (inclusive informacionais) que acabarão por determinar o preço final dos bens.

c) Informação e sua revelação. Esse é um ponto relacionado à transparência de mercado que está ligada a capacidade dos participantes do mercado em observar as informações sobre os seus competidores. Isso se refere em analisar como a revelação das informações da “caixa preta dos preços” repercute o comportamento e as estratégias dos outros participantes do mercado. No caso das licitações, mais uma vez, a quantidade de informação revelada afeta a oferta dos outros licitantes e o grau de seleção adversa.

Recentes trabalhos em microestrutura de mercados (*Market microstructure*) consideram avanços no campo da economia da informação, expectativas racionais e competição imperfeita com o fito de construir modelos que mensurem o impacto da informação nos preços.

Os mercados são muito distintos e os preços se comportam diferentemente em cada um deles. Dessa forma, **encarar o fator preço de forma monolítica e concentrar sobre ele a base volitiva que servirá de parâmetro para a aplicação da teoria da imprevisão é um pressuposto falho e impreciso.**

Para PEREIRA DA SILVA, os preços de mercado não são apenas afetados pelos custos de transação, mas também pela presença de informação na

16 MADHAVAN, Ananth. *Market Microstructure: A Survey*. Journal of Financial Markets, 3 (2000), 205-258.

determinação do comportamento dos mercados¹⁷. O autor cita os trabalhos de Admati e Pfleiderer¹⁸ veem os preços como variáveis aleatórias e analisam a distribuição da informação antes da realização dos preços. Dessa forma, a dispersão da informação gera externalidades positivas sobre os preços, refletindo sinais fornecidos pela informação obtida.

Aquele que detém a informação possui claros incentivos para postergar a sua revelação. A uma, porque tem o poder de discriminar os preços e conseguir que os outros agentes do mercado paguem mais por sua informação. E duas, por conta que garante mais vantagens para si, considerando que quanto mais preciso o sistema de preços, menores serão os custos de transação.

Um ponto interessante de investigação é o ruído que garante que valor da informação não diminua, restringindo o acesso de outros agentes ao verdadeiro conteúdo. O jogo de planilha, tão comum em obras públicas, pode ser considerado um ruído, na forma que esconde o verdadeiro valor dos itens precificados, gerando forte seleção adversa no sistema. Ainda segundo os autores (e conforme observação de Pereira da Silva), o detentor da informação (sobretudo aquele que tem poder monopolista sobre ela) tende a manobrar a informação de forma que as decisões dos agentes no mercado sejam feitas com base em informação adicional e não apenas com base na observação dos preços do mercado. O monopolista tentará vender sinais personalizados que não afetam, em si, os preços de equilíbrio. No caso das licitações, esses sinais podem ser o histórico de comportamento dos licitantes em relação a contratos anteriores e suas chances de ganhar ou perder no “jogo” do reequilíbrio financeiro; as sua posição em relação à Administração e sua chance de influenciar na modificação do contrato. Também se enquadra nessa sinalização, as chances judiciais de um novo arranjo contratual.

A concentração de informação pode ser explicada pela diferença de preferências entre os agentes de forma que quanto mais suscetíveis aos riscos forem os licitantes, mas tenderão a mergulhar nos preços ofertados. No caso das licitações, se um determinado licitante tem uma expectativa positiva de um rápi-

17 PEREIRA DA SILVA, Pedro Miguel Bento. *ECONOMIA DOS MERCADOS FINANCEIROS ANÁLISE DA INFORMAÇÃO PRIVADA*. Mestrado em Economia Monetária e Financeira UNIVERSIDADE TÉCNICA DE LISBOA. INSTITUTO SUPERIOR DE ECONOMIA E GESTÃO. Out 2003. Disponível no endereço eletrônico: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/894/1/Tese%20Definitiva%20F.pdf>. Acesso em 30 de dezembro de 2013.

18 ADMATI, A.R e PFEIDERER, P. Viable Allocation of Information in Financial Markets. *Journal of Economic Theory*, 43, pp 76-115.

do e eficaz (para ele, pelo menos) reequilíbrio econômico financeiro, estará mais disposto a assumir o risco de ganhar com um preço defasado. Esse argumento é mais uma razão para rechaçar o uso do preço como proxy para invocação da Teoria da Imprevisão.

Ainda segundo Admati e Pfleiderer¹⁹, a informação transmitida possui dois efeitos importantes: o agregador e o desbloqueador. No caso do efeito agregador, os sinais tendem a serem mais complementares, considerando que os preços agregam informação e há pouco ruído. Nesse caso, qualquer sinal adicional tem um valor incremental, por mais irrelevante que seja. Assim, esse efeito agregador justifica mais rigor nas exigências de qualificação, dotando o sistema de mais mecanismos de signaling e screening. Isso induz a conclusão que o conjunto de sinais observáveis no mercado sempre seja superior ao preço de equilíbrio do mercado e que o preço de mercado (que se pressupõe seja o preço ofertado pelo licitante vencedor) esteja aquém do real valor considerando toda informação existente.

O efeito desbloqueador observa que em muitas circunstâncias (em licitação, provavelmente na maioria delas) o agente informado não estará disposto a revelar toda a sua informação porque terá incentivo de obter ganhos com toda a informação privada que detém.

Segundo esses dois autores (Admati e Pfleiderer), se o agente for neutro ao risco e se conseguir determinar o número de agentes informados no mercado, não terá incentivo para vender sua informação por conta que revelar sua informação aumentaria a competição em detrimento de sua posição. Esse é o caso em licitação, no qual o agente tem a informação privada e assume o risco de não divulgá-la, confiando, entre outras coisas, no sucesso de um eventual Reequilíbrio Econômico Financeiro. No caso do agente ser avesso ao risco, ou seja, não confiando em uma possível melhora de sua posição na arguição de uma revisão contratual, será mais útil revelar (eventualmente vender) sua informação privada e entrar em uma certame mais competitivo.

Logo, ancorar os pedidos de Reequilíbrio Econômico Financeiro com base na equivocada teoria da imprevisão, aumentará os riscos da Seleção Adversa, bem como os incentivos para a malversação da informação privada.

¹⁹ Apud PEREIRA E SILVA.

Embora o texto legal restrinja a aplicação da teoria da imprevisão, a utilização dessa teoria graceja no âmbito judicial, sendo objeto de vários arrestos que tentam recompor o que simplesmente nunca existiu, ou seja, um equilíbrio fictício quando da celebração do negócio que foi enuviando pela assimetria de informação existente entre as partes.

Na teoria da base negocial, por outro lado, há o substancial distanciamento da imprevisibilidade como vetor da intervenção no contrato, caracterizando uma gradual objetivação. Essa teoria foi aprofundada por Larenz que a separava em uma base subjetiva e outra objetiva. Quanto à subjetividade, é necessário que ambos os contratantes partam da mesma base fática, calcando-se no conceito de erro. A base objetiva, por seu turno, é o conjunto de aspectos fáticos sobre os quais se funda o consenso. Nesse sentido, CORDEIRO observa que Lorentz vê na base objetiva dois elementos: a) a alteração das circunstâncias significa ausência de concretização da finalidade contratual ou b) quebra da equivalência das prestações, refletindo a insubsistência do sinalagma próprio dos contratos bilaterais.

Para GIL²⁰, a teoria da base negocial assemelha-se ‘a *unforessen contingencies*’ do direito americano, mas foi no direito alemão que ela mais prosperou. Nesse sentido, o §313 de BCB estabelece duas hipóteses de aplicação: a) modificação prejudicial das circunstâncias, que constituem a base do negócio depois de sua conclusão e b) **revelação de falsidade de premissas consideradas essenciais e que constituem a base do negócio, já desde a celebração do contrato.**

Uma evolução no direito brasileiro em relação à teoria de Larenz foi a aceitação da teoria de Kegel sobre a “teoria do risco” segundo a qual os riscos inerentes ao negócio devem ser mantidos mesmo que as alterações não fossem previstas. Isso induz duas consequências: não reconhecimento de fato superveniente considerado no risco natural do negócio e a distribuição equânime dos riscos diante de um fato superveniente que vá além da álea normal do contrato.

20 GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. A Onerosidade Excessiva em Contratos de Engineering. Tese de Doutorado em Direito Comercial da USP. 2007. Disponível no endereço eletrônico http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDUQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F2%2F2132%2Ft-de-24052011-143442%2Fpublico%2FTese_FINAL_completa_Onerosidade_e_Engineering_Fabio_C_A_Gil.pdf&ei=7oJ3UvT8HcW_sQTk8oCgBg&usg=AFQjCNG70R5PF1e5nXeBZev8bpnQcXd_Zw&sig2=ByOiRDOE3-xdR0bwiMgUJw&bvm=bv.55819444.d.cWc. Acesso em 12 de agosto de 2013.

Em resumo, há uma tendência de objetivação da revisão contratual calcada na teoria da quebra da base negocial.

Assim, uma ruptura com a teoria da imprevisão e uma transição para a teoria da base negocial, considerando a assunção da falsidade das premissas informacionais estabelecidos quando da celebração do contrato, parece ser um caminho mais adequado para enfrentarmos os desafios dos Reequilíbrios Econômico Financeiro dos contratos celebrados no âmbito do RDC.

Dessa forma, há uma ruptura com a base volitiva do contrato (teoria da imprevisão) e uma transição para uma teoria calcada na base fática na qual o contrato foi celebrado. Perde, portanto, força a ideia do contrato como vontade das partes e que a simples frustração dessa vontade original poderia promover a recomposição contratual. Hodiernamente, deve-se olhar para as circunstâncias reais sobre as quais o contrato foi celebrado.

A esse respeito, LÔBO²¹ observa que a teoria da imprevisão – tão em voga nos tribunais brasileiros – tem caráter restritivo porque representa uma restrição à adoção da cláusula *rec sic stantibus* ou mesmo ao voluntarismo ou liberalismo jurídico. Essas restrições, ainda segundo o autor, mostram-se em dois pontos: Excepcionalidade e imprevisibilidade.

LÔBO diz acertadamente que na teoria da imprevisão, tal como a aplicamos no Brasil, o evento causador do desequilíbrio não poderia ser previsto quando da celebração da avença. O foco na imprevisibilidade afasta situações consideradas comuns para contratos de duração continuada. Imprevisibilidade sempre haverá, por conta da incompletude implícita do contrato e a impossibilidade de antever todas as suas contingências. **A teoria da imprevisão, portanto, traz em seu ínsito a idéia de completude contratual – tão ‘a moda dos arranjos contratuais tradicionais – mas descola-se da realidade ao confundir um natural estado de artes do contrato (incompletude) com uma situação excepcional.**

21 LÔBO, Paulo. Direito Civil: Contratos. São Paulo, Editora Saraiva, 2012, pág. 206.

6.2 Incompletude contratual e Reequilíbrio Econômico Financeiro (discernindo entre bons contratos e as más instituições)

Contratos de infraestrutura, como é o caso desses celebrados no âmbito do RDC, são contratos complexos, no sentido que apresentam além de valores vultosos, elevada complexidade técnica. Nesse aspecto, ARAÚJO²² e BROSSEAU podem dar importantes contributos ao debate. Nesses tipos de contrato, a incompletude é intrínseca pelo fato dos contratantes não possuírem condições de prever todas as contingências que afetarão a avença em décadas. Ademais, há consideráveis custos de transação para uma pretensa completude.

Dessa forma, para os juristas, a incerteza tem (ou deveria ter) por nome imprevisão.

Considerando contratos incompletos, há de se impor ao judiciário o ônus de definir o melhor acordo entre as partes quando essas mesmas partes foram incapazes de fazê-lo *ex ante*.

Um efeito possível da regra contida no § 4o do artigo 9. do RDC, que restringe a aplicação do REF, será forçar a uma revelação de informação *ex ante*. Essa revelação pode ser traduzida em preços mais reais, por exemplo.

Um grande problema, como lembra KIRAT²³, remanesce: como traduzir uma categoria econômica em dispositivos jurídicos. O Reequilíbrio Econômico Financeiro nasce dessa incapacidade por conta de postulados errados. A noção de completude e incompletude não são categorias jurídicas e nos cabe encontrar meios de fazer essa tradução, assim:

Assimetrias informacionais *ex ante*: Nesse sentido, a incompletude se exprime como uma relação desequilibrada entre as partes do contrato, do beneficiário de uma informação privada que pode auferir vantagem e renda disso. O direito das obrigações oferece recursos para que as partes reduzam a priori a probabilidade de uma utilização oportunista da informação privada, que é a

22 ARAÚJO, Fernando. *Contratos Incompletos*. Ed. Almedina, Lisboa, 2003.

23 KIRAT, Thierry. L'Allocation Des Risques Dans Les Contrats: De L'Économie Des Contrats « INCOMPLETS » À La Pratique Des Contrats Administratifs. *Revue internationale de droit économique* 2003/1 - t. XVII, 1, p. 11 à 46.

obrigação das partes de agir com BOA FÉ, ou mesmo por regras que forcem a revelação de informação durante a execução contratual.

Um exemplo pode ser útil. Suponha o caso de ruptura contratual quando uma das partes foi vítima de má fé do outro contratante. Alega-se, portanto, que ele não teve condições de conhecer o verdadeiro “tipo” de contratante e, portanto sofrerá uma penalidade pela ruptura contratual. A revelação do tipo se dá por cláusulas contratuais de reparação do dano. Assim, a negociação ex ante é “information forcing” na medida em que força as partes a revelarem informação.

Sendo assim, a Boa Fé pode ser uma tradução desse gap informacional. A questão, no entanto é saber se o comportamento daquele que esconde sua informação é de fato caracterizador de má fé ou as regras impostas pelos certames licitatórios são incapazes de extrair essa informação. Dito de outra forma, se o licitante revelou toda a informação que foi a ele solicitada e restando um quantum informacional não revelada, estaria ele incorrendo em má fé. Ele é *ab initio*, obrigado a revelar toda a informação que tem?

Acho que não. A revelação não mandatária da informação detida pela licitante parte da sua estratégia de ganhar a avença e são exemplos disso, informações sobre sua governança interna e todos os seus custos de produção.

Claro que o falseamento da verdade, como se da no conhecido “jogo de planilha” poderá ser definido como uma ruptura com os parâmetros de boa fé. Para nossos fins, calar é diferente de mentir.

Em síntese, a simples aplicação do principio da boa fé é inadequado para resolver problemas de Reequilíbrio Econômico Financeiro quando há elevadas assimetrias informacionais.

Conhecimento imperfeito dos estados do mundo futuro também é uma expressão da incompletude. Isso é óbvio e já foi discutido em outros pontos desse texto. Não dá para saber tudo sobre o futuro e suas repercussões nos contratos. A presunção de completude, pressuposto ínsito nas decisões dos nossos tribunais, impõe infundada pressão no instituto do REF com efeitos maléficos para a adequada execução contratual.

A incompletude pode ser um produto tanto de elementos exteriores e objetivos como elementos interiores e subjetivos, ou seja, a imprevisibilidade das contingências do ambiente e o conhecimento imperfeito do comportamento dos contratantes durante a execução contratual. O direito não é alheio a essas manifestações que aplica os standards de boa fé e técnicas de revisão das obrigações, muito embora, a técnica e os pressupostos teóricos da Boa Fé sejam insuficientes para captarem toda a problemática da questão.

Uma importante mudança de paradigma é que a informação deve ser tratada pelo direito como um atributo do contrato, exatamente por afetar a tomada de decisões das partes e a legitimidade do consentimento. O direito de *common law* considera a incompletude como algo intrínseco ao contrato ao passo que o *civil law* seria hostil ao tema.

Um ponto a considerar é que a noção de completude tem como pressuposto básico a idéia do elemento preço como detentor de informação e isso não condiz com a realidade porque o preço é um insuficiente proxy para a informação. A ruptura dessa noção walsariana de preço é passo fundamental para transcendermos o “fetiche no menor preço” que assola o nosso sistema de licitações.

Se, como acredita KIRAT, a teoria da imprevisão não pode ser considerada como expressão jurídica da incerteza, a questão que deve ser posta é como traduzir juridicamente e empiricamente o problema da incerteza do futuro?

Do ponto de vista econômico, incompletude e incerteza funcionam juntas: a incerteza do futuro engendra a incompletude dos contratos, incapazes de prever de forma exaustiva a lista de estados de natureza do porvir. Não há clara tradução jurídica para isso, mas KIRAT faz algumas propostas. Em primeiro momento, observa que um contrato incompleto economicamente pode não sê-lo juridicamente. Ai temos que diferenciar duas classes de eventos: os conhecidos mas de efeitos incertos e os não conhecidos. Isso pode ser traduzido para risco e incerteza.

O problema é que como essa partilha dos riscos muitas vezes não é clara, a assunção do risco durante a execução contratual incentiva o contratado a repassar esse risco para outrem. Vejamos, por exemplo, a lei de Concessões de Serviço Público (lei 8987/95). Ela aduz no inciso II do art. 2: II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio

de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado” (grifo nosso)

Essa regra é emblemática porque mostra o inadequado entendimento dos riscos e sua partilha no contrato administrativo. Embora a lei diga que todo o risco caberá ao concessionário, este terá incentivo para repassar esse risco para uma terceira pessoa que, na grande maioria das partes, é o usuário do serviço.

E aí é necessário aprofundarmos o argumento. Qual o impacto da existência de Cláusulas Exorbitantes na estipulação dos riscos assumidos pelo contratante em um contrato administrativo. Parece claro que as Cláusulas Exorbitantes podem ser vistas como um tipo de risco assumido pelo contratado e o seu comportamento será função do tipo de prerrogativa que o Poder Público irá exercer.

Se o particular sabe que a Administração tem a prerrogativa de mudar unilateralmente as cláusulas contratuais, modificando os quantitativos do projeto (§§1º e 2º do art. 65 da lei 8666/93), o particular estará assumindo o risco desse comportamento da Administração. Ocorre que, em regra, as cláusulas exorbitantes não são consideradas na discussão da partilha de riscos, mas o particular as precifica e coloca em suas expectativas.

A existência de Cláusulas exorbitantes representam um custo do sistema que deve ser considerado e o REF, portanto, significa uma realocação de riscos ex post. O Judiciário, nesse caso, funcionaria como uma espécie de resseguro, que vai espalhar os riscos intrínsecos do contrato para todos ao conceder no mais das vezes o REF solicitado, realinhando as expectativas do contrato, porém com elevados custos de transação.

Assim, deve ser concedido a REF caso uma situação extraordinária venha a ocorrer. O que acontece atualmente é que as assimetrias de informação acabam por impossibilitar o Governo de perceber se a proposta vencedora da licitação será, de fato, executada, acabando por pressionar a fase de execução contratual com vista a estabelecer o “preço real”.

Pode-se argumentar que esse REF seria eficiente, na forma que realinharia os preços iniciais. Ademais, segundo Coase, na ausência de custos de transação, somente será importante a alocação final dos direitos de propriedade, não interessando muito a alocação inicial. Esse não é o caso das licitações no

Brasil. Os imensos custos de transação acabam por determinar a alocação final como sub ótima.

A questão do REF do contrato necessariamente estará ligada à repartição de riscos estabelecida ex ante quando da divulgação da minuta do contrato juntamente como a licitação. Ocorre que muitas vezes o contrato inicialmente celebrado imputa uma determinada quantidade de risco para o contratado que o aceita com vista a assinar o contrato, porém já vislumbrando possibilidade, logo quando iniciada a fase de execução contratual, de realinhar as bases contratuais quer administrativa ou judicialmente pelo REF. Tão mais suscetível à assunção do risco será o contratante, tanto menor for a expectativa de realização dos riscos e / ou maior a probabilidade de denúncia do contrato alegando REF.

Uma forma de estabelecer adequadamente esses riscos é consignar no contrato administrativo uma Matriz de Risco que irá classificar a assunção de diversos riscos entre as partes. A esse propósito, RIBEIRO²⁴ lembra que os elementos centrais dos contratos de Concessão comum e PPP são os indicadores de desempenho; o sistema de pagamento; o conjunto de penalidades; a matriz de risco e o reequilíbrio econômico financeiro. Observa que a matriz de risco soma-se aos indicadores de serviço e ao sistema de pagamento para estabelecer a “equação econômico financeira” do contrato e diz que a função do sistema de equilíbrio econômico financeiro é o cumprimento permanente da matriz de risco.

Nesse ponto, acho mais adequado entender o REF como uma alocação de risco ex post do que um mero garantidor da situação ex ante. Até porque a concessão de REF irá modificar as expectativas do contratante, mudando seu cálculo de probabilidade em relação a possíveis mudanças posteriores no contrato.

Um ponto fundamental deve ser esclarecido. Não se pode confundir realocação de risco com reequilíbrio econômico financeiro. Esta última deve ser vista como caráter excepcional e extravagante aos riscos alocados no contrato. RIBEIRO diz de forma enfática que “a representação da equação econômico financeira, usada na doutrina jurídica tradicional, enquanto uma igualdade de receita/benefícios e custos/ônus simplesmente não faz sentido quando percebemos que os contratos são instrumentos de distribuição de risco”.

24 RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo, Ed. Atlas, 2011.

Dessa forma, podemos dizer que o custo real do projeto para o contratado é função da intensidade do efeito provocado pela seleção adversa (assimetria de informação), do seu incentivo para reduzir custos e da quantidade (e qualidade) dos riscos assumidos. O custo inicial do projeto também será função da expectativa do contratante (probabilidade) de conseguir um rápido e vantajoso REF.

A REF somente poderia ser considerado para além das contingências estabelecidas na matriz de risco. Esse reequilíbrio deveria ser visto como condição excepcional e não apenas como uma contingência da execução contratual e da intrínseca incompletude dos contratos.

7. CONCLUSÃO

As restrições impostas pelo RDC em possibilitar o Reequilíbrio Econômico Financeiro são inócuos. Em primeiro lugar, utilizar o referencial teórico da teoria da imprevisão para fins de REF é equivocado. Quando há grandes assimetrias informacionais, o uso da teoria da imprevisão – e o seu substrato volitivo – apenas faz aumentar o risco de seleção adversa.

O correto seria transitar para teorias de cunho mais subjetivistas, como a teoria da base do negócio, que seria mais adequada para captar as premissas consideradas essenciais e que constituem a essência do negócio, já desde a celebração do contrato.

o pressuposto utilizado para fundamentar a teoria da imprevisão é imperfeito porque a vontade das partes é viesada pela assimetria de informação

Dessa forma, toda vez que uma parte tiver vantagem informacional em relação à outra parte e utilizá-la como vantagem para auferir renda quando da assinatura de um contrato administrativo, estaríamos diante de uma situação de seleção adversa. Quando isso acontece, não há de se falar em Teoria da imprevisão.

A teoria da imprevisão deve ser utilizada quando há uma subversão da vontade original das partes. No caso da seleção adversa não há subversão alguma porque uma parte usou inadvertidamente sua vantagem informacional para auferir renda do outro contratante. Ancorar a Teoria da Imprevisão na frustração das expectativas estabelecidas pelos preços contratados é coadunar com a vi-

são clássica e defasada da teoria dos preços. Logo, considerar o fator preço de forma monolítica e concentrar sobre ele a base volitiva que servirá de parâmetro para a aplicação da teoria da imprevisão é um pressuposto falho e impreciso.

Ancorar os pedidos de Reequilíbrio Econômico Financeiro com base na equivocada teoria da imprevisão, aumentará os riscos da Seleção Adversa, bem como os incentivos para a malversação da informação privada.

Embora o texto legal restrinja a aplicação da teoria da imprevisão, a utilização dessa teoria graceja no âmbito judicial, sendo objeto de vários arrestos que tentam recompor o que simplesmente nunca existiu, ou seja, um equilíbrio fictício quando da celebração do negócio que foi enuviando pela assimetria de informação existente entre as partes.

Assim, uma ruptura com a teoria da imprevisão e uma transição para a teoria da base negocial, considerando a assunção da falsidade das premissas informacionais estabelecidos quando da celebração do contrato, parece ser um caminho mais adequado para enfrentarmos os desafios dos Reequilíbrios Econômico Financeiro dos contratos celebrados no âmbito do RDC.

A teoria da imprevisão, portanto, traz em seu ínsito a idéia de completude contratual – tão ‘a moda dos arranjos contratuais tradicionais – mas descola-se da realidade ao confundir um natural estado de artes do contrato (incompletude) com uma situação excepcional.

Uma importante mudança de paradigma é que a informação deve ser tratada pelo direito como um atributo do contrato, exatamente por afetar a tomada de decisões das partes e a legitimidade do consentimento.

A existência de Cláusulas exorbitantes representam um custo do sistema que deve ser considerado e o REF, portanto, significa uma realocação de riscos ex post. O Judiciário, nesse caso, funcionaria como uma espécie de resseguro, que vai espraiar os riscos intrínsecos do contrato para todos ao conceder no mais das vezes o REF solicitado, realinhando as expectativas do contrato, porém com elevados custos de transação.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

ADMATI, A.R e PFEIDERER, P. Viable Allocation of Information in Financial Markets. *Journal of Economic Theory*, 43, pp 76-115.

CORDEIRO, EROS BELIN DE MOURA. A Revisão Dos Contratos Na Nova Sistemática Codificada Brasileira e a Constituição Do Brasil. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. 2005. <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/1751/A+revisao+dos+contratos+na+sistematica+codificada+brasileira.pdf?sequence=1>. Acesso em 01 de nov. 2013.

GIBBS, Tony. *An Assessment of Turn-key Contracts for the Realisation of Capital Works Projects Principally for Public Sector Healthcare Facilities prepared by under contract to The Pan American Health Organisation with funding from The United States Agency for International Development*. November 2008. Disponível no endereço eletrônico www.disaster-info.net/.../WindHazards_Turn-key.pdf. Acesso em: 25 de set. 2013.

GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. *A Onerosidade Excessiva em Contratos de Engineering*. Tese de Doutorado em Direito Comercial da USP. 2007. Disponível no endereço eletrônico http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDUQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F2%2F2132%2Ftde-24052011-143442%2Fpublico%2FTese_FINAL_completa_Onerosidade_e_Engineering_Fabio_C_A_Gil.pdf&ei=7oJ3UvT8HcW_sQTk8oCgBg&usq=AFQjCNG70R5PF1e5nXeBZev8bpnQ-cXd_Zw&sig2=ByOiRDOE3-xdR0bwiMgUJw&bvm=bv.55819444.d.cWc. Acesso em 12 de agosto de 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013.

KIRAT, Thierry. L'Allocation Des Risques Dans Les Contrats: De L'Économie Des Contrats « INCOMPLETS » À La Pratique Des Contrats Administratifs. *Revue internationale de droit économique* 2003/1 - t. XVII, 1.

KUPFER, David e HASENCLEVER, Lia. *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. São Paulo, Ed. Campus, 2002.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

MADHAVAN, Ananth. *Market Microstructure: A Survey*. *Journal of Financial Markets*, 3 (2000), 205-258.

MORAES, Renato José de. *Cláusula Rec Sic Stantibus*. São Paulo, Ed. Saraiva. 2002.

O'HARA, Maureen. *Market Microstructure Theory*. Cambridge-MA, Blackwell Publishers, 1996.

OLIVEIRA, Pedro Jorge. *Obras Públicas: Tirando suas dúvidas*. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2010.

PEREIRA DA SILVA, Pedro Miguel Bento. *ECONOMIA DOS MERCADOS FINANCEIROS ANÁLISE DA INFORMAÇÃO PRIVADA*. Mestrado em Economia Monetária e Financeira UNIVERSIDADE TÉCNICA DE LISBOA . INSTITUTO SUPERIOR DE ECONOMIA E GESTÃO. Out 2003. Disponível no endereço eletrônico: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/894/1/Tese%20Definitiva%20F.pdf>. Acesso em 30 de dezembro de 2013.

SILVA, Leonardo Toledo. *Os Contratos EPC e os pleitos de Reequilíbrio Econômico-contratual*. In SILVA, Leonardo Toledo. *Direito e Infraestrutura*. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

TCU, AC – 1510-22;13-P.

O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Ricardo Schneider Rodrigues¹**RESUMO**

Neste artigo é examinado o papel dos Tribunais de Contas no controle de políticas públicas. Para tal fim foram exploradas a definição e a metodologia de análise de políticas públicas, propostas por Maria Paula Dallari Bucci. Em seguida, examinadas as críticas ao controle jurídico e judicial de políticas públicas, a partir da obra de Ana Paula de Barcellos. Ao final buscou-se demonstrar a relação da atuação das Cortes de Contas com as críticas apontadas comumente ao controle pelo Poder Judiciário, e de que forma podem atuar no controle de políticas públicas. A conclusão é de que os Tribunais de Contas têm grande aptidão para o exercício do controle de políticas públicas sendo, em alguns casos, mais recomendável a sua atuação do que a do próprio Poder Judiciário.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Controle. Tribunais de Contas.

ABSTRACT

This article examines the role of the Court of Accounts in control of public policies. For this purpose were explored the definition and methodology of public policies analysis, proposed by Maria Paula Dallari Bucci. Then examined the criticisms of the legal and judicial control of public policies, from the works of Ana Paula de Barcellos. At the end we attempted to demonstrate the relationship of the performance of the Courts of Accounts with the criticisms made commonly to control by the Judiciary, and how they can act to control of public policies. The conclusion is that the Courts of Accounts have great aptitude for the exercise of control of public policies and, in some cases, its performance is more recommended than the Judiciary.

Keywords: Public Policies. Courts of Accounts.

¹ Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas. Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera. Foi Procurador Federal, Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Procurador-Geral do Ministério Público de Contas do Estado de Alagoas (MPC/AL). Atualmente exerce a Titularidade da 1ª Procuradoria de Contas do MPC/AL. E-mail: schneider_rodrigues@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O tema das políticas públicas vem sendo objeto de muitos estudos em virtude de sua importância para a concretização de direitos sociais.² Por meios delas o Estado busca os mecanismos necessários à concretização do direito à saúde, educação, moradia, segurança, trabalho, alimentação, dentre vários outros.³ Na quadra atual, onde se busca compreender os instrumentos jurídicos capazes de tornar direitos estabelecidos no texto constitucional realidade, é crescente a atenção voltada ao tema, especialmente ao seu controle judicial.

Sem embargo, não se pretende observar as políticas públicas apenas a partir do controle realizado pelo Poder Judiciário. É dizer, não se tem como fim o aprofundamento do exame de quanto o juiz pode avançar nesse controle em busca da efetivação de direitos fundamentais. Busca-se analisar as políticas públicas a partir do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas sobre a administração pública, relacionando as críticas normalmente atribuídas à atuação judicial com as especificidades do controle externo.

O papel atribuído às Cortes de Contas nos textos constitucionais cresceu desde a sua previsão original no art. 89 da Constituição da República de 1891. A partir de 1988, o rol de competências e a abrangência do enfoque de sua fiscalização foram potencializados como nunca antes se viu. Exemplo disso é a ampliação do mero controle de legalidade, consagrado desde o nascedouro da República, para somá-lo aos atuais controles de legitimidade e economicidade.⁴ Se antes a atribuição da competência de julgar aos Tribunais de Contas já era tida por juristas como Pontes de Miranda como exercício do poder jurisdicional,⁵ com a utilização de tais conceitos indeterminados parece não haver dúvida de que o julgamento exercido por tais Cortes permite um controle muito mais amplo da administração pública.

Daí o interesse em se relacionar o estudo das políticas públicas ao controle externo exercido pelas Cortes de Contas, de modo a compreender e definir o alcance e o papel desses órgãos na concretização de direitos fundamentais.

2 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

3 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conteúdo jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 03.

4 Art. 70, *caput*, da CR/88.

5 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969*. Tomo III. 2. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 246-259.

2. DEFINIÇÃO E METODOLOGIA DE ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A definição jurídica de políticas públicas não é tema novo, nem foram poucas as tentativas de lhe atribuir um conceito. Em três obras dedicadas ao tema Maria Paula Dallari Bucci enfrentou diversos aspectos relacionados às políticas públicas, inclusive a tentativa – frustrada – de formular um conceito jurídico.⁶

A definição rigorosa do sentido jurídico de políticas públicas encontra dificuldades praticamente intransponíveis. Isto ocorre porque as formas pelas quais o poder público busca atuar na concretização do interesse público – por ele imaginado – são as mais variadas possíveis, não ocorrendo, conforme ressalta Bucci, um padrão jurídico uniforme e claramente apreensivo pelo ordenamento jurídico. Além do mais, pode-se compreender políticas públicas tanto como o processo de escolha do objeto da atuação estatal e dos meios que serão utilizados para alcançar esse fim, ou como o produto acabado desse processo, o programa de ação.⁷

Por diversas vezes, a compreensão de que determinados arranjos constituem uma política pública depende de uma visão ampla da realidade, não circunscrita ao aspecto jurídico. Em verdade, nem todos os elementos que nos fazem conferir a um conjunto de atos e normas o sentido de políticas públicas ingressam no mundo jurídico, sendo tema marcado pela interdisciplinariedade.

Isto não significa, por certo, a exclusão do modelo da legalidade, mas apenas o reconhecimento de que há conceitos que fogem dos limites jurídicos impostos pelo direito positivo. Deve-se ressaltar, portanto, a reafirmação da submissão da autoridade à lei e, em especial, à Constituição, bem como ao controle, seja judicial, seja externo.

O problema de se definir rigidamente políticas públicas é deixar de fora da análise/controlar aspectos que podem ocorrer previamente à definição do programa, ou seja, durante a fase de formação, outros que poderão surgir durante a execução do programa, além daqueles posteriores ao programa, o seu resultado

6 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002; _____. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conteúdo jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006; e _____. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

7 BUCCI, 2002, *passim*.

final ou esperado. Por outro lado, ampliar demasiadamente essa definição poderia ensejar também a perda de sua utilidade.

Não obstante, é possível compreender políticas públicas como uma atividade no sentido de normas e atos direcionados a determinado fim. O que confere unidade a esse conjunto é a finalidade que se pretende alcançar e que nem sempre estará expressamente demonstrada em instrumentos jurídicos.

Como exemplo disso, temos o caso citado por Bucci da concessão do serviço público de transporte coletivo.⁸ Uma licitação direcionada mais ou menos à modicidade das tarifas ou à taxa de retorno das concessionárias ou à arrecadação de recursos por meio do valor da outorga, consubstancia uma escolha política nem sempre revelada expressamente nos instrumentos de formalização jurídica da política, ou seja, na “modelagem jurídica” eleita.⁹

A definição da política pública deve sempre estar de acordo com a lei e com a Constituição, mas nem sempre estará expressa no direito positivo. O intérprete se valerá do contexto e de outros elementos não relacionados ao direito para dar unidade e compreender que se está diante de uma política pública – chamados, por Bucci, de “impressão digital governamental” –, permitindo assim um melhor controle da administração.

Dessarte, retomando o exemplo das concessões de transporte coletivo, é possível imaginar um controle que considere as opções feitas pelo gestor, dentre as admitidas por lei¹⁰ (menor valor da tarifa, maior oferta pela outorga etc.) e a eficiência do serviço prestado, indo além da legalidade para avaliar outros aspectos como a legitimidade e a economicidade (art. 70, *caput*, da CR/88), avaliando a política pública como um todo.

Assim, nos termos indicados por Bucci, a ênfase deve ser dada não apenas ao direito subjetivo ou ao acesso ao direito à educação, saúde etc., mas ao controle da forma de organização das estruturas jurídicas estatais por meio das quais esses direitos se tornam realidade. Nesse aspecto, veremos posteriormente, os Tribunais de Contas possuem instrumentos específicos de avaliação e controle sem paralelo no judiciário, como as auditorias operacionais.

8 BUCCI, 2006, p. 21.

9 BUCCI, 2006, p. 43.

10 V. art. 15 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Por outra via, a construção do objeto de estudo por meio da metodologia jurídica sugerida por Bucci tem sua utilidade prática, na medida em que fornece ao operador do direito alguns elementos importantes para o estudo das políticas públicas à luz do direito, permitindo recortar de cada uma o que será objeto de estudo a partir, por exemplo, do atendimento aos requisitos de ação racional, estratégica e em escala ampla.¹¹

Ademais merece destaque que a abordagem de Bucci, diferente da de Barcellos, que veremos a seguir, não se restringe às políticas sociais, mas a todas políticas públicas indistintamente, com as de infraestrutura. A proposta da sistematização de estudos de casos também se apresenta como de grande utilidade para o aprofundamento do estudo do tema.

Mais relevante do que definir rigorosamente o significado jurídico de políticas públicas é estabelecer qual o controle possível sobre políticas públicas nesse sentido amplo (não estritamente jurídico). Como será detalhado a seguir, alguns controles possíveis não são tão adequados ao exercício pelo Poder Judiciário quanto seriam pelos Tribunais de Contas. Para tal fim, é de grande valia o trabalho desenvolvido por Ana Paula de Barcellos a respeito do tema.

3. CRÍTICAS AO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Em seu estudo sobre políticas públicas,¹² Ana Paula de Barcellos examinou as críticas ao controle jurídico e a viabilidade de alguns mecanismos que em vez de esvaziarem ou substituírem o controle político-social fossem capazes de fomentá-lo. A partir da análise da autora será possível constatar que algumas das críticas propostas ao controle jurisdicional de políticas públicas podem ser superadas quando o controle for exercido pelas Cortes de Contas.

Ressalva importante a ser feita é relativa ao enfoque do trabalho estar voltado à concretização de direitos fundamentais. Bucci destaca a importância de não se confundir um com o outro, existindo políticas públicas para finalidades diversas, como as voltadas à infraestrutura. Já o estudo de Barcellos é direcionado à conso-

11 BUCCI, 2008, *passim*.

12 BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111-147.

lidação de direitos fundamentais, destacando que o controle das políticas públicas voltadas à referida finalidade é decorrência lógica de três axiomas teóricos consolidados no constitucionalismo contemporâneo, quais sejam: a normatividade das disposições constitucionais, sejam elas regras ou princípios, qualificadas como normas jurídicas, dotadas de pretensão de produção de efeitos e superioridade hierárquica; a centralidade dos direitos fundamentais, que teriam um *status* diferenciado no âmbito do sistema constitucional, como consequência da centralidade do homem e da sua dignidade; e, como decorrência do Estado de Direito, a submissão dos poderes públicos à Constituição, onde o poder político encontra limites em normas jurídicas, estabelecendo vinculações mínimas aos agentes políticos, especialmente em relação à promoção dos direitos fundamentais.

Considerando que a fruição de determinados direitos fundamentais depende de prestações positivas do Estado, como o acesso à educação formal, a prestações de saúde ou a condições de moradia, que tais ações dependem de decisões a respeito do dispêndio de recursos públicos e que os recursos públicos são limitados, estabelece a premissa de que as políticas públicas são indispensáveis para a garantia e promoção de direitos fundamentais.

Destaca, ainda, que, diante da limitação de recursos, é necessário priorizar e escolher onde os investimentos ocorrerão, indo além de definir em que irá se gastar, mas como gastar. Tais escolhas, segundo Barcellos, não estão reservadas integralmente à deliberação política, mas sofrem influência direta das opções constitucionais sobre os fins a serem perseguidos prioritariamente. A depender das escolhas feitas pelo poder público, os fins constitucionais poderão ser mais ou menos atendidos, de modo mais ou menos eficiente. Dessa relação lógica conclui que a ausência de controle sobre esse processo esvaziaria a normatividade dos comandos constitucionais relacionados aos direitos fundamentais.

O problema, relata Barcellos, é que a Constituição, via de regra, não apresenta especificamente como as políticas públicas devem ser implementadas em cada caso, dependendo de interpretação constitucional de forma ampla, é dizer, realizada pelos agentes públicos em geral e pela sociedade como um todo. Nesse contexto decorrem as críticas sobre o controle jurídico e jurisdicional de políticas públicas que enfrenta em seu trabalho.

As críticas relacionadas ao controle de políticas públicas são sistematizadas por Barcellos em três grupos.

3.1 Crítica da teoria da constituição

O primeiro grupo reúne as críticas da teoria da Constituição,¹³ que sintetiza questionando porque o Direito e o Judiciário poderiam imiscuir-se em tema reservado tipicamente à política majoritária. Reconhecendo que a definição do quanto deve ser gasto, com que finalidade, em que e como são decisões próprias da deliberação democrática e não do magistrado, apresenta três assertivas para justificar o controle.

Inicialmente, para admitir que para haver a participação popular nos procedimentos de deliberação que resultam na definição de políticas públicas seria necessário assegurar que todos os indivíduos são livres e iguais. Defende que o diálogo democrático não prospera se os indivíduos não possuem condições básicas de existência digna. O controle social seria prejudicado em condições de pobreza extrema e sem níveis básicos de educação e informação, prejudicando a autonomia do cidadão. Na ausência de um controle social eficaz, as deliberações democráticas tenderiam a serem marcadas pela corrupção, ineficiência e clientelismo, minando a capacidade de as políticas públicas atingirem sua finalidade. Há gastos de recursos públicos, mas o *status* geral dos direitos fundamentais evolui pouco.

A segunda assertiva defende que o espaço reservado ao direito constitucional e à política decorre das opções políticas inseridas no texto constitucional de cada país, que podem variar. Além disso, tais opções inseridas na Constituição também decorreram de deliberação majoritária, não sendo possível, a pretexto da defesa do espaço democrático, ignorá-las.

Ao final, na última assertiva, destaca a importância de não se criar um falso debate sobre dois extremos: colonização da política pelo direito *versus* ausência de controle jurídico sobre políticas públicas. Defende possibilidades intermediárias de controle.

Conclui que a primeira crítica – da teoria da Constituição – tem limitada aplicação em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento como o Brasil. Em muitos casos, o debate gira em torno da garantia e promoção de direitos elementares, necessários ao funcionamento da democracia. No caso brasileiro, as discussões, na maioria das vezes, se dariam num momento prévio, da construção das condições necessárias à existência de um debate público e democrático,

¹³ BARCELLOS, 2008, p. 118-122.

além de diversos temas terem sido juridicizados na Constituição de 1988. Não obstante, defere papel relevante à crítica para a contenção do “messianismo” jurídico, para que não se alimente a tentação de malversar o direito e dele fazer instrumento para afirmação de concepções políticas pessoais do intérprete.

3.2 Crítica filosófica

A segunda crítica é a filosófica.¹⁴ Questiona se seria correto supor que os juristas e magistrados tomariam melhores decisões em matéria de políticas públicas do que os agentes públicos escolhidos para tal missão. Não reduz a crítica à ausência de legitimidade democrática, mas de legitimidade *essencial*, no sentido de serem mais sábios, éticos ou comprometidos com o interesse público, violando o fundamento básico republicano de que a opinião de todos tem o mesmo valor.

Defende que o controle jurisdicional pode ter três fundamentos distintos e legítimos. O primeiro é a norma jurídica, fruto da deliberação democrática. No entanto, quando não for suficiente, nos casos mais complexos, embora na seara das deliberações majoritárias, o controle pode ocorrer se for possível formular um juízo consistente de certo/errado contra decisões dos poderes públicos, com fundamentos morais ou técnico-científicos. Não existindo nenhum desses três fundamentos – jurídico, moral ou técnico-científico – incide a crítica filosófica. Caso não haja fundamento legítimo a embasar a sua opinião, sem fundamento normativo claro ou a um imperativo moral ou técnico, será apenas uma opinião sem valor intrínseco especial. Entre opiniões que se equivalem, terá mais valor aquela apoiada pela maioria, ainda que indiretamente.

3.3 Crítica operacional

A terceira crítica apresentada por Barcellos é de ordem operacional.¹⁵ Consiste no fato de que, mesmo se superadas as críticas anteriores, nem os juristas nem os magistrados teriam condições ou disporiam de elementos para avaliar, especialmente em demandas individuais, a realidade de uma ação do Estado inteiramente. A preocupação com a solução de casos concretos (micro-justiça) teria como consequência ignorar outras necessidades também relevantes e a imposi-

14 BARCELLOS, 2008, p. 122-127.

15 BARCELLOS, 2008, p. 127-128.

ção inexorável de se ter que gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas (macro-justiça). É dizer, mesmo que fosse legítimo o controle, essa crítica indica que o jurista não possuiria instrumental técnico nem informações necessárias para a análise, sem as quais corre o risco de provocar grandes distorções nos sistema de políticas públicas, considerado por inteiro.

Outro problema indicado é o público atendido pelas demandas judiciais. Nem sempre seria composto pelos indivíduos das classes menos favorecidas, que, via de regra, não vão aos Tribunais. Haveria, portanto, um deslocamento dos recursos destinados a políticas públicas gerais, que beneficiariam os mais necessitados, para demandas específicas dos que, em princípio, detém informação e capacidade de organização.

Barcellos reconhece que o juiz nem teria informações completas sobre as inúmeras necessidades que devem ser atendidas pelos recursos públicos ou sobre os reflexos que determinada decisão pode ensejar, nem tempo e meios suficientes para uma investigação completa, até porque não lhe caberia realizar um planejamento global da atuação do poder público.

Essa crítica, ao ver da autora, não pode ser respondida de modo simplista nem ignorada, repercutindo no controle jurídico e jurisdicional de políticas públicas, de acordo com o objeto a ser controlado e com a modalidade de controle a implantar.

3.4 Críticas específicas aos Tribunais de Contas

Nesse contexto, a autora tece algumas críticas aos Tribunais de Contas. Entende que não seriam instancias judiciais e suas decisões não seriam finais, podendo **sempre** serem revistas pelo Judiciário. Além disso, embora fossem previstos outros parâmetros de controle – legitimidade e economicidade – entende que o controle desempenhado pelas Cortes de Contas estaria concentrado na verificação da legalidade estrita. Outro problema seria a sua estrutura, não o corpo técnico, mas o corpo deliberativo, cujos conselheiros, oriundos de indicações políticas, teriam sua ação condicionada à relação com o governo. Ademais, as suas investigações seriam particularmente demoradas, impedindo o uso das informações pelo controle social. Ao final, contudo, defende que existindo investigação específica e tempestiva em curso na Corte de Contas, o controle judicial deveria aguardar a sua conclusão.

4. O TRIBUNAL DE CONTAS E O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O foco da fiscalização a cargo dos Tribunais de Contas é amplo, abrangendo os aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial, não apenas no aspecto da legalidade estrita, mas também da legitimidade e da economicidade (art. 70, *caput*, da CR/88). Seus membros, ao menos no plano do dever-ser, detêm notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública (art. 73, § 1º, da CR/88). Dentre várias atribuições, julgam as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, inc. II, da CR/88).

Esse controle, em princípio, é o que mais se encontra preparado para compreender em toda a sua complexidade o fenômeno multifacetado das políticas públicas. Os Tribunais de Contas já partem de um olhar mais amplo, contextualizado, da administração pública, enquanto ao Poder Judiciário, tradicionalmente, se reserva o enfoque a partir da pretensão deduzida em juízo, na maioria das vezes de cunho individual e com argumentos cerrados na existência (ou não) do direito subjetivo.

As Cortes de Contas tem a vocação para o controle de políticas públicas muito mais acentuada do que o Poder Judiciário e a análise que fazem, em certos aspectos, trazem muitas vantagens, como a celeridade do procedimento, a inversão do ônus da prova em relação ao gestor público (art. 70, parágrafo único, da CR/88; art. 113 da Lei n. 8.666/93; e 93 do Decreto-lei n. 200/67); a capacidade de criar título executivo a partir de seus julgados de que resultem imputação do débito e multa (art. 72, § 3º, da CR/88); a imposição de sanções graves como a multa proporcional ao dano causado ao erário (art. 71, inc. VIII, da CR/88), declaração de inidoneidade do licitante fraudador de licitação por até cinco anos (art. 46 da Lei n. 8.443/92), a inabilitação de cinco a oito anos para ocupar cargo em comissão ou função pública (art. 60 da Lei n. 8.443/92); além dos efeitos decorrentes do julgamento pela irregularidade de contas, sujeitos ao reconhecimento da inelegibilidade do gestor por até oito anos (art. 1º, inc. I, alínea “g”, da LC n. 64/90 com redação pela Lei n. 135/10).

As críticas apresentadas por Barcellos, direcionadas especialmente ao controle judicial, não encontram maior penetração quando o controle é exercido pelas Cortes de Contas. Ao contrário, algumas críticas são melhor enfrentadas à luz do controle externo dos Tribunais de Contas.

4.1 As Críticas ao Controle de Políticas Públicas e os Tribunais de Contas

A crítica da teoria da Constituição não prospera em relação às Cortes de Contas pelas mesmas razões já indicadas pela autora quanto ao Judiciário. O estágio atual de desenvolvimento do Brasil, que comprometeria a participação popular nos procedimentos de deliberação de políticas públicas, também atrai a atuação dos Tribunais de Contas na fiscalização dos gastos públicos, e não apenas no âmbito da legalidade, mas da legitimidade e da economicidade, conferindo contornos mais profundos em seu campo de fiscalização. Esse controle é essencial ao fortalecimento do diálogo democrático, pois combate diretamente a corrupção e a ineficiência, contribui para que as políticas públicas atinjam sua finalidade e fomenta o controle social pela divulgação de relevantes informações sobre a administração pública.

Além disso, foi opção expressa do legislador – é dizer, decorreu de deliberação democrática majoritária – conferir às Cortes de Contas papel de destaque no sistema de controle estabelecido na Constituição de 1988, atribuindo-lhes, na tradição instituída desde 1934, a competência para julgamento de contas, além de inovar para ampliar sua fiscalização para além da legalidade, abarcando a legitimidade e a economicidade das despesas públicas.

Ainda no âmbito da crítica da teoria da Constituição, é importante alertar que, por ser papel intrínseco às Cortes de Contas a fiscalização da administração pública, diferentemente do Judiciário, cuja essência é a resolução da lide, a solução de conflitos individuais, o reconhecimento desse papel fundamental aos Tribunais de Contas contribui para a um controle intermediário, defendido por Barcellos, sem cair nos extremos da colonização da política pelo direito ou da ausência de controle jurídico sobre políticas públicas.

Passando à crítica filosófica, Barcellos destaca com acerto a existência de padrões e consensos morais ou técnicos consolidados a permitirem o controle. Nesse contexto, os Tribunais de Contas, órgãos técnicos por excelência, cuja *expertise* recai justamente sobre o controle da administração pública, dispõe de instrumentos e profissionais, via de regra, capacitados para demonstrar a existência ou não de um consenso técnico e indicar se determinada política pública escolhida era tecnicamente inviável para atingir determinada finalidade ou manifestamente ineficiente. É dizer, ultrapassado o fundamento relacionado à norma jurídica ou ao atendimento da legalidade, é possível ainda avançar no controle

para verificar a existência de um juízo consistente de certo/errado contra decisões do poder público, com fundamento técnico-científico.

O Tribunal de Contas da União (TCU), por ocasião da realização de sua primeira auditoria operacional, em 1989, já destacava, à luz do novo regime constitucional, a necessidade do exame da economicidade, o qual “implica na comparação entre dispêndios efetivados e resultados colhidos”.¹⁶

Em obra dedicada ao exame da jurisprudência do TCU no trato da economicidade, Paulo Bugarin apresenta diversos exemplos da importância prática desse exame. Cita o caso do programa de erradicação do *Aedes Aegypty* (PEAa) – “dengue”. Na ocasião, decidiu-se pela necessidade de elaboração de um indicador de economicidade, recomendando aos órgãos competentes a implantação e a elaboração de uma metodologia de supervisão e avaliação do plano, em relação aos aspectos de eficiência, eficácia, economicidade e efetividade, concomitante às operações de campo, gerando relatórios semestrais de avaliação e, no mínimo, com estes indicadores de desempenho: (i) índice predial para *Aedes Aegypty* por área: imóveis positivos para o *Aedes Aegypty* em relação aos pesquisados; (ii) total de recursos repassados por imóvel pesquisado; e (iii) número de imóveis pesquisados em relação ao planejamento inicial.¹⁷

Nesse contexto, ganha relevo também o estudo de Gustavo Massa Ferreira Lima, sobre o princípio constitucional da economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas. Em sua obra destaca a mudança de paradigma ocorrida após 1988. As auditorias tradicionais, também denominadas de conformidade ou de legalidade, centradas no cumprimento das normas e destaque para desvios e danos causados ao erário, bem como a responsabilização do ordenador de despesas, vem abrindo espaço para outra modalidade, focada nos resultados.

As auditorias de natureza operacional (ANOP), previstas no texto constitucional (art. 71, inc. IV, da CR/88), não têm como foco apenas a legalidade, mas analisam critérios de economia, eficiência, eficácia, efetividade e equidade, com objetivo de melhorar o desempenho da administração pública e a transparência. O controle exercido na ANOP é o *controle-consensual*, diferente do *controle-sanção* das auditorias tradicionais, tendo o gestor papel de colaborador essencial

16 BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 129-130,

17 BUGARIN, 2011, p. 162-163.

ao sucesso da auditoria. Sua finalidade não é a sanção, mas orientar, atuar de forma pedagógica, em colaboração, deixando a sanção para um segundo plano. São mais longas do que as tradicionais e ao final geram uma espécie de termo de compromisso, pelo qual as entidades fiscalizadora e fiscalizada ajustam um cronograma definindo os responsáveis, as ações e os prazos para implementar as recomendações. Sem embargo, os controles tradicionais permanecem sendo necessários ao combate à corrupção, mas também há espaço para outro tipo de controle, com outro enfoque.¹⁸

Segundo o Manual de Auditoria Operacional do TCU, auditoria operacional “é o exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública”.¹⁹ Diferentemente das auditorias de regularidade, nas auditorias operacionais “o relatório trata da economicidade e da eficiência na aquisição e aplicação dos recursos, assim como da eficácia e da efetividade dos resultados alcançados”.²⁰

Retomando às críticas, passemos agora à de ordem operacional. Para Barcellos essa crítica não pode ser respondida de modo simplista e a autora faz a sua análise de acordo com o objeto a ser controlado e com a modalidade de controle. Antes de passar a essa análise, é possível afirmar, de plano, que os Tribunais de Contas possuem, em relação ao Judiciário, maiores condições de analisar a chamada macro-justiça, posto que sua atuação, via de regra, já se pauta pelo controle global da administração e não apenas de demandas individuais ou de grupos específicos. As Cortes de Contas detêm as informações relativas ao orçamento e à execução financeira bem como às prestações de contas dos gestores públicos.

Outrossim, como vimos, possuem instrumentos sem paralelo no Judiciário como o das auditorias operacionais, que permitem controlar políticas públicas sob diversos enfoques e com a amplitude necessária. Dessarte, as eventuais interferências das Cortes de Contas em relação aos atos praticados pela administração tem uma probabilidade maior de evitar as distorções que podem ser

18 LIMA, Gustavo Massa Ferreira. *O princípio constitucional da economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 78-82 e 117-119.

19 BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Manual de Auditoria Operacional*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/fiscalizacao_controle/normas_auditoria/BTCU_ESPECIAL_04_de_19_03_2010_Manual_de_Auditoria_de_Na.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2013, p. 7.

20 BRASIL, 2010, p. 9.

provocadas pelo Judiciário ao atuar em diversas demandas individuais e pulverizadas por diversos juízos, embora ainda sejam essenciais diante da omissão do poder público na concretização de diversos direitos fundamentais.

Por outra via, a crítica relacionada ao público que se beneficia das decisões judiciais não alcança as Cortes de Contas, que não necessitam de provocação para atuar. O controle a cargo delas funciona de modo independente.

Desta forma, se pode afirmar que as Cortes de Contas detêm tanto as informações completas como podem avaliar melhor os reflexos de suas decisões.

4.2 Comparação entre o Controle Judicial e o Controle Externo

O controle da fixação das metas e prioridades na seara do orçamento e da execução orçamentária é muito mais viável pelas Cortes de Contas do que pelo Judiciário, por meio da ADPF ou da ADIn, conforme sugere Barcellos.²¹ Aos Tribunais de Contas incumbem, especificamente, a fiscalização financeira e orçamentária (arts.70 e 71 da CR). Além disso, detêm a competência de assinar prazo para o cumprimento da Lei (art. 71, inc. IX). Dessarte, havendo um dever jurídico, tal como em relação à prestação do ensino fundamental gratuito, é de se admitir que as Corte de Contas possam atuar nesse sentido, estabelecendo prazo para que o gestor público tome as providências ao seu alcance no sentido de inserir no orçamento metas relativas a tais serviços.

Todavia, em relação ao denominado controle pelo resultado final esperado, é difícil imaginar situação em que a Corte de Contas possa deferir diretamente ao interessado o bem da vida ou o serviço público devido, como a concessão de alimentos ou a obrigação de matrícula na rede de ensino pública ou, em sua falta, na privada, à custa do erário.

Ocorre que é preciso definir se esse controle pelo resultado final esperado seria realmente um controle de políticas públicas, no sentido de controle sobre a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”²²

21 BARCELLOS, 2008, p. 144-145.

22 BARCELLOS, 2008, p. 112.

Comumente, quando se trata do controle judicial de políticas públicas, observa-se no mais das vezes a concessão de medicamentos pelo Poder Judiciário, a partir do reconhecimento do direito fundamental à saúde, cujos titulares são todos os cidadãos. Em contrapartida, reconhece-se também o dever de o Estado (sentido amplo) arcar com os custos desse direito. Fixadas essas premissas e comprovada a necessidade, muitas vezes pela simples prescrição médica, defere-se o pedido. Nesses casos, o Poder Judiciário não se detém a respeito do valor de aquisição do medicamento, nem se haveria outras formas de tratar determinada doença mais adequadas ao planejamento da saúde pública. A atuação judicial, embora influencie em políticas públicas, é, em verdade, mero reconhecimento do direito subjetivo público do beneficiário à saúde ou à educação. Não há propriamente um controle sobre a política pública educacional ou de saúde. Apenas busca-se reparar um dano pelo descumprimento, pelo Estado, de um dever jurídico.

Assim, a análise mesmo de políticas públicas é mais ampla do que o mero controle do resultado final esperado.

No tocante ao controle da quantidade de recursos a ser investido, de igual forma, as Cortes de Contas já fiscalizam normalmente nas prestações de contas anuais o atendimento aos limites mínimos de gastos com saúde e ensino. Além disso, a construção de outros parâmetros com relações de prioridade, como a comparação entre gastos com saúde e publicidade está mais facilmente ao alcance dessas Cortes, porque analisam ordinariamente todas as despesas públicas realizadas.

O problema mencionado por Barcellos em relação ao Judiciário, da falta de informação,²³ não alcança os Tribunais de Contas, pois já recebem as informações necessárias por ocasião da apreciação das contas anuais dos gestores públicos.

Em relação às medidas para a inclusão no orçamento seguinte dos valores que deveriam ter sido gastos com direitos fundamentais e não foram, há precedente de controle judicial nesse sentido. O Supremo Tribunal Federal, no RE 190.938, reconheceu tanto a legitimidade ativa do Ministério Público como a adequação da ação civil pública para tal finalidade. No caso, tratava-se do

²³ BARCELLOS, 2008, p. 127.

descumprimento do percentual mínimo de 25% no ensino.²⁴ Não seria de se rejeitar solução semelhante pelas Cortes de Contas, no sentido de determinar ao gestor a aplicação no exercício seguinte dos valores não destinados no exercício devido, sem prejuízo da emissão de parecer prévio desfavorável à aprovação das contas. O desatendimento no exercício seguinte geraria nova causa de parecer contrário à aprovação das contas.

Quanto ao controle das metas fixadas pelo poder público, Barcellos defende apenas o acesso à informação e a divulgação.²⁵ A partir da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527, de 2011) ficou expresso o direito de qualquer cidadão obter o ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores. A Lei de Responsabilidade Fiscal já estabelecia, sem seu art. 56, § 3º, a obrigatoriedade de se dar ampla divulgação dos resultados da apreciação das contas, julgadas ou tomadas (Lei complementar n. 101/2000).

Dessarte, tal divulgação cumpre, em especial, às Cortes de Contas, atuando o Judiciário apenas para compeli-las em caso de omissão. Apenas uma ressalva quanto ao entendimento de Barcellos contrário às ações individuais nesse controle.²⁶ É que a referida Lei de Acesso à Informação assegura tal direito a qualquer interessado, independentemente de justificativa (art. 10, § 3º). Assim, pode-se afirmar que, via de regra, há direito líquido e certo de acesso à informação, cabendo mandado de segurança individual em face da negativa ou omissão do poder público.

No controle da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos, os Tribunais de Contas também apresentam vantagens em relação ao Judiciário. A relação de eficiência mínima entre o valor investido e o resultado específico já é objeto da apuração corriqueira pelas Cortes de Contas, que detém a *expertise* na apuração do valor de mercado dos bens e serviços adquiridos pelo poder público. Até a comparação em relação a outras aquisições realizadas pela administração pública pode ser melhor executada pelos Tribunais de Contas, na medida em que por ele são analisadas as contratações realizadas por diversos órgãos.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso extraordinário n. 190938. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Município de Fortaleza de Minas. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Acórdão, 14 mar. 2006. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 094, 21 maio 2009.

25 BARCELLOS, 2008, p. 133-135.

26 BARCELLOS, 2008, p. 144.

Exemplo da atuação do TCU nesse aspecto é mencionado por Bugarin, quando a Corte examinou gastos com publicidade de determinada empresa pública. Na oportunidade, decidiu-se pela contrariedade ao princípio da economicidade a utilização exclusiva de critérios subjetivos, indefinidos, dissociados de critérios técnicos e estudos quanto ao resultado.²⁷ Noutro caso, a Corte Federal de Contas julgou irregulares as contas do responsável e aplicou multa pelo uso indevido do serviço de fretamento de aeronaves para viagens de curta distância. Embora compreendendo estar no âmbito de discricionariedade a escolha do meio de transporte (aéreo ou rodoviário), seria possível o controle sob a ótica da razoabilidade e da economicidade. No caso, houve a utilização de aeronaves para deslocamentos em percursos de 50km apenas, quando era possível a utilização de veículos oficiais.²⁸

5. CONCLUSÃO

Os Tribunais de Contas oscilam muito em termos de modo de atuação, instrumentos utilizados e qualidade do corpo técnico. Em muitos Estados o modelo federal – obrigatório por força da regra de simetria do art. 75 da CR/88 – não vem sendo adotado, observando-se uma grande diversidade de atuação e até mesmo do exercício de competências.

Um exemplo disso é o Tribunal de Contas do Estado de Alagoas que, apesar de disposição expressa na Constituição de 1988, jamais exerceu a competência relativa ao exame de legalidade e registro dos atos de nomeação de pessoal, tampouco possui, passados mais de 25 anos de Constituição cidadã, um integrante em seu colegiado indicado dentre os membros do *Parquet*. Outras peculiaridades locais também contribuem para a pouca efetividade dessas Cortes, como a ausência de concursos por décadas, a prática do nepotismo, a falta de transparência, a sua utilização política etc.

Não obstante essa realidade seja até certo ponto pública e notória, é preciso analisar o sistema de controle a partir do direito positivo e de suas possibilidades interpretativas, não apenas do que se vem fazendo. Os Tribunais de Contas são uma instituição secular, cujos vícios estão arraigados e existem desde a sua origem.²⁹

27 BUGARIN, 2011, p. 149.

28 BUGARIN, 2011, p. 171-173.

29 Após os esforços relevantes para a instituição do controle sobre as contas públicas no Brasil, pela efetivação do Tribunal de Contas, Serzedello Corrêa optou por demitir-

Isso, contudo, não pode condicionar a análise do controle de políticas públicas. Em verdade, todo o estudo desenvolvido nos últimos anos no Brasil, no sentido de buscar a concretização de direitos fundamentais, em especial pelo controle judicial de políticas públicas, revela uma insatisfação com a realidade posta e uma tentativa de encontrar soluções para contorná-las. Disso veio a superação do paradigma da insindicabilidade das políticas públicas ao argumento da intangibilidade da discricionariedade ou do mérito da administração.

O mesmo se deve fazer e com mais razão em relação aos Tribunais de Contas. Se, como aponta Barcellos, os problemas dessas Cortes seriam o caráter não definitivo de suas decisões, a concentração no controle de legalidade estrita das contas, as vicissitudes decorrentes de sua própria estrutura, cujos conselheiros tem indicação marcadamente política e decisões particularmente demoradas, cumpre à ciência estudar e propor alternativas a esses entraves.

Essas características do controle externo seriam realmente dogmas intransponíveis ou uma leitura particular? Será que a revisibilidade das decisões das Cortes de Contas é tão ampla assim, como sugere Barcellos? Como a própria autora afirma, não faria sentido duas instituições – Tribunais de Contas e Poder Judiciário – decidirem a mesma questão. Isso já era aduzido e criticado por Pontes de Miranda há mais de trinta anos que, à luz dos textos constitucionais anteriores, bem menos dádivosos com as Cortes de Contas, defendia o caráter jurisdicional de suas decisões. Não admitia interpretar que o Tribunal de Contas julgasse e outro juiz rejuilgasse posteriormente. Seria, a seu ver, “absurdo *bis in idem*”, “ou o Tribunal de Contas julgava, ou não julgava”.³⁰ Até mesmo no STF a revisibilidade nunca foi admitida em caráter amplo e irrestrito.³¹

se diante de uma intervenção feita pelo Presidente Floriano Peixoto, que determinou a elaboração de decretos retirando da Corte de Contas a competência para impugnar despesas consideradas ilegais. Essa retaliação teria sido fruto da atuação do Tribunal que julgou ilegal a nomeação de um parente do ex-Presidente Deodoro da Fonseca feita pelo então Presidente e seu conterrâneo. Floriano Peixoto teria determinado ao Ministro da Aviação, Limpo de Abreu, a nomeação de Pedro Paulino da Fonseca, irmão de Deodoro da Fonseca, para receber um conto de réis por mês, ato reputado ilegal pelo TCU, que lhe negou o registro, pela ausência de dotação orçamentária. (SANTOS, Luis Wagner Mazzaro Almeida. As sementes do controle externo nas bases do pensamento do “águia de Haia”. In: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Rui Barbosa: uma visão do controle do dinheiro público*. Brasília: Instituto Serdezello Corrêa, 2000, p. 165-166).

30 MIRANDA, 1973, p. 252.

31 BUGARIN, 2011, p. 74-82.

Ademais, a alegação do controle centrado na legalidade estrita não seria mais um apego à tradição anterior à 1988 do que uma restrição imposta pelo direito positivo? A Constituição deu ampla margem de atuação aos Tribunais de Contas. Tanto que diversos deles vem ampliando e exercendo com altivez suas atribuições, como demonstrado nos exemplos antes citados. Cumpre à ciência aprofundar esse exame e indicar os caminhos para que essa atuação cada vez mais se aproxime daquilo que fora disposto no texto constitucional.

Em relação à estrutura das Cortes de Contas, a indicação política seria uma decorrência do direito positivo ou do descumprimento da Constituição? Se formos observar adequadamente, os critérios para indicação de Ministros do Tribunal de Contas da União e de Conselheiros dos Tribunais de Contas do Estado são muito mais rígidos do os previstos para os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Contudo, a crítica que recai sobre as Cortes de Contas – em especial as Estaduais – é insuperavelmente maior do que as relativas ao Supremo. Não seria o caso de estudarmos de que forma se poderia controlar a formação do próprio órgão deliberativo desses Tribunais? É dizer, a ciência jurídica não deveria se ocupar de encontrar respostas inovadoras, com a mesma dedicação observada em relação às políticas públicas, para o papel do controle judicial sobre a indicação dos membros das Cortes de Contas? É preciso recordar que o STF já chegou a tanto, decidindo em 1994 que a nomeação de membros dos Tribunais de Contas não seria ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios. Além disso, destacou a necessidade de existir um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a ser desempenhado. Destacou-se caber a qualquer do povo sujeitar a inobservância dos requisitos que vinculam a nomeação à correção judicial.³² Infelizmente, houve retrocesso posteriormente, reputando o requisito do notório saber como pressuposto subjetivo e apreciável pelo Governador sob a forma de juízo discricionário.³³ Esses julgados demonstram exigir margem para o aprofundamento do estudo.

Quanto à demora das decisões das Cortes de Contas, seria isso inerente a elas ou um desvirtuamento? Não incorreria o Judiciário no mesmo problema? Em verdade, o ordenamento jurídico estabelece prazos exíguos para a apreciação das prestações de contas pelos Tribunais. Esses prazos variam de

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso extraordinário n. 167137. Recorrente: Hagahus Araujo e Silva. Recorridos: Estado do Tocantins e outros. Relator: Min. Paulo Brossard. Acórdão, 18 out. 1994. Diário da Justiça, 25 nov. 1994.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Originária n. 476. Autores: Ministério Público Estadual e outro. Réus: Estado de Roraima e outros. Acórdão, 16 out. 1997. **Diário da Justiça**, 5 nov. 1999.

60 a 180 dias no máximo (art. 57, *caput* e § 1º, da LRF). Não se imagina que nenhuma ação ordinária chegue a uma sentença de mérito tão rapidamente, salvo raras exceções. Em diversos Tribunais esses prazos são observados e chegam no máximo a um ano. Contribui para isso não só toda a estrutura voltada para essa atividade como também algumas peculiaridades do processo de contas, dentre elas a destacar que o dever de prestar contas é do próprio gestor. Ele é quem deve demonstrar a regularidade de sua gestão, comprovando a utilização adequada dos recursos públicos, é seu esse ônus. Diferentemente, numa ação judicial, o ônus não é do gestor, mas do demandante, a quem, via de regra, cumpre comprovar suas alegações, tais como a materialidade, autoria e presença do elemento subjetivo (*dolo* ou *culpa*).

Diversas Cortes cumprem os referidos prazos, demonstrando que se há demora em alguns casos ou em alguns Tribunais deve-se atribuir mais à má gestão do que a uma característica inerente ao controle externo. O que caracteriza o controle externo é justamente a celeridade possibilitada por um procedimento mais simplificado do que o judicial e a vocação para produzir efeitos práticos rapidamente. Além dos instrumentos cautelares, que vão desde a suspensão de atos – e até contratos – liminarmente, passando pela decretação da indisponibilidade de bens diretamente pelo Tribunal, até o afastamento do gestor, é competência das Cortes assinalar prazo para que os órgãos a ela submetidos corrijam ilegalidades. Decorrido o prazo o Tribunal pode sustar diretamente o ato reputado ilegal. Ademais, repita-se, suas decisões são títulos executivos, que podem ser rapidamente constituídos e permitir a célere recomposição do erário, diferentemente do âmbito judicial, em que se demoram anos.

Destarte, os Tribunais de Contas podem e devem desempenhar papel de enorme relevância no controle de políticas públicas. Em alguns aspectos, a atuação dessas Cortes é mais recomendada do que a do Poder Judiciário. Uma contribuição maior para a concretização de políticas públicas deve recair no aprofundamento do papel do controle externo na fiscalização de políticas públicas, em especial daquelas necessárias à concretização de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111-147.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso extraordinário n. 167137. Recorrente: Hagahus Araujo e Silva. Recorridos: Estado do Tocantins e outros. Relator: Min. Paulo Brossard. Acórdão, 18 out. 1994. *Diário da Justiça*, 25 nov. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Originária n. 476. Autores: Ministério Público Estadual e outro. Réus: Estado de Roraima e outros. Acórdão, 16 out. 1997. *Diário da Justiça*, 5 nov. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso extraordinário n. 190938. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Município de Fortaleza de Minas. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Acórdão, 14 mar. 2006. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 094, 21 maio 2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Manual de Auditoria Operacional*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/fiscalizacao_controle/normas_auditoria/BTCU_ESPECIAL_04_de_19_03_2010_Manual_de_Auditoria_de_Na.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Relatório de Auditoria TC n. 026.062/2011-9. Interessado: TCU. Órgão: Secretaria de Educação Profissional

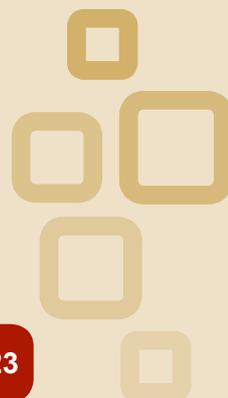
e Tecnológica – MEC. Relator Ministro José Jorge. Acórdão n. 506, Plenário, 13 mar. 2013. *Diário Oficial da União*, Ata n. 8/2013, Plenário.

LIMA, Gustavo Massa Ferreira. *O princípio constitucional da economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969*. Tomo III. 2. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SANTOS, Luis Wagner Mazzaro Almeida. As sementes do controle externo nas bases do pensamento do “águia de Haia”. In: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Rui Barbosa: uma visão do controle do dinheiro público*. Brasília: Instituto Serdezello Corrêa, 2000.

DOCTRINA



DIREITO PROCESSUAL MODERNO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS: PODER GERAL DE CAUTELA E ASTREINTES

Alexandre Manir Figueiredo Sarquis¹

Renata Constante Cestari²

RESUMO

Os Tribunais de Contas têm natureza *sui generis* na pessoa constituída, pois concebidos após a clássica tripartição dos poderes e por imposição do fenômeno financeiro no Estado. Dessa forma não se identificam com nenhum dos Poderes de maneira usual. Nada obstante, em suas competências para julgar, há utilidade na aproximação de institutos do judiciário e da legislação adjetiva do Processo Civil. Estudamos a aplicabilidade da *astreintes* à judicatura dos Tribunais de Contas, declarando-a como ínsita ao Poder Geral de Cautela e trazendo a prática das Cortes de Contas de Minas Gerais, Mato Grosso, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte e Roraima.

Palavras-chave: Astreintes, Poder Geral de Cautela, Tribunais de Contas, Controle Externo, Processo de Contas, Processo Civil.

ABSTRACT

Courts of Auditors are *sui generis* in nature as designed after the classic tripartite system of government and following impositions of the State's financial phenomenon. In that sense they don't relate to any of the branches in the usual sense. In their competence to judge, however, it's useful to proxy judicial institutes and adjective law of the civil procedure. In what follows we have studied the applicability of *astreintes* to the Courts of Auditors judicature, declare it as being contained in the general power of caution and exemplify it with Minas Gerais, Mato Grosso, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte and Roraima states Courts of Auditors practice.

Keywords: Astreintes, General Power of Caution, Courts of Auditors, External Control, Account Procedure, Civil Procedure.

1 Auditor do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

2 Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo

1. INTRODUÇÃO

Os Tribunais de Contas são órgãos de identidade própria e que encontram na Carta da República o fundamento de sua existência, motivo bastante a serem chamados de órgão de extração constitucional – eis a sua natureza. Possuem uma interface peculiar, atuando ora como órgão administrativo³, ora como judicante⁴.

Quando imbuídas na função judicante, em colorido quase-jurisdicional⁵, e a fim de garantir uma maior efetividade de suas decisões, as Cortes se valem de instrumentos de coerção, tais como imputação de multa, devolução de valores, decretação de inabilidade para o exercício de funções públicas e de inidoneidade para celebrar contratos com a administração. As Leis Orgânicas dos Tribunais preveem ainda várias medidas cautelares, como arresto, afastamento temporário e indisponibilidade dos bens⁶.

Dentre as formas coercitivas, a sanção pecuniária é a mais recorrente, muito embora passível de ser aprimorada quanto à sua aplicação. É que no âmbito do direito existem outros mecanismos no uso das multas que acabam por fortalecer as decisões proferidas pelos Tribunais Judiciários.

Nesse contexto é que se insere uma nova figura importada do Direito Processual Civil – a ‘astreinte’, espécie de poder geral de cautela criada para dar maior efetividade na execução das obrigações de fazer e não fazer.

A questão aqui posta é trazer a reflexão sobre a possibilidade do Tribunal de Contas se valer dos instrumentos peculiares do poder geral de cautela,

3 CF, Art. 70 (...). I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

4 CF, Art. 70 (...) II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;
III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

5 Qualificação do procedimento administrativo no Tribunal de Contas feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence no MS 23.550.

6 No caso do Estado de São Paulo, tal previsão se faz no artigo 101 e seguintes da Lei Complementar n. 709, de 14 de janeiro de 1993.

como é o caso da 'astreinte', que importa na arbitragem de multa diária aplicada diante do inadimplemento de medida acautelatória ou decisão de mérito, ainda que tal prerrogativa não conste expressamente de sua lei orgânica.

Muito se discutiu na doutrina pátria sobre o poder geral de cautela inerente aos Tribunais de Contas, mormente quando da análise da prerrogativa de suspensão cautelar de processos licitatórios. Sua possibilidade, como se verá adiante, é ponto pacífico.

Ao que aqui nos dedicamos é o estudo das habilidades sancionatórias dos Tribunais de Contas, mesmo no que transcendam os contornos de suas Leis Orgânicas.

2. PROCESSO DE CONTAS

A formalização processual como vértice do devido processo legal é dever que se impõe quando da análise de direitos e obrigações de terceiros. Parte-se da premissa de que é necessária a instrumentalização de informações tendo como objetivo um resultado conclusivo. Adiante, o princípio da processualização informa também o do Direito Administrativo brasileiro.

Na ciência jurídica, fala-se do gênero processo e suas espécies, vindo à mente o processo judicial, o legislativo e o administrativo. Entretanto, uma quarta espécie há de ser considerada – o processo de contas.

Repousa em solo fértil a discussão sobre o enquadramento do processo de contas como espécie do gênero 'administrativo' ou 'judicial'. É que ele possui forma autônoma em relação aos demais, tendo em vista a sua especificidade.

Sobrevivente de um juízo administrativo que o constitucionalismo brasileiro não recepcionou, os Tribunais de Contas sustentaram uma judicância *sui generis* na pessoa constituída. Se o processo administrativo conta com impulso próprio, via de regra, o processo judicial conta com o impulso da parte, por seu lado. Já o processo de contas, assim como o legislativo, se heterogenisa, pois o impulso é de todos. Tomar contas é poder-dever do Estado, e prestá-las é obrigação de governantes e administradores⁷.

⁷ Nos termos dos arts. 70 e s/s da Constituição Federal de 88.

Observe que, ainda que tenha sido mantido suspenso como órgão auxiliar do poder legislativo, o Tribunal de Contas conta com óbvios paralelos estabelecidos no texto constitucional com as seções do judiciário, seja pelas prerrogativas concedidas a Ministros e Auditores, pela natureza de título executivo de suas decisões, pela presença de um Ministério Público oficiante, pela auto-organização que lhe é concedida nos termos do título IV – da organização dos poderes, capítulo III – do judiciário, seja pelo tanto mais que lhe é peculiar.

Nada obstante, os Tribunais de Contas encontram seu maior enfoque nos meios de controle e fiscalização, que devem ser autuados e organizados em conformidade com o princípio constitucional do devido processo.

Deveras, seria impróprio considerá-lo apenas um instrumento administrativo tão somente por tramitar em órgão alheio ao judiciário. Noutra vertente não pode ser considerado de natureza judicial, pois ainda que contenha julgamento com força vinculante, a perfeição da coisa julgada não o sela, regra geral.

O professor Seabra Fagundes é enfático ao dizer que o monopólio da jurisdição pelo Judiciário é ressalvado expressamente em dois pontos da Constituição, quais sejam a competência do Senado de julgar os crimes de responsabilidade do Presidente da República, e a competência do Tribunal de Contas de julgar as contas de administradores⁸.

Vejamos algumas peculiaridades do processo de contas que confirmam sua identidade própria:

- i. existência obrigatória de um Ministério Público⁹ atuante em todos os processos de contas, órgão este de extração constitucional¹⁰ e inexistente no processo administrativo;
- ii. inexistência de litígio, sendo, no mais das vezes, um processo dúplice, figurando como interessados o Tribunal de Contas e o Gestor – o que afasta a relação piramidal do processo judicial;

8 Miguel Seabra Fagundes. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6ª edição. Ed. Saraiva, 1984, p. 139.

9 A constituição Federal de 1988, em seu art. 130, dispositivo de natureza autônoma e não simplesmente de extensão ao art. 128, dispõe sobre um outro Ministério Público, ao lado de todos aqueles enumerados neste dispositivo, que atuará 'junto aos Tribunais de Contas (MONIQUE CHEKER, Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, p. 112, Editora Forum, Belo Horizonte:2009.

10 Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura. CF/88.

- iii. ônus da prova do gestor^{11,12}, tratando-se aqui de uma regra, e não de exceção, como sói acontecer no âmbito judicial, em que o provar incumbe aquele que alega o direito.

Soma-se a isto, a remissão de diversas Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas ao Código de Processo Civil e Leis de Organização Judiciária como critério de integração, ao invés de invocarem a Lei Federal de Processo Administrativo – Lei 8794/99, ou suas equivalentes nos Estados. A bem da verdade usa-se as três ordens legislativas. Mais um motivo para que o processo de contas seja tido como autônomo dos demais.

O CPC é, de fato, mais maduro que os demais *codex* processuais, guardando senioridade, maturidade e até mesmo remissão expressa. É o caso, por exemplo, da Lei de Execuções Fiscais¹³. Ainda que reconhecida a assimetria das partes, busca-se o CPC: o processo trabalhista mantém o processo civil como paradigma de integração¹⁴.

Não restam dúvidas que, no caso do processo de contas, existe a aplicação subsidiária do CPC em relação aos feitos que tramitam em todos os Tribunais, ainda que a disposição não conste de suas Leis Orgânicas expressamente. Ideal seria a elaboração da Lei Nacional de Processo de Contas¹⁵.

11 No entanto, no caso dos processos desta Corte, há dever do Administrador quanto a provar suas alegações, não unicamente ônus, em decorrência do comando expresso no parágrafo único do art. 70 da CF/88 quanto à prestação de contas. Pois a Administração Pública tem obrigação objetiva de prestar contas e trazer a documentação necessária para ser apreciada, dever objetivo que decorre da exigência constitucional de prestar contas. (...). E a omissão quanto ao dever implícito na prestação de contas acarreta sanções ao Administrador que vão além da impossibilidade de acolher sua argumentação, podendo atingir responsabilização administrativa, cível e/ou penal. P. 341. Tribunais de Contas – Integração dos Controles, Eficiência e Eficácia no Gasto Público.

12 “Mandado de segurança contra o Tribunal de Contas da União. Contas julgadas irregulares. Aplicação da multa prevista no artigo 53 do Decreto-Lei 199/67. A multa prevista no artigo 53 do Decreto-Lei 199/67 não tem natureza de sanção disciplinar. Improcedência das alegações relativas a cerceamento de defesa. Em direito financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações, que lhe são imputadas, das leis e regulamentos na aplicação do dinheiro público. Coincidência, ao contrário do que foi alegado, entre a acusação e a condenação, no tocante a irregularidade da licitação. Mandado de segurança indeferido.” STF, MS 20.335/DF, Rel. Min. Moreira Alves 13.10.82.

13 Art. 1º. A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. (Lei nº 6.830, de 22.09.80)

14 Art. 8º da CLT e Enunciado TST 435 (25.09.2012).

15 Para uma defesa, veja: Alexandre Manir Figueiredo Sarquis e Renata Constante Cestari. *Manual de Boas Práticas para Tribunais de Contas*. In Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, n. 55, jun-ago 2013, ano XXX, pp. 44/49 .

2.1 Das Funções dos Tribunais de Contas

Como dito em linhas pretéritas, as decisões das Cortes de Contas podem ser investidas de força vinculante, mas nem todas, é bom que se diga. Da análise Carta Magna obtemos, em grandes linhas, as funções dos Tribunais de Contas como:

- i) consultiva, nos termos do art. 71, I da CF/88;
- ii) judicante, nos termos do art. 71, II e III da CF/88;
- iii) fiscalizadora, nos termos do art. 71, IV, V e VI da CF/88;
- iv) informativa, nos termos do art. 71, VII da CF/88;
- v) sancionadora, nos termos do art. 71, VIII da CF/88;
- vi) corretiva, nos termos do art. 71, IX, X e XI da CF/88;

e ainda, da necessária interpretação que se faz do texto constitucional, entende-se implicitamente concedidas as seguintes funções:

- vii) normativa, pois se compete somente a ele dizer que contas foram prestadas, deve regular como fazê-lo;
- viii) de ouvidoria do Cidadão, eis que as Leis que sucederam, Estatuto das Licitações, Leis Orgânicas, LRF, Lei da Ficha Limpa e Lei de Acesso à Informação, consagraram o Tribunal de Contas nesta investidura;
- ix) educativo, por tudo quanto antecede.

A pena pecuniária que aplica o Tribunal de Contas é norma Constitucional¹⁶, motivo pelo qual merece dali receber seu primeiro tratamento, e o principal é a natureza de título executivo que se lhe é dada¹⁷, daí o deslinde do processo de contas contar com força similar àquela do processo de cognição.

Questão no mínimo interessante é a dissociação das pessoas titulares da competência para imputar o débito e para a sua execução. A determinação que faz a Corte de Contas para que se restitua ao erário constitui crédito não tributário da Fazenda do Ente espoliado, Município ou Estado, devendo suas procuradorias promover a execução.

16 Nos termos do art. 71, VIII, CF/88.

17 Art. 71 O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...omissis...]

§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. CF/88

Já a cominação de multa torna o órgão que a aplica o credor do haver surgido. Logo, as multas dos Tribunais de Contas devem sempre ser executadas pelas Procuradorias de Estado ou pela Advocacia-Geral da União, no caso do TCU¹⁸.

3. PODER GERAL DE CAUTELA E OS TRIBUNAIS DE CONTAS

O poder geral de cautela é reconhecido como uma proteção cautelar utilizada frente lacuna da lei. É que a legislação não tem como prever todas as situações concretas que ensejariam o uso da medida. Nessa senda, o juiz, de ofício, e sem ouvir o réu, concede uma providência não prevista em lei.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹⁹:

“A tutela cautelar é um instrumento que visa a assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou a assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso... É caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade.”

Tal instituto não pode ser afastado da atuação jurisdicional dos Tribunais de Contas. Os Conselheiros e Conselheiros-Substitutos, como legítimos julgadores, são imbuídos do poder discricionário de exercício do poder geral de cautela.

No âmbito das Cortes de Contas, um exemplo clássico do exercício do poder geral de cautela é a suspensão liminar do processo licitatório, medida provisória que se consubstancia na conservação do bem que se deduz inquinado, qual sejam as regras do certame, antes que surtam direitos outros que lesem de forma irreparável ou cuja reparação seja difícil.

Afirmamos que o Poder Geral de Cautela decorre das competências fiscalizadoras das Cortes de Contas. Para fundamentar essa assertiva, invoca-se a Teoria dos Poderes Implícitos, prevista de forma subliminar na Constituição Federal, que concede aos Tribunais de Contas amplos poderes, ainda que não arrolados explicitamente.

É neste sentido que ensina o Ministro Celso de Mello em trecho que se pede vênha para aqui transcrever, haja vista a clareza da exposição:

18 Vale ressaltar o reconhecimento da repercussão geral do ARE 641.896, Min. Rel. Marco Aurélio, no qual se questiona a legitimidade do Estado do Rio de Janeiro para executar multa cominada pelo Tribunal de Contas estadual por irregularidade ocorrida em município.

19 Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008, p. 739.

O TCU tem legitimidade para expedição de medidas cautelares (...) pois se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício (...) das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República. Isso significa que a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, a essa Corte, ainda que por implicitude, a possibilidade de conceder provimentos cautelares vocacionados a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário. Impende considerar (...) [que a] doutrina - construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819) – enfatiza [que] a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. Na realidade, o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, destina-se a garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por afetar, comprometer e frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia. (...) É importante rememorar, neste ponto, que o deferimento da medida liminar, resultante do concreto exercício do poder cautelar geral outorgado aos juízes e Tribunais, somente se justifica em face de situações que se ajustem aos pressupostos referidos no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51: a existência de plausibilidade jurídica (“fumus boni juris”), de um lado, e a possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação (“periculum in mora”), de outro.²⁰

Por ser o poder geral de cautela mecanismo processual constante do Código de Processo Civil e devendo os Tribunais de Contas processualizar seus atos de controle, mesmo que não haja previsão legal nas Leis Orgânicas para tanto, nada obsta que tal instituto seja utilizado. É que trata-se de poder implícito importado das leis processuais e a natureza do Poder Geral de Cautela permite sua imposição nos processos de contas, tendo em vista que as Cortes, como já dito, exercem o papel de julgadores e, como tal, devem ter o poder de garantir a efetividade de suas decisões²¹.

4. A ASTREINTES

Uma vez assegurada a aplicabilidade subsidiária das disposições gerais de direito processual, e do Processo Civil, em específico, avançamos na contribuição proposta.

Em decorrência do princípio do devido processo legal, a tramitação processual deve se encerrar em uma solução lógica e precisa acerca do objeto posto em discussão. Utilizando o processo de cognição como paralelo, caberá ao magistrado decidir o direito das partes, entregando, de consequência, a tutela jurisdicional que media o que deduzem as partes.

20 STF MS 26547/DF Min. Rel. Celso de Melo 23/05/2007.

21 Lembra o professor Luiz Henrique Lima: “o poder de cautela do TCU não se encontra previsto na sua Lei Orgânica, mas é reconhecido pelo STF.” Controle Externo – 2ª edição revista, Campus Concursos, 2008:171.

Tal tutela pode se traduzir em uma obrigação de fazer ou não fazer. Entretanto, a história faz crer que, não raro, a parte obrigada mantinha-se reticente no cumprimento da sentença, invocando o princípio da *nemo ad factum praecise cogi potest*, ou seja, a vedação de coagir alguém a cumprir uma obrigação. Nesse caso, e em ocorrendo o inadimplemento da sentença, tudo se resolveria em perdas e danos, enfraquecendo as determinações judiciais de forma geral, e lançando sobre ainda mais forte no caso dos julgamentos de contas.

Nesse sentido é que o direito processual civil sofreu notável evolução com a inserção da chamada ‘tutela jurisdicional específica’ relativa às obrigações de fazer ou não fazer, introduzindo medidas inibitórias, em que se busca a entrega do direito material em concreto às partes, remediando a inefetividade dos comandos judiciais.

“Um mofado dogma segundo o qual ninguém pode ser compelido, manu militari, a prestar um fato ou abster-se da prática de algum ato, tem obstaculizado a efetividade da tutela jurisdicional quando se trata de obrigação de fazer ou de não fazer”²²

A astreintes²³ tem sido uma técnica processual eficaz no combate do inadimplemento das decisões do poder judiciário, no que tange às obrigações de fazer ou de não fazer. É que cunhou-se o artigo 461, §4^o²⁴ do Código de Processo Civil com escopo de permitir ao aplicador do direito impor uma multa diária por descumprimento da decisão proferida, como forma de coação do devedor. Trata-se de forma de desestimular a parte a descumprir o determinado em sentença.

Ressalta-se que tal medida é passível de ser concedida *ex officio* pelo juiz, ou seja, detém ele a prerrogativa de se determinar multa diária *in limine*, sempre que uma sentença correr o risco de não ser cumprida pelo demandado. Se traduz em uma forma de garantir a efetividade da decisão – do cumprimento do direito material já assegurado.

Apresentado o tema, em apertada síntese, é de se indagar acerca da possibilidade da aplicação da astreintes na processualística dos Tribunais de Contas, afirmativa que demonstramos no que segue.

22 Elpidio Donizetti Nunes. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. Ed. Lumen Juris. 11^a edição 2009.

23 *Astreintes* é uma palavra de origem latina, de etimologia idêntica a adstringente. Significa causar constrição, aperto ou pressão em algo ou alguém.

24 § 4^o O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

4.1 Aplicação *in concreto* da Astreintes nos Tribunais de Contas

Em decorrência do poder coercitivo atribuído pela Constituição, e para que os atos fiscalizatórios tenham força bastante, os regimentos internos de cada Corte trazem uma sorte de medias a fim de ver eficazes as decisões das Cortes, dentre elas: multa, restituição ao erário, arresto e indisponibilidade dos bens²⁵.

Mas o que se percebe é que os Tribunais de Contas recrutam como forma de coerção, no mais das vezes, a aplicação de multa, instrumento este que ganharia mais eficiência se associado à figura da Astreintes.

Imagine-se o Tribunal de Contas concluir que determinada obra pública encontra-se desconforme às normas ambientais. Com base nisso, e com fulcro no art. 71, IX da CR *ut*, determina que, em prazo estipulado, a contratada se adeque às normas e o poder público fiscalize a obra. Ultrapassado o prazo concedido e omissos os interessados, poderia até se cogitar em aplicação de multa aos responsáveis, com nova fixação de prazo, após o que o mesmo poderia ser repetido indefinidamente: prazo e multa.

Abreviar-se-ia tempo de jurisdição, com acréscimo de qualidade, se, estipulado prazo para cumprimento as normas legais, consignar-se também a consequência pecuniária diária pelo inadimplemento, sumarizando uma gama de intervenções jurisdicionais que poderiam ocorrer.

Significa dizer que, ao decidir sobre a irregularidade de um ato, poderia o julgador estipular um prazo para que o gestor cumprisse a decisão, sob pena de

25 Lei Orgânica do Tribunal de Contas de São Paulo - Artigo 106 - Sem prejuízo das sanções previstas neste Capítulo e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades verificadas pelo Tribunal de Contas, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.
Artigo 107 - O Tribunal de Contas poderá solicitar aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas as medidas necessárias ao arresto de bens dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e a sua restituição.
Artigo 108 - O Tribunal Pleno poderá declarar, por maioria absoluta de seus membros, inidôneo para contratar com a Administração Pública, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, o licitante que, através de meios ardilosos e com o intuito de alcançar vantagem ilícita para si ou para outrem, fraudar licitação ou contratação administrativa.
Artigo 109 - No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal de Contas, de ofício, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

pagamento de R\$ 500,00 por dia de descumprimento, e.g. Confira o que dispõe sobre o assunto a Lei Complementar do Estado de Minas Gerais n. 102/2008 — Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

“Art. 90. O Tribunal poderá fixar multa diária, nos casos em que o descumprimento de diligência ou decisão ocasionar dano ao erário ou impedir o exercício das ações de controle externo, observado o disposto no Regimento Interno.”

Na federada mineira, portanto, não é necessário que o julgador se socorra do CPC de forma subsidiária, mas isto não importa dizer que os demais Tribunais de Contas não possam adotar a *astreintes*, com espeque na Lei Processual Civil, por tudo quanto já relatado aqui.

Abaixo, trechos de decisões providas respectivamente dos Tribunais de Contas dos Estados de Rondônia e do Rio Grande do Norte, que não trazem expressamente a figura da *astreintes* em suas Leis Orgânicas:

V – **FIXAR ASTREINTES**, com fundamento no artigo 286-A²⁶ do Regimento Interno **combinado com o artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil**, no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a incidir diariamente caso ocorra o descumprimento do preceito inserto no item IV, “a”, desta Decisão, a ser suportada, pessoalmente, pelo (...), e pela (...), caso não haja a suspensão da executoriedade do contrato firmado com a (...) ou com outra empresa que lhe tenha sucedido, sem as formalidades litúrgicas previstas na Lei Federal nº 8.666/93; PROCESSO Nº: 1227/2011, APENSO Nº 1254/2011, TCE-RO Rel. Cons. Wilber Carlos dos Santos Coimbra ACÓRDÃO Nº 03/2012 – PLENO²⁷.

EMENTA: RESOLUÇÃO Nº 009/2011. PROCESSO DE CARÁTER SELETIVO E PRIORITÁRIO. CORPO INSTRUTIVO QUE SUGERE MEDIDA CAUTELAR PARA QUE ESTA CORTE DE CONTAS DETERMINE A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PARA FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS, PNEUS, CÂMARAS DE AR E PROTETORES DE PNEUS, PRETENSAMENTE MACULADOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA – NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DO PEDIDO CAUTELAR. (...) **POSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO DE MULTA PESSOAL AO RESPONSÁVEL PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. INTELIGÊNCIA DO ART. 110 DA LCE Nº 464/2012.** TCE-RN PROCESSO Nº 5046/2012 Rel. Cons. Carlos Thompson Costa Fernandes 1ª Câmara²⁸.

Nessa seara a manifestação do Ministério Público de Contas do Estado do RJ:

26 Art. 286-A - Aplica-se subsidiariamente aos processos no Tribunal de Contas do Estado, o Código de Processo Civil Brasileiro, no que couber.

27 Disponível em http://www.tce.ro.gov.br/arquivos/Diario/Diario_00165_2012-3-22-12-31-57.pdf

28 Disponível em http://www.tce.rn.gov.br/download/Noticia/2097/5046_2012_suspensao_cautelar_de_contratos_combustivelpneus_indefere_inspecao_in_loco_PM_Piloes.pdf

O Ministério Público Especial, representado pela ilustre Procuradora Dra. Marianna Montebello Willeman (fl.100/102), em seu fundamentado parecer, concorda com a manifestação do corpo técnico, ressaltando a desobediência, por parte do jurisdicionado, em dar prosseguimento e conclusão à Tomada de Contas Especial já determinada no Processo TCE-RJ N° 200.275-7/02. Assim, **por considerar a possibilidade da fixação de astreintes no âmbito das Cortes de Contas**, requer adicionalmente ao proposto na instrução o seguinte:

COMUNICAÇÃO ao jurisdicionado para que adote as providências necessárias ao prosseguimento e conclusão da Tomada de Contas Especial a que se refere o presente processo, devendo constar a advertência de que, se passados 30 (trinta) dias da intimação não houver o cumprimento da comunicação, o responsável estará sujeito(a) a multa diária no valor de 1.000 UFIR-RJ, até seu cumprimento, de acordo com o artigo 63, IV²⁹ da LC-RJ c/c art. 180³⁰ do Regimento Interno do TCE/RJ c/c art. 461 §4º do Código de Processo Civil.

E ainda manifestação do MPC do MT:

Buscando alcançar o fim colimado, denota-se cabível a aplicação do instituto previsto no art. 461, §4 do Código de Processo Civil, destinado à efetivação de obrigações de fazer ou não fazer, tratando-se da aplicação de multa periódica.

15. Cuida-se do instituto denominado astreinte, cujo caráter coercitivo visa exercer pressão psicológica sobre o obrigado mediante o estabelecimento de um valor pecuniário, a fim de que a obrigação seja cumprida, resguardando-se, dessa forma, a autoridade das decisões e a tutela específica do direito, afastando a obstinação em descumprir os deveres e obrigações.

16. As multas periódicas são amplamente aplicadas no âmbito judicial, sendo incontestes sua eficácia no escopo de assegurar o cumprimento das decisões. Além do Código de Processo Civil, podemos citar a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, que preveem em seus artigos 11 e 84, §4º, respectivamente, a cominação da multa coercitiva em comento. TC 14499-1/2009 – MPC, PARECER N° 895/2011, GETÚLIO VELASCO MOREIRA FILHO.

5. CONCLUSÃO

Muito se debate sobre instituições e sobre o respeito às instituições como mola propulsora do desenvolvimento social e econômico de um País. Trata-se de traço identificador de Estados evoluídos. De outro lado, é ocioso ter um departamento de governo especialista em determinado assunto sem que seja, no entanto, ouvido nas decisões.

O Tribunal de Contas é uma instituição republicana que se incumbe de inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacio-

29 Art. 63. O Tribunal de Contas poderá aplicar multa de até cem vezes o maior piso salarial estadual aos responsáveis por: (...) IV - não atendimento, no prazo fixado, em causa justificada, a diligência ou a decisão do Tribunal;

30 Art. 180 - Nos casos omissos e quando cabível, em matéria processual, aplicar-se-ão subsidiariamente às normas do presente Regimento as disposições do Código de Processo Civil.

nal e patrimonial nas pessoas que façam gestão de recursos públicos e sua existência é traduz o grande esforço que a sociedade brasileira faz para ver bem vertidos os recursos do erário. O respeito às suas decisões é questão jurídica e é questão econômica, e merece ser aumentado.

Discutimos o poder geral de cautela e a astreintes nos Tribunais de Contas, que podem ser concedidos pelo Plenário, pelos fracionários, ou mesmo monocraticamente, pelo Conselheiro ou Conselheiro-Substituto, de acordo com as competências de cada um, uma vez que se trata de poder implícito da judicatura. Em não havendo disposição legal, caberá ao órgão singular medidas deste jaez, como a suspensão de licitação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHEKER, Monique. *Ministério Público junto ao Tribunal de Contas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus Concursos, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo e CESTARI, Renata Constante. *Manual de Boas Práticas para Tribunais de Contas*. In Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, n. 55, jun-ago 2013, ano XXX.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1984.





**MPC
DESTAQUE**

A PRIORIDADE ABSOLUTA PARA A INFÂNCIA E A JUVENTUDE E OS
TRIBUNAIS DE CONTASOlympio de Sá Sotto Maior Neto¹

Quando da Assembléia Nacional Constituinte, mediante emenda popular com mais de dois milhões de assinaturas e buscando traduzir a máxima do “superior interesse da criança” contida nos documentos internacionais ratificados pelo Brasil, inscreveu o legislador pátrio princípio constitucional no sentido de que o atendimento aos interesses da infância e juventude deve ocorrer com *absoluta prioridade* (art. 227, da CF), traduzindo-se a regra - além dos deveres da família e sociedade - na *obrigatoriedade* para o Estado em, de maneira *preferencial*, formular e executar políticas públicas capazes de garantir às crianças e adolescentes *proteção integral* (isto é, a possibilidade do exercício dos direitos fundamentais da pessoa humana e, também, daqueles especiais e inerentes à condição de pessoas em peculiar fase de desenvolvimento), bem como, identicamente de forma *privilegiada*, destinar os recursos necessários à consecução dos programas e ações estabelecidos em favor de tal população (art. 4º, do ECA).

Diante de um contexto de desassistência e abandono, experimentado pela grande maioria das crianças e adolescentes brasileiros (calcula-se a existência de cerca de 40 milhões de carentes e abandonados), pretende-se que o comando da Constituição Federal (repetido nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas Municipais) *não permaneça* mera declaração retórica, exortação moral, singelo conselho ao administrador e, porque assim tomado, postergado na sua efetivação ou relegado ao abandono.

As crianças vítimas do holocausto permanente ditado pela mortalidade infantil, aquelas que apresentam lesões cerebrais irreversíveis decorrentes da subnutrição, as que se encontram nas ruas sobrevivendo através da esmola degradante, bem como as que não têm acesso à educação ou à saúde, enfim as *sem oportunidade de vida digna*, não podem mais aguardar que a “natureza das coisas” ou o “processo histórico” venham a intervir para a ma-

1 Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Criança e do Adolescente do Estado do Paraná.

terialização daquilo que lhes foi prometido como direitos fundamentais (até porque entre nós já comparece concreta - e produzindo seus efeitos nocivos - a proposta da hipocrisia neoliberal travestida de globalização econômica, tendente a transferir os foros das decisões políticas, sociais e econômicas dos espaços da soberania nacional para os escritórios encarpetados das empresas multinacionais ou transacionais, com significativos prejuízos às questões sociais (afinal, não é por acaso que o governo brasileiro se vangloria do pagamento da dívida externa e não se envergonha com a sua crescente dívida social), sendo que “a mão invisível do mercado”, por certo, não tem olhos (nem coração) para enxergar nossas crianças entregues à miséria social e conseqüente sub-cidadania).

Em razão exatamente disso é que se quer ver aplicado o princípio da *prioridade absoluta* em todas as esferas de intervenção do poder público, especialmente, para aquilo que aqui nos interessa, pelos próprios órgãos incumbidos institucionalmente de realizar - observado o princípio da legalidade - o controle externo da administração pública e da gestão dos recursos públicos, vale dizer, os Tribunais de Contas (arts. 70, 71 e 75, da Constituição Federal).

Neste momento em que as nossas crianças e adolescentes passam a ser tratados como *bodes expiatórios* da caótica situação social (e de insegurança) vivida no país, com o surgimento de levianas propostas para restabelecimento do Código de Menores ou da diminuição da imputabilidade penal (na verdade, a sociedade brasileira tem o direito de se indignar diante da tragédia que envolve nossas crianças e adolescentes, entretanto, tal indignação deve ser canalizada *a favor* da infância e da juventude e não *contra* ela, na correta perspectiva de que a melhor forma para evitar violência e criminalidade é *superar a marginalidade*, retirando-se aqueles que se encontram à margem dos benefícios produzidos pela sociedade para conduzi-los à cidadania plena), *urge intervenção* também dos integrantes das Cortes de Contas, estabelecendo política institucional capaz de conduzir à efetivação no país do princípio constitucional da *prioridade absoluta* (assumindo-se, com essa postura, a responsabilidade funcional, ética e social de se escrever uma nova história para a nossa infância e juventude) objetivando a *implementação* da regra constitucional que contempla a população infanto-juvenil com a *garantia prioritária* do exercício dos direitos relacionados à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, ao respeito, liberdade e a convivência familiar e comunitária, assim como das

diretrizes e programas de atendimento estabelecidos em favor das crianças e adolescentes na Lei nº 8.069/90.

Para tanto, afóra a criação e instalação de órgãos de apoio às respectivas atividades funcionais (inclusive no que tange à orientação para a política institucional a ser traçada), a realização permanente de cursos para o aperfeiçoamento funcional dos seus membros, as publicações institucionais contemplando matérias referentes à área da infância e juventude, a inserção nas auditorias e inspeções de tópicos pertinentes à política de atendimento à infância e juventude, indispensável que os agentes dos Tribunais de Contas verifiquem, em todos os níveis (municipal, estadual e federal) e em todas as instâncias de poder (Executivo, Legislativo, Judiciário e Ministério Público), a existência de adequada e preferencial política pública de atendimento à infância e juventude, assim como a destinação privilegiada de recursos para essa área social, assegurando efetiva, regular e, principalmente, legal gestão dos recursos públicos.

Partindo-se de rigorosa verificação dos percentuais constitucionais pertinentes à educação e saúde (cujo descumprimento, como se sabe, pode importar *intervenção* da União nos Estados e dos Estados nos Municípios, nos termos do art. 34, inc. VI, letra e, e art. 35, inc. III, ambos da Constituição Federal), passando pela exigência relativa à criação dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e dos Conselhos Tutelares (enquanto órgãos obrigatórios da política de atendimento, consoante regra dos arts. 88, inc. II e 132, do ECA), necessário também interferir no sentido de que, por parte dos Conselhos dos Direitos (espaços de *democracia participativa*, face sua composição paritária entre representantes do poder público e das entidades representativas da sociedade civil, com caráter *deliberativo* quanto à política de atendimento aos direitos da população infanto-juvenil e controladores das ações em todos os níveis, conforme estabelece o art. 88, inc. II, do ECA), haja a regular formulação de políticas públicas capazes de fazer das crianças e adolescentes *efetivamente sujeitos de direitos* (alcançável com a exigência de obrigatória apresentação das respectivas deliberações quando da prestação de contas dos entes fiscalizados), garantindo-se, entre outros e guardadas as peculiaridades locais, os relacionados à vida (p. ex., identificando a taxa e os fatores responsáveis pela mortalidade infantil nos municípios), à saúde (p. ex., verificando a destinação prioritária de recursos na assistência materno-infantil; a cobertura integral das vacinações recomendadas pelas

autoridades sanitárias; a realização pelos hospitais dos exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades do metabolismo; a existência de programas destinados à nutrição, à assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil, e campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos), à convivência familiar (p. ex., verificando a existência de programas oficiais de auxílio e orientação a famílias carentes, bem assim os de desinstitucionalização de crianças e adolescentes abrigados e também os destinados à adequada aproximação e retirada das crianças e adolescentes das ruas), à educação (p. ex., verificando a garantia de educação infantil, assim como de ingresso, permanência e sucesso no ensino fundamental; conferindo a existência dos conselhos de acompanhamento e controle social Fundef, bem como dos planos de cargos, salários e valorização do magistério e, ainda, dos programas suplementares de material didático-escolar, transporte alimentação e assistência à saúde), à profissionalização (p. ex., verificando o desenvolvimento de programas de aprendizagem e de iniciação profissional, bem assim de proteção no trabalho, de modo a impedir atividades insalubres, penosas e perigosas ou que impossibilitem a regular escolaridade) e às medidas sócio-educativas (p. ex., verificando a existência de adequadas unidades de internação e também dos programas de prestação de serviços à comunidade e, principalmente, de liberdade assistida).

Anote-se que, dos temas emergenciais aqui elencados (quase sempre, reflexos da situação familiar determinada pela inexistência de política de pleno emprego, de salário justo, de programas de renda mínima ou, ao menos, de efetiva assistência social para quem dela necessite) e afora, obviamente, o combate à tragédia da mortalidade infantil, destaque-se a necessidade da implementação dos projetos governamentais destinados ao auxílio a famílias carentes, já que, na maioria absoluta das vezes, a promoção social de uma criança ou adolescente implicará resgatar para a cidadania também os seus familiares.

Uma vez atendidas as condições materiais indispensáveis à subsistência, o caminho seguinte a ser trilhado se traduz no encaminhamento de todas as crianças e adolescente para o sistema educacional, pois, como sempre se diz - e isto exsurge indisputável em relação aos nossos filhos - *lugar de criança é na escola*. Dentre os direitos fundamentais consagrados à infância e juventude, sem dúvida avulta em significado o pertinente à educação, observado

também que o sistema educacional se constitui - juntamente com a família - em extraordinária agência de socialização do ser humano (isso sem contar com a possibilidade de importante interferência, enquanto aparelho ideológico do Estado, na formação do pensamento acerca da sociedade em que se vive e do papel que cada um pode nela desempenhar). A educação, devidamente entendida como direito de todos e dever do Estado, destina-se, conforme prevê a regra constitucional, ao pleno desenvolvimento da pessoa, sua qualificação para o trabalho e, principalmente, ao preparo para o exercício da cidadania (art. 205, da CF). O direito de acesso, permanência e *sucesso* no sistema educacional comparece como antídoto à marginalização social que encaminha crianças e adolescentes à mendicância, ao trabalho precoce, à prostituição e à delinqüência. Não é por acaso que, na verificação dos adolescentes sujeitos às medidas sócio-educativas (especialmente as privativas de liberdade), alcança-se índices elevadíssimos no referente ao afastamento (muitas vezes por exclusão imposta indevidamente pela própria escola) do direito à educação. A luta por novos e melhores dias para a infância e juventude brasileiras só pode estar embandeirada - e ter como ponto de partida - a efetivação do direito à educação. Por isso, o legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao mesmo tempo em que arrola os seus princípios informadores (art. 53) e as formas de sua materialização (art. 54), assevera que “o acesso ao ensino obrigatório gratuito é direito público subjetivo”, e que “o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, assim como a sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente” (art. 54, §§ 1º e 2º).

Então, na perspectiva da formação de verdadeiros cidadãos, o processo educativo deve atender a propósitos de valorização do ser humano, de seu enriquecimento no campo das relações interpessoais, de respeito ao semelhante e, igualmente, de desenvolvimento do senso crítico, da responsabilidade social, do sentimento participativo, da expressão franca e livre do pensamento, enfim, constituindo-se a escola em espaço democrático propício ao desenvolvimento harmônico do educando. Ainda em tal aspecto, convém anotar a importância de restar concretizado, para todas as crianças de 0 a 6 anos, o direito a creche e pré-escola, capaz de atendê-los quanto à saúde e alimentação (eliminando-se, principalmente, os riscos das lesões cerebrais irreversíveis decorrentes da subnutrição), bem como a oportuna introjeção de valores ético-sociais, além do preparo para o ingresso no ensino fundamental, caminho para uma cidadania que se quer ver atingindo por todas as nossas crianças e adolescentes.

Nesta altura da reflexão - acerca das previsões do ordenamento jurídico e da sua distância da vida concreta de nossas crianças e adolescentes - vale a convocação então dos Tribunais de Contas no sentido do empenho pela materialização dos comandos legais, porquanto, como se sabe, a lei por si só não tem o condão de modificar a realidade social, mas sim o cumprimento das suas regras pelos governantes e o exercício dos direitos nela consagrados pela sociedade civil.

Daí, tratando-se da efetivação das promessas jurídicas, comparece conveniente o raciocínio de que - além da escola, da família e de outros espaços adequados para o seu desenvolvimento - *lugar de criança é nos orçamentos públicos*, cumprindo-se com o princípio constitucional da *prioridade absoluta* em prol da infância e juventude e propiciando a consecução da política traçada pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente (nesse sentido, vale citar recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido da obrigatoriedade de efetivação, por parte do administrador público, da política deliberada pelos Conselhos de Direitos: “Administrativo e Processo Civil. Ação Civil Pública. Ato Administrativo Discricionário: nova visão. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido” - RESP 493811, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, DJ datado de 15/03/04).

O acompanhamento pelos agentes dos Tribunais de Contas (Conseheiros, Auditores, Ministério Público, enfim, por todo seu corpo técnico e funcional) das leis orçamentárias (desde o plano plurianual, passando pela lei de diretrizes orçamentárias até a lei orçamentária propriamente dita) e de sua execução, não se tenha dúvida, comparece indispensável para a melhoria - sob todos os aspectos - das condições de vida das nossas crianças e adolescentes (relembrando, no referente à educação, a previsão constitucional na linha de que “a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante dos impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino” - art. 212, da CF).

Interessante, inclusive, seria comparar a evolução dos recursos destinados à efetivação de políticas públicas pertinentes a crianças e adolescentes *antes* e *depois* de 1988 (de molde a se conferir o cumprimento do novo comando constitucional), além de compará-los com outras rubricas orçamentárias, legalmente consideradas sem prevalência.

Para o eventual embate jurídico, cabe registrar que o princípio constitucional da *prioridade absoluta* (art. 227, da CF), somado ao da *democracia participativa* (arts. 1º, par. único, 204, II e 227, § 7º, todos da CF e concretizados com a atuação dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente na formulação da política - municipal, estadual e nacional - de atendimento aos interesses da população infanto-juvenil - art. 88, II, do ECA), são limitadores e condicionantes do poder discricionário do administrador público.

Enfim, a atuação dos Tribunais de Contas em tornar concreto (dar vida e eficácia) ao princípio constitucional da *prioridade absoluta* para a área da infância e juventude importará efetivo cumprimento de dever institucional *prioritário* e possibilidade de significativa interferência junto aos Municípios, Estados e União para que as promessas de cidadania contidas no ordenamento jurídico compareçam realidade nas suas vidas cotidianas, *universalizando-se* os direitos que *parte* da população infanto-juvenil já exercita.

A certeza é de que, interagindo articuladamente com os demais órgãos da estrutura estatal e cumprindo prioritariamente a tarefa de promoção dos direitos das crianças e adolescentes, os Tribunais de Contas se transformarão em decisivo colaborador para que a Nação brasileira venha a alcançar um dos seus objetivos fundamentais: o de instalar - digo eu, a partir das crianças e adolescentes - uma sociedade livre, justa e solidária.

CONCLUSÕES:

- 1) Os Tribunais de Contas, porque também submetidos ao comando constitucional da *prioridade absoluta*, devem formular, de maneira *preferencial*, política específica para atuação dos seus membros na área da infância e juventude.
- 2) Afora a prioridade institucional *interna*, os integrantes dos Tribunais de Contas devem intervir para o efetivo cumprimento pela administra-

ção pública do princípio constitucional da *prioridade absoluta*, especialmente no que é pertinente à materialização do *direito à educação* e à destinação *privilegiada de recursos* para a área da infância e juventude (levando-se aqui em consideração a política deliberada pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente), adotando as medidas necessárias à sua garantia.

- 3) O princípio constitucional da *prioridade absoluta*, somado ao da *democracia participativa*, são limitadores e condicionantes do poder discricionário do administrador público, cabendo também nesse aspecto aos Tribunais de Contas a verificação da regular e legal gestão dos recursos públicos.

MPC
DESTAQUE

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS E A EVOLUÇÃO SOCIAL: UMA RELEITURA 26 ANOS APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Glaydson Santo Soprani Massaria¹

O Ministério Público de Contas é uma instituição essencial à função de controle externo das contas públicas, cuja atuação primordial dá-se mediante a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública. O órgão é mencionado expressamente nos arts. 73, §2º, II, e 130 da Constituição da República de 1988.

Há mais de vinte anos, com base nesses dispositivos, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento, na ADI nº. 789-DF, de que o Ministério Público de Contas não possuiria autonomia administrativa e financeira, mas apenas funcional. Na oportunidade, afirmou-se que o órgão estaria inserido na “intimidade estrutural” dos Tribunais de Contas. Ou seja, nesse julgado paradigmático, não se reconheceu ao Ministério Público de Contas sequer identidade institucional própria (BRASIL. STF, 1994).

Diz-se que um órgão possui autonomia administrativa quando é capaz de se auto-organizar e praticar atos próprios de gestão. Já a autonomia financeira é assim conceituada por Hugo Nigro Mazzilli (1989, p. 61):

[...] autonomia financeira é a capacidade de elaboração da proposta orçamentária e de gestão e aplicação dos recursos destinados a prover as atividades e serviços do órgão titular da dotação. Essa autonomia pressupõe a existência de dotações que possam ser livremente administradas, aplicadas e remanejadas pela unidade orçamentária a que foram destinadas.

Foram justamente essas as características que a Corte Suprema, no julgado citado, negou ao Ministério Público de Contas, reconhecendo-lhe unicamente autonomia funcional, compreendida como a plena independência de atuação perante os poderes do Estado, de acordo com o critério da livre consciência motivada.

¹ Ex-Juiz de Direito e Membro do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.

Ao longo dos anos, o julgado em comento recebeu, não sem razão, severas críticas por parte de renomados juristas, devido ao caráter indissociável das autonomias funcional, administrativa e financeira. Exemplificativamente, vale transcrever as palavras de José Afonso da Silva (2004, p. 259):

[...] não compreendo como o Ministério Público pode integrar a organização administrativa do Tribunal junto do qual exerce o *custus legis*. Seria como submeter a Procuradoria-Geral da República à organização administrativa do Supremo Tribunal Federal, ou as Procuradorias-Gerais de Justiça à organização administrativa dos Tribunais de Justiça perante os quais oficiam, por exemplo. Coisa absolutamente impensável. [...] A inserção do art. 130 na seção do Ministério Público em geral significa que tem de ser entendido sistemática e teleologicamente. Sistemáticamente porque o art. 130 há de estar também impregnado da mesma intencionalidade das demais normas daquele conjunto normativo. Teleologicamente porque instituições idênticas têm que estar orientadas aos mesmos fins, segundo suas peculiaridades.

Essas críticas vinham ao encontro de lições ensinadas, alguns anos antes, por Hugo Nigro Mazzilli (1989, p. 61), ao afirmar que a autonomia financeira:

[...] é inerente aos órgãos funcionalmente independentes, como são o **Ministério Público e o Tribunal de Contas**, os quais não poderiam realizar plenamente as suas funções se ficassem na dependência de outro órgão controlador de suas dotações orçamentárias.

Posteriormente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (MS 27339) evoluiu timidamente, de modo que se passou a afirmar que o Ministério Público de Contas “*possui fisionomia institucional própria, que não se confunde com a do Ministério Público comum, sejam os dos Estados, seja o da União*” (BRASIL. STF, 2009).²

Ainda assim, até hoje nenhum julgado da Corte Suprema reconheceu a plena autonomia administrativa e financeira do Ministério Público de Contas, perdurando aquele velho entendimento, inaugurado na paradigmática ADI nº. 789-DF, de que este órgão estaria umbilicalmente ligado ao Tribunal de Contas.

Não obstante, atualmente não há mais espaço para essa interpretação constitucional que não confere as necessárias condições para que o Ministério Público de Contas exerça, com real independência, a elevada atribuição que

² **No mesmo sentido:** ADI 3.307, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 2-2-2009, Plenário, *DJE* de 29-5-2009; ADI 3.160, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 25-10-2007, Plenário, *DJE* de 20-3-2009; ADI 2.068, Rel. Min. **Sydney Sanches**, julgamento em 3-4-2003, Plenário, *DJ* de 16-5-2003.

lhe foi confiada, a saber, o controle externo dos gastos públicos. A Constituição da República não pode ser lida com os mesmos olhos de duas décadas atrás, época em que a realidade era extremamente diversa da hoje existente.

As relações sociais sofrem mudanças constantemente, que não podem ser acompanhadas de forma satisfatória e tempestiva pelo processo de reforma constitucional. Por isso, faz-se necessária a releitura diária da Constituição da República, de modo a lhe emprestar os significados demandados pelo momento histórico, sem que isso, evidentemente, represente a descon sideração do texto posto.

A esse fenômeno de modificação do significado da Constituição da República sem a alteração do seu texto dá-se o nome de *mutação constitucional*.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2009, p. 125) ensina:

[...] é possível dizer que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto [...].

O próprio Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, propala a importância da mutação constitucional, reconhecendo a:

[...] legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea (HC 96772, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, 09/06/2009).

A mutação constitucional, portanto, é meio juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição, a fim de conferir dinamismo às normas que regem a conduta de um povo em determinado momento histórico.

Francisco Campos (1956, p. 403) observava há muito:

[...] o poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la [...]. Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte.

Dessa forma, as normas regentes do Ministério Público de Contas devem ser lidas atentando-se para o momento histórico vivenciado, de forma que a interpretação constitucional não seja estanque. Logo, mesmo que o Supremo Tribunal Federal tenha negado autonomia plena ao órgão há cerca de vinte anos, deve-se perquirir se essa conclusão ainda é válida no presente.

Os anseios da sociedade do início da década de 1990 eram muito diferentes dos que existem em 2014. A realidade histórica é completamente diversa entre ambos os momentos. Enquanto àquela época a preocupação direcionava-se à consolidação do Estado Democrático de Direito, hoje a inquietação volta-se ao desenvolvimento de uma Administração Pública proba e eficaz.

O atual contexto histórico clama por instrumentos de controle mais efetivos. A mesma sociedade que antes permanecia passiva perante atos de corrupção hoje sai às ruas reivindicando transparência e qualidade dos gastos públicos. Tudo isso devido à grande conscientização vivenciada nos últimos anos, notadamente pelo incremento exponencial dos meios de comunicação. Atualmente a informação encontra-se disponível a um clique. A difusão da *internet* fez com que as notícias sejam divulgadas quase instantaneamente. No início da década de 1990, os meios de comunicação resumiam-se a basicamente quatro canais de televisão, poucos jornais impressos e algumas estações de rádio. As notícias eram, portanto, impregnadas por juízos de valor formulados pelos dirigentes desses instrumentos. Atualmente, por outro lado, os brasileiros podem assistir a centenas de canais de televisão, ter acesso a vídeos no *Youtube*, visualizar informações postadas em *blogs* ou no *facebook*, acessar milhares de sítios eletrônicos, ouvir centenas de estações de rádio, ler jornais impressos e revistas com maior grau de independência etc. Ou seja, a informação chega imediatamente por vários meios que contribuem para uma formação de juízo própria de cada cidadão, e não mais por meio de imposição em massa de um único modelo de pensar.

Os resultados de julgamentos que antes demoravam meses para serem publicados podem ser assistidos em tempo real. Os acontecimentos desenrolam-se em velocidade inimaginável em outros tempos.

Tudo isso tornou a sociedade mais engajada, consciente e exigente do bom uso dos recursos públicos. E o Ministério Público de Contas tem

muito a acrescentar nesse contexto, pois lhe compete o controle externo da Administração Pública.

Nessa linha, mediante uma leitura do texto constitucional consentânea com o momento histórico, deve ser reconhecida ao Ministério Público de Contas a plena autonomia financeira, administrativa e funcional própria aos demais ramos do *Parquet*. Do contrário, sua atuação é enfraquecida pela intervenção de órgãos externos em sua gestão administrativa, o que resulta na impossibilidade de cumprimento, com independência, das elevadas atribuições que lhe foram confiadas.

O fortalecimento dos órgãos de controle é uma tendência das sociedades desenvolvidas modernas. Isso porque contribui para o desenvolvimento de uma Administração Pública proba, impessoal, eficiente e transparente. E tal circunstância, em última análise, colabora com a efetivação dos direitos fundamentais de que a sociedade tanto necessita.

Veja-se o exemplo da Defensoria Pública, que, embora não seja um órgão de controle, também contribui com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Há pouco tempo o órgão inseria-se na intimidade do Poder Executivo e não desfrutava de mínima estrutura. Atualmente, por outro lado, o órgão possui autonomia administrativa e financeira consagrada na Constituição da República, havendo se tornado um poderoso instrumento de promoção da cidadania e inclusão social.

Da mesma forma, conferir-se autonomia plena ao Ministério Público de Contas, através de leitura constitucional contemporânea, certamente transformará o órgão numa referência em fiscalização dos gastos públicos e combate à corrupção. Isso resultará em preservação do erário e incentivo à boa gestão da coisa pública.

No atual contexto histórico, não é possível conceber que um órgão de controle externo possua autonomia funcional sem autonomia administrativa e financeira. Seguramente a ausência destas últimas acabaria por tornar sem efeito a primeira. De fato, a retenção de recursos para o custeio de despesas essenciais poderia servir de instrumento de pressão para coibir a atuação independente dos membros do órgão de controle.

Imagine-se que o Ministério Público da União ou que o Ministério Público dos Estados se encontrasse inserido na estrutura orgânica do Poder Executivo, sendo por este custeado. Provavelmente, nessa hipótese, a atuação do órgão não seria marcada, como hoje, pela defesa incondicional e independente do Estado Democrático de Direito.

De igual modo, o Ministério Público de Contas tem mitigada sua atuação em virtude da falta de reconhecimento de sua autonomia plena. Isso compromete o controle efetivo dos gastos públicos, tão reclamado pela sociedade contemporânea.

O fato de o Ministério Público de Contas atuar, primordialmente, perante o Tribunal de Contas - ou seja, extrajudicialmente - em nada desnatura a sua natureza jurídica de ramo do *Parquet*. Ao revés, simplesmente o qualifica como um ramo “extremamente especializado”, na terminologia criada pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP:

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS. CONSULTA. CONTROLE EXTERNO PELO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NATUREZA JURÍDICA. FUNÇÕES INSTITUCIONAIS. GARANTIAS E VEDAÇÕES DOS MEMBROS. AUTONOMIA FUNCIONAL JÁ RECONHECIDA. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA EM PROCESSO DE CONSOLIDAÇÃO. CONSULTA RESPONDIDA POSITIVAMENTE.

Considerando que as funções institucionais reservadas ao Ministério Público de Contas –MPC identificam-se plenamente às previstas no art. 127 da Constituição Federal, e que seus membros foram contemplados com as mesmas garantias e vedações relativas aos membros das demais unidades e ramos do Ministério Público (CF, art. 130), impõe-se reconhecer ao MPC a natureza jurídica de órgão do Ministério Público brasileiro.

A característica extrajudicial da atuação do MPC não o desnatura, apenas o identifica como órgão extremamente especializado. Outros ramos do MP brasileiro são especializados e todos exercem atribuição extrajudicial ao lado das funções perante o Poder Judiciário.

A já reconhecida autonomia funcional dos membros do MPC, em sucessivos precedentes do Supremo Tribunal Federal deve ser acompanhada da gradual aquisição da autonomia administrativa e financeira das unidades, de forma a ter garantido o pleno e independente exercício de sua missão constitucional.

A carência da plena autonomia administrativa e financeira não é óbice ao reconhecimento da natureza jurídica ministerial do MPC, antes é fator determinante da necessidade do exercício, por este Conselho Nacional, de uma de suas funções institucionais (CF, art. 130-A, §2º, I), zelando “pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência ou recomendar providências”. Esta atual carência é consequência de um histórico de vinculação, a ser superado, e não pode ser trazida como a causa para negar-se ao MPC a condição de órgão do MP brasileiro. Conclusão diferente levaria ao questionamento da natureza jurídica do MP Eleitoral, que, como amplamente sabido, além de não figurar no art. 128 da Constituição Federal, não dispõe de estrutura, sequer de um quadro permanente de membros.

Situação de gradual aquisição de autonomia já vivenciada pelos demais órgãos do Ministério Público que, historicamente, dependeram, em maior ou menor medida, das estruturas dos tribunais e nunca tiveram, por essa razão, sua condição de Ministério Público questionada.

Consulta respondida positivamente para reconhecer ao Ministério Público de Contas a natureza jurídica de órgão do Ministério Público brasileiro e, em consequência, a competência do CNMP para zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais dos respectivos membros e pela garantia da autonomia administrativa e financeira das unidades, controlando os atos já praticados de forma independente em seu âmbito, e adotando medidas tendentes a consolidar a parcela de autonomia de que ainda carecem tais órgãos. (CNMP, Consulta n.º 0.00.000.000843/2013-39, Rel. Cons. Taís Schilling Ferraz, julgamento em 07/08/2013).

Ademais, a relação entre o Tribunal de Contas e o Ministério Público de Contas não difere da que se passa, por exemplo, entre o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho, ou entre o Ministério Público Comum e a Justiça Comum. A locução “junto” utilizada no texto constitucional significa “ao lado”, e não dentro dos Tribunais de Contas. O mesmo ocorre relativamente ao Ministério Público Comum, que atua junto ao Poder Judiciário, porém não dentro dele. Logo, inexistente justificativa para haja diferença de regime jurídico entre o Ministério Público de Contas e os demais ramos do *Parquet*.

Por tudo isso, a partir de uma leitura da Constituição da República ajustada ao atual momento histórico, é imperioso o reconhecimento da plena autonomia ao Ministério Público de Contas, dotando-o, em consequência, do pressuposto necessário para o controle efetivo dos gastos públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 1ª ed., 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 789. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 26 de maio de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=789&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 03/10/2014.

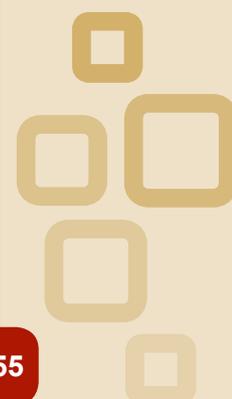
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 27339. Tribunal Pleno. Relator Min. Menezes Direito. Brasília, 02 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=27339&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 03/10/2014.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. II, 1956.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

SILVA, José Afonso. *O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas*. In: *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, vol. 26. Jul/Ago. 2004. p. 255/264.

MPC
DESTAQUE



O MINISTÉRIO PÚBLICO NA TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA

Participação do Dr. Hugo Nigro Mazzilli na série *Ditadura, Democracia e Memória*, promovida pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, em 11 de junho de 2014, na sua sede.

Dr. Marcelo Pedroso Goulart, Diretor da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo:

Amigos da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, nós damos prosseguimento hoje à série – *Ditadura, Democracia e Memória*. Estamos recebendo aqui na sede da Escola, em São Paulo, o colega Hugo Nigro Mazzilli, conhecido de todos nós, um dos maiores nomes do Ministério Público brasileiro, doutrinador de Ministério Público, o maior doutrinador do Ministério Público no Brasil, Professor Emérito desta Casa, dispensa maiores comentários. Como Promotor de Justiça, ingressou na Carreira em 1973 e se aposentou em 1998, e se destacou nesse período como um militante da causa do Ministério Público; fez um trabalho muito bonito durante o processo constituinte, ou até antes do processo constituinte, participando de todas as discussões que levaram à construção do novo perfil do Ministério Público. Hugo, eu agradeço em nome da Escola, pelo fato de você ter aceito este convite para participar conosco dessa discussão, desse debate sobre o Ministério Público na Ditadura e na transição democrática.

Hugo, você ingressou no Ministério Público em plena Ditadura militar. Como foi isso?

Dr. Hugo Nigro Mazzilli:

Bem, caros amigos Marcelo Goulart e Darcy Passos, a quem eu muito respeito, muito admiro. Eu entrei no Ministério Público, vamos dizer assim, sem nenhum exemplo na família: não tinha nenhum Promotor na família; até ao contrário, na família me desencorajaram a ser Promotor, achando que eu deveria ser Juiz. Eu trabalhava como advogado num escritório de advocacia de

um professor da Universidade de São Paulo, que queria que eu fizesse carreira universitária, mas eu decidi que queria ser Promotor porque, de fato, vejam que coisa curiosa, hoje é a primeira vez que eu vejo verbalizado aquilo que estava no meu coração: o Darcy Passos acabou de dizer uma coisa que coincide muito com o que aconteceu comigo. Eu, realmente, até de graça eu seria Promotor, porque aquilo que o Promotor de Justiça faz é o que eu queria fazer: eu queria atender o público; eu queria lutar pela Justiça; eu queria combater aquilo que eu acho errado — e o Promotor pode fazer tudo isso, deve fazer tudo isso. E mais. O Promotor pode fazer tudo isso com independência funcional! Então foi por isso que eu resolvi entrar no Ministério Público.

Naquele tempo, o Ministério Público não era o que é hoje — uma instituição forte, uma instituição independente. O Ministério Público era muito subordinado ao Poder Executivo. Mas há muitos modos de a gente lutar contra uma situação errada; uma delas é tentar mudar de dentro para fora aquilo, e foi o que nós fizemos: muitas pessoas como nós entramos no Ministério Público e mudamos o Ministério Público — e nós fazemos parte da geração que mudou o Ministério Público, alguns com grande sacrifício pessoal, como é o caso do Darcy Passos; outros, com menor sacrifício pessoal, mas também com riscos — é também o meu caso. Passei também por momentos difíceis durante a Ditadura, a começar pela minha família. Minha família é de políticos, meu pai Hugo Mazzilli foi Prefeito de uma cidade do interior, meu tio Ranieri Mazzilli foi Deputado Federal, foi Presidente da Câmara dos Deputados, nessa condição chegou a substituir na Presidência da República algumas vezes. Houve perseguição. O meu tio, especialmente, durante da Ditadura, era oposição, era um dos líderes da oposição, e quando ele se candidatou à reeleição à Presidência da Câmara dos Deputados, isso não convinha ao governo militar, que fez tudo para ele não se candidatasse, inclusive o processou criminalmente, e eu vou dar detalhes aqui. Meu tio foi à eleição, perdeu-a por poucos votos, porque o governo federal estava trabalhando contra o meu tio; em seu lugar foi eleito o Deputado Bilac Pinto, que foi Presidente da Câmara e, em seguida, foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal... E o meu tio — um homem de bem, um homem honrado, morreu pobre, deixou o apartamento que ele tinha, mais nada — uma vida inteira para comprar um apartamento; a minha tia, mulher dele, tinha uma fazenda que era herança dos pais dela, mas o meu tio não tinha mais nada. E o meu tio foi processado pelo Ministério Público de São Paulo, por ordem do governo federal, por crimes que ele nunca fez: investigaram a vida privada do meu tio, mas era de tal tamanho a injustiça que lhe foi feita, que, para vocês terem uma

ideia, durante a Ditadura, a denúncia que foi dada pelo Ministério Público de São Paulo, por ordem do Procurador-Geral de Justiça Mário de Moura Albuquerque, essa denúncia foi rejeitada pelo juiz aqui de São Paulo, Capital, durante a própria Ditadura! A denúncia foi rejeitada! O que o Ministério Público de São Paulo fez? Recorreu em sentido estrito ao Tribunal de Justiça. O que fez o Tribunal de Justiça, aqui em São Paulo, durante a Ditadura? Manteve a rejeição da denúncia, por unanimidade! O que o Ministério Público de São Paulo fez? Recorreu ao Supremo Tribunal Federal — naquele tempo não havia Superior Tribunal de Justiça. O que o Supremo Tribunal Federal fez, mesmo durante a Ditadura? Manteve a rejeição da denúncia, todos os julgamentos por unanimidade! O número desse processo e todos os detalhes eu não guardo de cabeça, mas é fácil — se vocês quiserem ir ao meu *site*, tem o livro *Muitas vidas*, de meu pai, que conta tudo isso com detalhes, inclusive dando o número do processo, o nome do Juiz que rejeitou a denúncia, o nome dos Desembargadores que funcionaram no recurso e o nome dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.¹

Da minha parte, eu me lembro de um episódio que ocorreu durante a Ditadura, que foi o seguinte. Eu era já Promotor de Justiça substituto, tinha entrado na instituição, uma instituição que servia o Poder Executivo — não todos seus membros; muitos pagaram caro por não servir o Poder Executivo, como é o exemplo de Plínio de Arruda Sampaio, Darcy Paulillo dos Passos, Antônio Sérgio Pacheco Mercier, Chopin Tavares de Lima e vários outros. Mas muitos, muitos, numa atitude mais modesta, como era o meu caso — que também não era sequer da mesma geração que eles —, eu sustentei naquela época, mesmo durante a Ditadura, que o Ministério Público precisava de independência funcional. Em 1976, eu apresentei essa tese em seminário de grupos de estudos do Ministério Público paulista, com grande reação contrária dos Procuradores de Justiça e dos Promotores mais antigos — nós pusemos isso em votação e ganhamos! E minha tese está publicada na Revista dos Tribunais da época, volume 494, página 269, na qual eu sustento que o Promotor tinha direito de resistência às designações do Procurador-Geral, quando fossem para tirar Promotores da comarca ou para tirar o Promotor de suas atribuições!

Depois, houve passos mais recentes. Não diria que foi mérito do Ministério Público — foi mérito da nossa sociedade, que evoluiu, e chegou o ponto em que a Ditadura começou a se enfraquecer, e os próprios militares chegaram à

¹ No site <http://www.mazzilli.com.br/pages/livros/muitasvidas.html> está disponível em inteiro teor o livro *Muitas vidas*, de Hugo Mazzilli, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 1998.

conclusão de que eles deveriam sair de cena. Isso ocorreu quando agora nós já estávamos nos inícios dos anos 80. A esta altura, o Ministério Público nacional já tinha uma certa organização, nós já tínhamos um Colégio Nacional de Procuradores-Gerais, nós tínhamos uma Confederação Nacional do Ministério Público, e nós já trabalhávamos em vistas de uma nova ordem constitucional. E nesta fase também, nós, como muitos outros, lutamos por um Ministério Público que servisse ao regime democrático, e não mais servisse à Ditadura!

Dr. Marcelo Pedroso Goulart:

Hugo, você falou da sua tese sobre a independência funcional, que certamente foi apresentada em algum seminário de grupos de estudos...

Dr. Hugo Nigro Mazzilli:

Em 1976.

Dr. Marcelo Pedroso Goulart:

Eu aqui estou recordando um texto, parece-me um texto seminal do Ministério Público social de hoje, do Cândido Dinamarco, publicado na Revista *Jus-titia*, em 1968, que é fruto de uma palestra que ele fez no âmbito de grupo de estudos — *O Ministério Público na sistemática do Direito brasileiro*. Então veja bem: um texto importante do Cândido, que estou citando, fruto de uma palestra no grupo de estudos; a sua tese sobre independência funcional, apresentada no âmbito de grupo de estudos... Como foi grupo de estudos nesse período que gestou o Ministério Público da democracia?

Dr. Hugo Nigro Mazzilli:

Os grupos de estudos do Ministério Público paulista foram fundados em 1967. O Mário de Moura Albuquerque tinha sido um grande líder da instituição. Pessoalmente eu não tenho boas lembranças dele, pelas razões que contei; eu posso dizer outras também. Mas, para a instituição, ele foi um líder muito importante, e, quando ele morreu, os Promotores quiseram homenageá-lo e fizeram uma reunião inicial em Bauru, e depois outras e outras... Eram reuniões informais, para discutir teses jurídicas, para discutir assuntos de atualidade, e esses grupos foram se tornando uma referência importante na evolução institucional do

Ministério Público. Eu me lembro que, em 1976, eu era Promotor substituto, já há 3 anos, a carreira fechada, as promoções muito lentas, e o Dante Busana — que era um Promotor de Justiça de entrância especial, muito culto, um Promotor de grande respeitabilidade, um grande profissional, um dos maiores Promotores que eu conheci —, o Dante Busana tinha de fazer uma palestra em Bauru, justamente no Grupo de Estudos Mário de Moura Albuquerque, e seria num sábado. Ele deveria falar sobre *O Ministério Público no processo penal*. Naquela semana, houve um problema sério de saúde na família dele, e ele avisou que não poderia ir no sábado fazer a palestra. O coordenador-geral de grupos de estudos era o Álvaro Pinto de Arruda; ele se aliou ao Júlio César Ribas, um modelo de Promotor — na minha opinião, talvez um dos Promotores mais eficientes e que mais souberam compreender a atuação da nossa instituição — ele não ia atrás da doutrina alemã, da doutrina italiana; ele ia muito bem no arroz-com-feijão, que é isso o que precisa ser feito pela nossa instituição, dentro do prazo, que ele cumpria, e fazia, e trabalhava. Esses dois Promotores me procuraram. Eu trabalhava na Equipe de Repressão a Roubos e eles me falaram o seguinte: Hugo, o Dante não vai fazer a palestra no sábado; nós queríamos convidar você. Eu tomei aquilo como brincadeira — faltavam quatro dias para a palestra, e eu, um Promotor substituto, iria substituir Dante Busana?!... O Dante Busana era um grande luminar do Ministério Público, e eu era um Promotor substituto... Seria uma ousadia, um atrevimento, até um desrespeito a quem fosse assistir à palestra do Dante Busana, chegar lá e encontrar um Promotor substituto. Eu falei: não, não vou, não posso ir; imaginem quem chegue lá e não encontre o Dante! “Ah, não! Se o problema é esse, nós vamos mandar uma circular para a classe!” — e ambos se levantaram e saíram, me deixando perplexo. Eles rodaram a circular, e lá estava eu tendo de ir para Bauru para substituir Dante Busana... E aconteceu uma coisa interessante: eu tinha, naqueles momentos que antecederam a palestra, tido a coincidência de ter trabalhado num caso na Equipe de Repressão a Roubos, em que se discutiam os limites dos poderes de designação do Procurador-Geral. Isso porque a nossa Equipe de Repressão a Roubos era toda ela composta de Promotores designados — nenhum deles tinha cargo de Promotor de Justiça de repressão a roubo, especificamente. Nós éramos Promotores designados pessoalmente por portaria do Procurador-Geral, em prejuízo das atribuições dos Promotores que oficiavam junto às Varas, que ficavam impedidos de atuar nos processos de roubo que a nós tinham sido cometidos. E quando um Promotor junto à Vara funcionava num processo de roubo em contrariedade ao texto da portaria, nós, zelosamente, ciosamente, combatíamos a atitude do Promotor — às vezes até com bastantes motivos. Eu me lembro de um caso que eu tive

como referência, era um caso muito suspeito: o réu de roubo tinha sido absolvido, apesar de reconhecido pela vítima, pelas testemunhas, o produto do roubo apreendido em seu poder, mas quem tomou ciência daquela absolvição injusta, absurda mesmo, tinha sido o Promotor que oficiava junto à Vara, e que não recorreu... Por que ele não recorreu? Não sei... excesso de serviço? Distração? Incúria? Porque o cartório pôs o processo na pilha errada?... Aquele processo era nosso, era da equipe! E transitou em julgado a absolvição. O que fiz? Eu interpus uma apelação, alegando que o “ciente” anterior era nulo; negado o processamento do apelo, eu interpus um recurso em sentido estrito, para discutir as atribuições do Promotor junto à Vara, dizendo que ele não tinha atribuições para tomar aquela ciência. E ganhei o recurso, no Tribunal de Justiça de São Paulo, que concluiu que, se o Procurador-Geral tinha designado outros Promotores para officiar no feito, valia a designação, e não a atribuição do Promotor afastado. Naturalmente, fiquei todo contente por ter ganho meu recurso... Entretanto, em seguida a isso, Jaques de Camargo Penteado, um colega de Equipe de Representação a Roubos, teve um caso igual ao meu — recorreu e perdeu... E quando eu comparei os dois acórdãos — aquele do caso que eu ganhei, que dizia que o Procurador-Geral pode designar quem ele quiser, e aquele do caso do Jaques, que ele perdeu, e que dizia que o Procurador-Geral tem limites nas suas designações — aí aconteceu o incrível! Eu me convenci de que o certo era o acórdão do segundo caso, não o que eu ganhei, e sim aquele que impunha limites aos poderes de designação do Procurador-Geral... É que, comparando tecnicamente os dois acórdãos, eu percebi que os limites do poder de designação do Procurador-Geral são uma garantia para a sociedade: limitando-os, ele fica sem poder manipular a instituição; o importante é que o Promotor tenha as atribuições do cargo, e não aquelas ao alvitre do Procurador-Geral, que possa tirar ou pôr num processo quem ele quiser — o que, muitas vezes, ainda mais numa situação de Ditadura, é o que mais convém ao governo! A manipulação das designações permitiria ao governante, que na época nomeava e destituía livremente o próprio Procurador-Geral — permitiria ao governante afastar o Promotor que o incomoda, ou permitiria designar o Promotor que esteja aliado à sua tese. A partir daí, eu fui para a palestra de Bauru, no grupo de estudos, com esta ideia, ou seja, para discutir exatamente os limites dos poderes de designação do Procurador-Geral. E eu sustentei, naquela ocasião, que o Promotor, titular de Promotoria, que tenha recebido atribuições por uma distribuição fundada em critérios *da lei*, tem direito às atribuições do cargo, e não pode ser afastado discricionariamente pelo Procurador-Geral, e, se afastado fosse, ele teria direito de resistência e mandado de segurança: isso está na *Revista dos Tribunais*, volume 494, página

269. Foi meu primeiro artigo publicado nessa revista... E, nessa ocasião, nós sustentamos isso no seminário do fim do ano, sendo que a Associação Paulista do Ministério Público nos apoiou, porque mais progressista. Ela contava com um grupo de Promotores notáveis, avançados, como o João Lopes Guimarães, o Carlos Siqueira Netto, e eles me estimularam a ir até o seminário de 1976, em Serra Negra, onde eu apresentei a tese de que o Promotor tem de receber suas atribuições em virtude de critérios legais, e não por vontade unipessoal do Procurador-Geral que, naquele tempo, era nomeado e demitido livremente pelo Governador do Estado! E essa tese foi vitoriosa!

E até aconteceu uma coisa curiosa... Quando terminou a votação no seminário, nós ganhamos por poucos votos. A instituição era muito dividida a esse respeito naquele tempo: havia o setor mais progressista, mas também havia o setor conservador, que era notável também. Aí aconteceu o seguinte: quando terminou a votação e nós ganhamos a aprovação da minha tese de que o Promotor deveria ter direito às atribuições do cargo — tese que hoje é conhecida como *princípio do promotor natural* —, o Dante Busana, que estava presente ao seminário de fim de ano (ele não tinha ido à palestra de agosto, mas o seminário ocorreu em dezembro de 1976), o Dante se virou para mim e disse: Hugo, essa sua tese vai trazer um mal incalculável para a instituição. E por que, Dante, perguntei. Disse ele: porque vai permitir que o mau Promotor se recuse a ser afastado pelo bom Procurador-Geral. Eu retruquei: Dante, eu tenho medo do contrário: do mau Procurador-Geral afastar o Promotor que esteja cumprindo as suas obrigações!

E o tempo passou, nós vemos que essa tese não causou mal algum à instituição, pelo contrário: hoje é uma tese reconhecida nacionalmente. Existem até acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o princípio do promotor natural, que é a existência de um órgão do Ministério Público, dotado de atribuições previstas na lei, e não dependentes da vontade unipessoal do Procurador-Geral, o qual hoje já ganhou mais garantias, maior independência, porque tem mandato, mas, assim mesmo, continua sendo escolhido pelo chefe do Poder Executivo... ou seja, ainda é, de todos os membros do Ministério Público, aquele que teoricamente tem alguma ligação com os governantes e a política partidária, ao contrário dos Promotores, que são investidos por concurso.

Dr. Marcelo Pedrosa Goulart:

Hugo, eu gostaria que você relatasse para nós um momento importante da vida institucional, que foi o momento de mobilização dos Promotores de Justiça de São Paulo e do Brasil, para pôr na nova Constituição esse perfil de Ministério Público comprometido com as causas sociais, com a construção da Democracia, naquele momento importante da *Carta de Curitiba*, e depois o próprio acompanhamento que o Ministério Público fez durante o processo de elaboração da Constituição.

Dr. Hugo Nigro Mazzilli:

Quem abre a Constituição hoje no art. 127 e vê que o Ministério Público está vocacionado à defesa de valores sociais, e mais, está vocacionado à defesa do próprio regime democrático, acha isso absolutamente natural. Eu imagino que, se eu perguntasse a qualquer um dos senhores aqui se o Ministério Público tem alguma coisa a ver com a Democracia, creio que a resposta unânime seria *sim*— ninguém negaria isso hoje. Também se eu perguntasse isso a alunos numa Faculdade de Direito, ou se perguntasse aos Promotores, ou até se eu saísse à rua e perguntasse a pessoas razoavelmente bem informadas — essa seria a resposta... Mas não foi fácil chegar a isso, e nem essa vinculação é tão óbvia assim. Por quê? O Ministério Público nasceu dentro do Estado, como braço do governante, como braço do rei. Assim, que ele servisse o governante, era a coisa mais natural — não tinha nada a ver com Democracia: o Ministério Público nasceu para servir o governante — essa é a realidade da nossa *certidão de nascimento*... Entretanto, com o passar do tempo, as coisas foram mudando, e essa mudança não foi suave.

Quero contar aqui apenas alguns episódios mais próximos que levaram ao momento que nós estamos vivendo hoje. Eu me lembraria que, quando a Ditadura militar ainda estava no auge de sua força, em 1981 o Governador nomeado de São Paulo era Paulo Maluf. Ele tinha congelado a remuneração dos Promotores e Juízes, numa época de inflação altíssima; os Magistrados então tinham se dado um auto-aumento valendo-se da autonomia do Poder Judiciário, e então surgiu uma desequiparação real entre Promotores e Juízes, com clima de grande mal-estar, e a Associação Paulista do Ministério Público entrou em clima de assembleia geral permanente. Nesse momento, um grupo de Promotores começou a ventilar a ligação do Ministério Público com Democracia. O

primeiro trabalho foi apresentado em janeiro de 1982, numa assembleia geral da Associação: Carlos Francisco Bandeira Lins disse que, como o Ministério Público almeja a construção de uma sociedade plenamente democrática, a luta pela adoção de novas regras legais que o estructurem deve levar isso em conta. Isso foi uma influência já da Constituição portuguesa de 1976, que já falava numa ligação entre Ministério Público e “legalidade democrática”. Pouco depois, creio que dois meses depois — era uma assembleia permanente —, eu estava presente a esta assembleia, foi no Auditório Queiroz Filho, o Ministério Público ainda estava instalado no Edifício João Mendes Júnior, 15º andar, nesta Capital, um grupo de Promotores de Justiça, entre os quais me lembro de Cláudio Brochetto, Liliana Buff de Souza e Silva e outros assinaram uma moção, propondo que o Ministério Público deveria destinar-se à defesa da legalidade democrática. Isso é uma coisa que hoje passaria sem discussão, salvo possivelmente quanto a aspectos redacionais. Pois naquele tempo deu uma discussão pesadíssima, agressiva, já que muitos achavam que o Ministério Público não tinha nada que ver com Democracia, nada! Isso foi a votação. Eu vi o livro de atas. Havia 176 Promotores naquele auditório. Sabem como terminou a votação?... Empatada!... Metade dos Promotores achava que o Ministério Público não tinha nada a ver com a Democracia, e outra metade achava o contrário! A situação era inédita, e os votos eram baseados na contagem de quem levantava o braço. Então era um tanto confuso, pois tinha uma porção de colegas contando e recontando os votos... Acho até que foi uma coincidência muito grande de, numa situação de contagem tão precária como essa, a votação terminar empatada... Mas terminou empatada! E o Presidente da Associação era Cláudio Ferraz de Alvarenga. Percebia-se o inusitado da situação, uma situação também delicada, pois estávamos na Ditadura... Aprovar que o Ministério Público tinha alguma coisa a ver com a Democracia, estando dentro de uma Ditadura, era um ato hostil à Ditadura. Presidente da Associação, político hábil, resolveu a questão da seguinte forma: em vez de dar seu voto de minerva, mandou contar os votos outra vez!... Quem sabe na segunda contagem a coisa se esclarece... Surpresa! A segunda contagem terminou... empatada! As pessoas tinham convicção: quem era contra a ligação com a Democracia, era contra; quem era a favor, era a favor... Que é que o Presidente da Associação tinha de fazer? Regimentalmente ele tem de dar o voto de minerva, é o desempate, ele tinha de desempatar, não tinha saída. Sabem o que ele fez? Ele interrompeu a assembleia, por uns 10, 15 minutos, ele foi pensar o que ele iria fazer... Alguém interromperia uma assembleia dessas, hoje em dia, para decidir uma questão dessas? Naquele tempo, porém, era delicado, pois se ele dissesse *tem ligação*, era uma posição política que a associação es-

tava tomando; *não tem ligação*, é outra posição. Vinte minutos depois, meia hora depois, ele reabriu a sessão e desempatou, a favor de o Ministério Público ter ligação com a defesa da legalidade democrática! Isso foi em 1982. Nós tínhamos acabado de ver entrar em vigor uma Lei Orgânica Nacional do Ministério Público — a Lei Complementar n. 40/81 — que, aliás, contou com a colaboração de Darcy Passos, que era Deputado Federal na época e trabalhou muito nessa lei. No corpo dessa lei nós já tínhamos tentado inserir a ligação do Ministério Público com Democracia, o que não tinha passado, evidentemente.

Agora temos um momento subsequente. Já estamos chegando às vésperas do fim do governo militar. O governo militar nos anos seguintes da década de 80 já estava começando a perceber que já tinha muito desgaste e já estava se retirando de cena sem revolução, sem derramamento de sangue. O Tancredo Neves tinha acabado de ser eleito, por eleição indireta, na qual ele ganhou a Presidência da República do Paulo Maluf. Todo o Brasil percebeu que as coisas iam mudar e uma nova ordem constitucional teria de surgir, nós sabíamos disso: era uma aspiração popular. O Ministério Público tinha dois caminhos: o primeiro seria cruzar os braços e esperar as mudanças, e o outro seria tentar colaborar e participar dessas mudanças. Foi este o caminho que nós escolhemos. As lideranças do Ministério Público nacional na época entenderam que nós deveríamos mobilizar a opinião pública. Como? Mostrando que o Promotor de Justiça já era o defensor do povo. Aquilo que o Darcy Passos e tantos outros já faziam, atendendo o público, propondo as reclamações trabalhistas que nós fazíamos, que eram tão desgastantes, mas tão importantes; aquele atendimento nas questões de família — tudo isso é o *ombudsman*! Quantas vezes a gente resolvia problemas familiares, problemas econômicos, problemas sociais... Tudo isso o Ministério Público precisava mostrar aos constituintes que ele tinha aptidão para essa função, quando se falava na criação de um *ombudsman* fora do Ministério Público — o ouvidor do povo. Nós queríamos mostrar que o Ministério Público não era a advocacia do Estado; nós não tínhamos que defender o Estado. Este precisa de defesa, mas pelos seus advogados; mas nós queríamos, nós precisávamos de um Ministério Público independente, que pudesse defender a sociedade muitas vezes até mesmo contra o Estado.

Assim, nós fizemos um congresso nacional de Ministério Público em 1985, aqui em São Paulo, e o tema era *Ministério Público e constituinte*. Nós só aceitávamos teses que tinham alguma coisa a ver com Ministério Público e constituinte. Para este congresso, acorreram Promotores do Brasil todo; não houve

nenhum Estado da Federação que não estivesse presente. Todos os Estados! Nós tivemos mil Promotores aqui neste congresso! Era um número expressivo, pois naquela época, no Brasil todo só havia 5 mil Promotores! Nós tínhamos mil, aqui reunidos, no congresso no Hotel Transamérica. Nós apresentamos várias teses, como para discutir se o Ministério Público deve ser órgão do Poder Executivo, do Poder Legislativo, do Poder Judiciário ou órgão independente; se o Procurador-Geral precisa ter mandato ou não; se ele precisa ser escolhido dentro da classe ou se pode ser escolhido fora da classe, como podia ser, naquela época — o Procurador-Geral, chefe do Ministério Público, podia ser um advogado, uma pessoa de “notável saber jurídico”, que não fizesse parte sequer dos quadros da instituição; se o Ministério Público precisava de garantias — inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos; se o Ministério Público devia ter, ou não, exclusividade da ação penal pública; se devia ter ação civil, a defesa do meio ambiente... Todos estes assuntos ainda não constavam da Constituição, e nós queríamos pô-los nela, para dar força e estabilidade ao Ministério Público.

Nesse momento, com as teses do congresso de Ministério Público de 1985, nós fomos para um encontro em Curitiba, capital do Paraná, em junho de 1986. Neste encontro, pela primeira vez, nós reunimos todos os Presidentes de associações de Ministério Público e todos os Procuradores-Gerais... Isso porque, até então, os Procuradores-Gerais tinham o seu órgão, o Colégio Nacional de Procuradores-Gerais, e os Presidentes de associações também tinham o seu órgão, que era a Conamp, então Confederação Nacional do Ministério Público. Acreditem: eles nunca tinham se sentado juntos! Nós reunimos os dois órgãos e fomos para Curitiba, contando também com a presença do Procurador-Geral da República, apesar de este sequer integrar o Colégio Nacional de Procuradores-Gerais. São Paulo foi com uma delegação recorde: nós fomos com dez Promotores. Os outros Estados foram com pelo menos 3: o Procurador-Geral, o Presidente da Associação e um assessor. Ficamos três dias num hotel, discutindo o perfil do Ministério Público que nós queríamos para a Constituição que iria ser feita em 1988.

Naquele tempo, o Ministério Público era muito díspar. Aqui em São Paulo, o Promotor tinha garantias equivalentes às do Judiciário; o Procurador-Geral era da carreira, tinha mandato; os membros do Ministério Público não advogavam... Mas isso não era assim em todos os Estados: no Rio de Janeiro, os Promotores advogavam; o Ministério Público Federal era chefiado por um advogado, que era o Procurador-Geral da República, José Paulo Sepúlveda Pertence, aliás, presente ao encontro; o Ministério Público Federal exercia a defesa patrimonial

da União como advogado da União; os vários Ministérios Públicos nacionais sequer tinham os mesmos órgãos, pois em alguns Estados o Procurador-Geral acumulava as funções de corregedoria, enquanto São Paulo e outros Estados já tinham órgãos separados para isso.

Nós queríamos um perfil nacional para o Ministério Público, e foi muito difícil obter isso, porque, em Curitiba havia, pois, grande disparidade de Ministérios Públicos. Enquanto o Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo, Minas e outros Estados tinham muitos pontos semelhantes em seu perfil, por outro lado o Rio de Janeiro, o Ministério Público Federal e outros Estados puxavam para baixo a instituição, nesses pontos indicados, pois queriam que os membros do Ministério Público continuassem advogando, ou seja, exercendo a advocacia privada. Isso era um erro muito grande, porque, se o membro do Ministério Público é ao mesmo tempo advogado, ele *tende* a poder dar mais atenção aos casos de sua banca privada que aos casos da sua banca pública, cuja remuneração já está garantida de antemão...

Então, nós fomos para esse encontro em Curitiba, e a discussão foi muito grande, a tal ponto que vou contar um pormenor a vocês, que ocorreu quando nós estávamos votando se o membro do Ministério Público pode fazer advocacia privada. São Paulo disse *não pode*, não tem cabimento, isso é um desvio da função primordial, que é servir a população e não ao cliente particular do advogado. Quando nós dissemos isso, a bancada do Rio de Janeiro se levantou, capitaneando a posição contrária. Eles levaram um grande jurista, um homem muito culto, Sérgio D'Andrea Ferreira, um administrativista famoso, Procurador de Justiça, era dono de uma das maiores bancas de advocacia do Rio de Janeiro naquela época — era membro do Ministério Público e dono de uma banca de advocacia. Ele defendeu veementemente que o membro do Ministério Público precisava advogar, e nós combatemos essa posição. E a um momento, o Sérgio D'Andrea, percebendo que ia perder, se levantou e disse o seguinte: mas eu estou aqui para cuidar da minha vida! O Promotor paulista Pedro Franco de Campos, que estava presente, aparteou e disse: então saia, porque aqui nós estamos cuidando do Ministério Público! Ele se levantou e saiu, junto com o Navega e o Biscaia, respectivamente Procurador-Geral e Presidente da associação carioca!... E nós ficamos, votamos e ganhamos, e proibimos o membro do Ministério Público de exercer a advocacia! Depois a bancada do Rio acabou voltando para discutir outros assuntos, mas tudo isso aconteceu! É para vocês verem como as coisas foram difíceis, delicadas...

Vou contar outro episódio da Carta de Curitiba, muito curioso... José Paulo Sepúlveda Pertence, depois foi Ministro do Supremo Tribunal Federal, era o Procurador-Geral da República. Ele estava presente ao evento, por deferência dele, porque o Ministério Público Federal não integrava nem a Conamp nem o Colégio Nacional de Procuradores-Gerais. Mas ele foi convidado e foi, para prestigiar o evento; teve um papel importante, nos ajudou muito na Constituinte — menos na questão da advocacia, porque eles queriam continuar advogando... Houve um episódio que me envolveu, e a ele também. Eu lutei muito, e usei a palavra por São Paulo nesse episódio, para sustentar a necessidade de o Procurador-Geral ter investidura por tempo certo, para não poder ser demitido livremente pelo chefe do Poder Executivo como era naquela época. E todos concordaram, acharam razoável, muito bem, e o próprio Pertence achou muito bom, muito bonito... Só que eu queria isso para *todos* os Procuradores-Gerais, evidentemente! Chegou, porém, a hora de votar se o Procurador-Geral do Trabalho e o Procurador-Geral Militar precisavam ter investidura por tempo certo, o Pertence pediu a palavra e disse que não, para esses dois não, porque eram cargos de confiança do Procurador-Geral da República e, para ter mais harmonia no Ministério Público da União, era necessário que ele escolhesse aqueles que tivessem uma certa afinidade com o Procurador-Geral da República. Eu retruquei: deixa ver se eu entendi — quer dizer que para o senhor ter autonomia e independência funcional, o senhor quer mandato, para os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados eles também querem mandato, mas para os Ministérios Públicos do Trabalho e Militar, eles não precisam nada disso?! Foi aquele clima desagradável, fomos para votação, ganhamos — na Carta de Curitiba todos os Procuradores-Gerais adquiriram o direito ao mandato, o que é uma realidade hoje. E o Pertence, na hora em que terminou a votação, que o desfavorecia (ele não votou, nem podia votar, mas ele tinha bastante prestígio, ele tinha voz, era o presidente honorário da sessão), ele se virou para o Luiz Antônio Fleury Filho, que era o Presidente da Conamp, ou para o Antônio Araldo Ferraz dal Pozzo, que era seu Secretário, não me lembro mais exatamente a qual dos dois ele se dirigiu, e ele deu uma cochichada para um deles, tampando a boca com a mão, e não ficamos sabendo o que tinha sido. Após, eu cheguei ao Fleury e ao Araldo e lhes disse: escutem, o que foi que o Pertence cochichou para vocês, no fim da votação? Eles me disseram: o Pertence perguntou se você era Promotor da oposição... Na verdade, eu tinha sustentado uma posição bem diversa daquela que convinha a ele...

Mas nós tivemos um mérito em Curitiba. Em Curitiba, nós conseguimos, pela primeira vez, fazer um texto de consenso. Era um consenso meio forjado a

martelada, porque o Rio de Janeiro não saiu convencido; o Procurador-Geral da República não saiu convencido... nós também não saímos convencidos! Nós, de São Paulo, em algumas coisas lá tivemos de abrir mão para dar acordo. Por exemplo, na Carta de Curitiba tivemos de aceitar que o Procurador-Geral da República pudesse ser escolhido fora da carreira — a pedido do Pertence. A Carta de Curitiba, nesse ponto, foi fraca, mas foi um modo de a gente costurar um acordo, para podermos ir a Brasília, na Constituinte, com um texto na mão, caso contrário iríamos com vinte e tantos textos, que eram os vinte e tantos Ministérios Públicos que existiam naquela época. E nós fizemos esse acordo.

E o que aconteceu em Brasília? Aí começou a Constituinte. O primeiro momento de trabalho da Constituinte, não sei se vocês sabem, foi protagonizado pelo Ministério Público. O constituinte Plínio de Arruda Sampaio era o Presidente da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. Plínio, filho de Promotor, ele próprio Promotor cassado, Plínio de Arruda Sampaio começou com o primeiro ato da Constituinte, que foi uma audiência pública na qual ele ouviu o Presidente da Conamp, que a esta altura era Antônio Araldo Ferraz dal Pozzo, para saber as perspectivas que nós reivindicávamos na Constituinte. O Araldo, muito bem preparado, foi com um discurso social muito importante, querendo dizer que nós tínhamos com que contribuir para a Nova República, para a nova filosofia de um Ministério Público comprometido com a sociedade e não mais com o governante, um Ministério Público que pudesse servir às necessidades da população, até mesmo em contraste com o governante, se este se recusasse a conceder direitos constitucionais. E aquilo impressionou bem, teve bastante aceitação. A seguir, nós fomos de etapa em etapa, lutando com as dificuldades e percalços naturais do processo constituinte, e nós estávamos crescendo, nós estávamos indo bem — o Ministério Público estava com um perfil forte, avançado, progressista — quando aconteceu um desastre... Abril de 1988... Nós ainda não estávamos na fase final de promulgação... O relatório do constituinte Bernardo Cabral relator-geral já tinha sido encaminhado, o Ministério Público estava bem razoável na situação, quando surgiu um movimento paralelo na Constituinte... Um grupo muito grande de constituintes, percebendo que eles estavam marginalizados das grandes decisões, que estas estavam sendo tomadas em gabinetes e não no plenário da assembleia nacional constituinte, — esse grupo fez um movimento que se chamou, se autodenominou, e a quem a imprensa também denominou de *Centrão*... E o *Centrão* era um movimento mais de direita, ou de centro-direita, do que de centro-esquerda; era bem reacionário em algumas questões — na parte econômica, na parte de direitos sociais e, evidentemente,

na parte do Ministério Público, pois o Ministério Público exprime muito a filosofia de um Estado. Se o Estado é progressista, dar garantias a um Ministério Público forte só é possível num país democrático. Ministério Público forte pode existir em qualquer lugar, mas não com garantias, mas não independente! E nós estávamos planejando o perfil de um Ministério Público independente e autônomo. Mas, nesse momento, o *Centrão* alterou o capítulo todo do Ministério Público, entre outras coisas. E aí foi um desastre: o Ministério Público caía a uma situação lamentável — melhor do que na Carta de 1969, sim, mas muito inferior à Carta de Curitiba e ao que nós já tínhamos construído até ali na constituinte, em termos de independência funcional, inamovibilidade etc. — até porque o projeto do *Centrão* instituía a hierarquia funcional, que é, a meu ver, o contrário da independência funcional. Nós ficamos extremamente preocupados com isso. Então, tivemos de tomar uma decisão muito delicada. O Antônio Araldo Ferraz dal Pozzo era o presidente da Conamp; ele reuniu seus colaboradores mais diretos, entre os quais eu estava na época, e nos disse: e agora, o que nós fazemos? Ora, regimentalmente nós tínhamos dois caminhos: o primeiro era tentar modificar alguma coisa pontual, para o que nós precisaríamos de emendas aprovadas em plenário; o outro, era tentar derrubar todo o texto do *Centrão*, em bloco, no que dizia respeito ao Ministério Público. E este último caminho era fácil; por incrível que pareça, derrubar tudo não era o difícil; o difícil era colocar alguma coisa no lugar do que saísse! Havia acordo de fazer destaques supressivos; a supressão seria admitida, e a inclusão do texto substitutivo seria votada separadamente. Assim, nós sabíamos que, se constituintes nossos aliados apresentassem um destaque supressivo, seria retirado todo o capítulo do Ministério Público elaborado pelo *Centrão*, mas aí nós correríamos o risco de nada conseguir colocar no lugar, e o Ministério Público nem entrar na Constituição... ou entrar apenas um artigo dizendo que o Ministério Público seria regulamentado por lei infraconstitucional! Essa era nossa situação, esse era nosso dilema! E tínhamos de tomar essa decisão. E tomamos... resolvemos correr o risco! Risco para nossa geração atual e para as gerações futuras! Nós propusemos a supressão do capítulo do Ministério Público, que o *Centrão* tinha posto. Aí nós ficamos *costurando* um capítulo de substituição, que é esse que está em vigor na Constituição de 1988, o qual tivemos a felicidade de conseguir aprovar!

No dia em que foi votado o atual capítulo do Ministério Público, eu estava na Constituinte. Eu estava nas galerias. Naquele tempo, as galerias ainda eram abertas, como no tempo em que o Darcy Passos era Deputado Federal; hoje elas são fechadas. Nós estávamos assistindo à votação, e eu me lembro do Ulis-

ses Guimarães presidindo a sessão. Ele estava sentado à mesa, na presidência; em pé, do lado direito dele estava o Ibsen Pinheiro, constituinte do Rio Grande do Sul, e do lado esquerdo o Theodoro Mendes, deputado constituinte de São Paulo, ambos Promotores de Justiça. A votação do capítulo do Ministério Público estava correndo no plenário. O Ulisses só tinha dado início à discussão, e aí dava para perceber que havia alguma coisa com a qual ele não estava de acordo: ele punha o dedo no texto que estava à sua frente, e fazia sinal negativo com a cabeça, e sua mão foi em direção ao microfone, para encaminhar a votação. O Ibsen segurou a mão do Ulisses Guimarães e falou com o Ulisses; o Teodoro chegou-se do outro lado. O Ulisses, mais duas ou três vezes, fez o mesmo gesto em direção ao microfone, mas não chegou a pegá-lo... e a discussão correndo no plenário... Enfim, o Ulisses não falou nada, e a votação acabou ocorrendo, e nós ganhamos com 350 votos a favor, 12 votos contrários e 21 abstenções. Os constituintes pararam, virando-se para nós, no plenário, e nos aplaudiram, a nós, que éramos os representantes do Ministério Público na ocasião.

Após, eu cheguei para o Ibsen Pinheiro e disse a ele: Ibsen, o que é que o Ulisses não queria, fazia sinal de não, e queria falar no microfone? O Ibsen me disse: Hugo, o Ulisses achava que estava tudo bem no capítulo do Ministério Público, menos as garantias: ele achava um absurdo o Promotor querer as garantias do Juiz, especialmente a vitaliciedade — e nós convencemos a ele, dizendo que isso era necessário, para ele não falar! Observo que o Ulisses tinha muito prestígio: talvez uma palavrinha dele, naquela hora, pudesse nesse aspecto causar alterações...

Quando a Constituição foi promulgada e trouxe esse novo perfil para o Ministério Público, nós adquirimos uma nova realidade, que eu gostaria de dizer, com toda a franqueza, na minha opinião, ainda falta ser *vivida*. É que essa destinação que o Ministério Público tem, em defesa do regime democrático o Ministério Público está apenas começando a praticar. Para que ele realmente seja essencial ao regime democrático, ele precisa ter um papel maior no nosso país, porque nós estamos muito longe de uma verdadeira Democracia. Querem ver por quê?

Dr. Marcelo Goulart:

Nessa perspectiva que você está colocando aqui, Hugo, eu gostaria de fazer uma pergunta. Na postura de sua trajetória, sua vida, sua militância pela

causa do Ministério Público — eu gostaria de fazer a seguinte pergunta: como é que você vê o Ministério Público hoje, o papel que ele deve cumprir na sociedade brasileira de hoje, para levar adiante o projeto de construção de uma Democracia verdadeiramente substantiva?

Dr. Hugo Nigro Mazzilli:

Muito bem. É exatamente esse o ponto. Democracia é mais do que apenas o governo da maioria do povo. É o governo da maioria do povo, respeitados os direitos da minoria: esse é o primeiro ponto que aqui no Brasil ainda não se aprendeu a respeito. Não podemos transformar a Democracia, como disse James Bovard, numa reunião de três lobos e uma ovelha votando em quem vai ser o jantar... Aqui no Brasil nós temos muitas vezes toda a dificuldade para a minoria até mesmo fiscalizar a maioria — vejam o que está acontecendo nas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), com as dificuldades investigatórias que o governo cria à minoria para impedir de ser investigado. Ora, a investigação pelas minorias é algo que deveria ser natural! E o Ministério Público nisto? E as CPIs que estão em andamento sem participação da oposição, porque, embora tenha requerido sua instalação, dentro delas não tem espaço, pois a maioria dominou tudo? Mais ainda do que isso: que Democracia é essa, em que a população não está representada adequadamente, sendo que Estados mais populosos proporcionalmente têm menos representação política que Estados menos populosos? Que Democracia é esta, na qual o Ministério Público tem um papel acanhadíssimo na Justiça Eleitoral, baseado num Código Eleitoral do tempo da Ditadura? Que Democracia é essa, dentro da qual o Tribunal Superior Eleitoral acaba de se dar o direito de *negar* um artigo da Constituição que dá ao Ministério Público o poder de requisitar diretamente investigações e inquéritos policiais da polícia — decisão que foi a seguir cassada pelo Supremo Tribunal Federal?² Mas vejam a gravidade do fato de o Tribunal Superior Eleitoral ter chegado ao ponto de ter negado um artigo constitucional, que garante o poder de requisição do Ministério Público! Que Democracia é essa, com essas desigualdades que nós temos, apesar do arsenal enorme que detém o Ministério Público, que precisa ser ainda aprendido a ser usado? Na verdade, não é questão de o Ministério Público sair por aí, simplesmente entrando com ação ou abrindo inquérito civil — ele precisa se aparelhar, aprender a exercitar esses direitos e poderes que lhe foram confiados, com técnica e capacidade, para conseguir a correspondente eficiência.

2 V. ADIn n. 5.104-STF contra a Res. n. 23.396/13-TSE.

Eu gostaria de dizer um aspecto a todos. Eu fui um Promotor de Justiça muito combativo. Criei dificuldade para muita gente, dei dor de cabeça para muita gente que a meu ver mereceu: processei Governadores de Estado, Prefeitos, médicos, engenheiros... Olhem, eu só não processei Presidente da República, porque não era minha atribuição, porque, se fosse, eu teria arranjado jeito de processar... processo temos para todos, não é difícil. Mas eu sempre procurei ser técnico, o que dava segurança para minhas atuações. E isso eu creio que às vezes falta ao Ministério Público: mais técnica. Técnica significa trabalhar com bastante segurança — eu nunca tive denúncia rejeitada — tive improcedências, isso acontece, o tribunal também tem direito de errar... Mas em compensação, eu lutava e fazia meu papel. E ainda acho que o Ministério Público tem um papel de luta potencial que ainda precisa ser desenvolvido, ainda precisa ser desempenhado — mas principalmente com mais técnica — esse é o caminho para nossa vitória.

Dr. Marcelo Pedroso Goulart:

Vamos agora abrir a perguntas do auditório.

Pergunta de auditório:

A instituição do Ministério Público é bem combativa. Isso traz incômodo a muita gente e a tantas outras instituições. O senhor acredita que o Ministério Público talvez seja hoje a única instituição séria, comprometida com esse estado democrático?

Dr. Hugo Nigro Mazzilli:

Eu respondo claramente que não: não é a única instituição séria, nem é instituição perfeita. Acredito que o Ministério Público está sendo bastante atacado, e quanto mais ele for atacado, isso mais será sinal de sua eficiência; creio ser uma glória ser atacado nessas condições. Se o Ministério Público fosse inerte, se fosse inconsequente ou inexpressivo, pode ter certeza de que não seria atacado se não incomodasse os poderosos. Isso me faz lembrar uma comarca onde passei. Eu incomodava muita gente, e só o Juiz era convidado a dar o pontapé inicial nas partidas de futebol: essa era a diferença entre nós... Penso que o nosso trabalho é incomodar, temos de incomodar quem precisa ser incomodado. Mas não creio ser ele a única instituição séria, porque há gente séria

em qualquer instituição, como também há quem não é sério no próprio Ministério Público: está cheio de Promotor que quer um barranco para se encostar, que não quer trabalhar — vamos falar português claro. Eu encontrei desses Promotores na minha carreira, em todos os lugares por onde passei, não foi num lugar ou noutro. Eram Promotores que não queriam nada com nada — Promotores que cuidam *prioritariamente* da própria fazenda, cuidam do cursinho e de outras coisas particulares! Não que ele não possa ter um sítio ou dar uma aula, mas, se aquilo concorrer de maneira sensível com a instituição, como aceitar uma situação dessas? Isso não tem cabimento! O Promotor que chuta processo, que não quer nem ver processo... Eu já vi cotas nos processos que são vergonhosas, são absurdas... O Ministério Público está muito longe de ser uma instituição perfeita. Entretanto, nós aqui temos muita gente idealista. Assim como o Judiciário, que tem muita gente boa, também tem seus problemas: eu cansei de ver Juiz trancar processos em armário com chave e ficarem os processos cinco anos num armário. Esses são problemas dos homens, não são problemas das instituições. Como instituição, o Ministério Público é uma boa instituição, mas é composto de pessoas trabalhadoras e não trabalhadoras; de pessoas honestas e desonestas. Qual é a maioria do Ministério Público? Acredito que a maioria é boa, como a maioria de todos nós.

Pergunta de auditório:

Diversos direitos e mandamentos da Constituição não vêm sendo cumpridos; os governos, os tribunais têm seus problemas. Qual a perspectiva de atuação do Ministério Público diante desse quadro de fragilização da própria Constituição?

Dr. Hugo Nigro Mazzilli:

Já foi pior: esse é o meu ponto de partida. Eu me lembro, quando entrei no Ministério Público, nós não mexíamos com o meio ambiente, com pessoas portadoras de deficiência, com o consumidor... Hoje caminhamos mais, estamos melhorando. Mas o Ministério Público não vai poder caminhar sozinho: não consegue, nem teria forças. Poderiam dizer: o Ministério Público tem garantias como se fosse um Poder de Estado. Em si, isso não quer dizer nada. Quem tem de crescer junto com o Ministério Público é a sociedade brasileira. Nossas instituições são o reflexo da nossa sociedade. Quem derrubou a PEC 37, que absurdamente tentava monopolizar na mão da Polícia o poder de in-

investigar todos os crimes no País, não foi o Congresso: foi a sociedade, pelas manifestações nas ruas e na mídia — não foi o Ministério Público, que não tem força para impedir isso.³ Nós nos mexemos, temos nossas lideranças, vamos ao Congresso, a gente trabalha... mas, se não tivermos respaldo da população, não conseguiremos. Nosso País precisa melhorar socialmente como um todo — o Ministério Público, o Poder Judiciário, os governos — nós refletimos a realidade de nosso país. Entendo que nosso Poder Judiciário, nosso Ministério Público — estão muito aquém das nossas necessidades, mas não é culpa dessas instituições *apenas*; é culpa da nossa sociedade, que valoriza muito *levar vantagem*, a esperteza... As pessoas querem as coisas corretas quando se sentem prejudicadas, mas se puderem levar vantagem sobre outrem, ficam bem contentes. Isso reflete em nosso trabalho, na grande dificuldade que temos de tornar ativa nossa destinação constitucional. Precisamos mudar isso, mas precisamos mudar junto com a sociedade, que tem de crescer. Mas isso é um processo: temos de ir acrescentando nossa colaboração. Vejo que está ruim hoje, mas já foi muito pior: hoje temos liberdade para falar o que estamos falando aqui; temos liberdade de profissão, liberdade de acesso, possibilidade de escolha de nossos governantes — temos poder para mudar muita coisa. É o que estamos fazendo, cada qual na sua função. Nesse aspecto, sou uma pessoa realista, em termos das dificuldades presentes, mas sou otimista em relação ao futuro: é para mudar isto aqui que existimos!

Pergunta de auditório:

Aquela divisão que você mostrou, na assembleia geral de 1982, você não acredita que ainda está atual, não no discurso, que hoje é 100% democrático, mas na prática? Temos a sensação, na convivência com os colegas, que convivemos diariamente com uma quase que nostalgia do regime militar... Será que isso não interfere, de alguma forma, com o exercício das funções institucionais?

Dr. Hugo Nigro Mazzilli:

Essa divisão ainda existe. Em primeiro lugar, porque uma boa parte daqueles que eram Promotores em 1982, ainda são Promotores hoje. Depois, porque muitos dos Promotores mais novos foram formados numa época da Ditadura. Para eles a nostalgia da Ditadura pode ser compreensível. Em seguida, a Ditadura tem algumas pouquíssimas coisas que funcionam: ela tem mais ordem

³ Referência aos movimentos populares de rua, inclusive contra a PEC 37, em junho de 2013.

que a Democracia, tem mais disciplina... só que o preço é altíssimo e não vale a pena. Hoje, quando vemos o metrô que não funciona e greves para todos os lados, roubos e assassinatos crescendo, é possível se pensar que numa época de Ditadura talvez não fosse assim. Mas... será? Naquele tempo, a informação não era a que existe hoje: nós não sabíamos tudo o que estava acontecendo... Além disso, o Ministério Público de hoje não atende ainda na plenitude suas destinações constitucionais.

Vou contar mais um episódio da minha carreira, fato antigo, mas que ainda mantém atualidade. Em 1984, eu apresentei uma tese em seminário anual de grupos de estudos, em Serra Negra, sustentando que o Ministério Público estava destinado institucionalmente a atender o público. Parece óbvio, elementar, não é? Fui vivamente contestado por muitos colegas. Fomos à votação; ganhamos. Mas uma grande parte dos Promotores não gostava, e até hoje ainda não gosta de atender o público, e não atende... embora seja nossa destinação!

Então, realmente existe essa divisão. Mas como é que vamos superá-la? Amadurecendo, crescendo. Precisamos ter uma vivência de Democracia para praticá-la. Democracia só tem um jeito de saber como é e melhorá-la: é exercitando-a!

Pergunta de auditório:

Para tornar mais eficiente o procedimento investigatório criminal nos crimes de prefeitos, que são ordenadores de despesas, não seria desejável que a Constituição previsse que técnicos contadores e engenheiros do Tribunal de Contas estivessem à disposição do Ministério Público estadual, já que o Ministério Público de Contas não tem atribuições criminais?

Dr. Hugo Nigro Mazzilli:

A necessidade de que o Ministério Público seja assessorado por técnicos é indiscutível; só não vejo necessidade de que a Constituição cometa esse encargo aos servidores do Tribunal de Contas. O próprio Ministério Público estadual precisa ter estrutura direta para investigar todos os crimes, quando necessário. Deve ter em seus quadros técnicos, peritos, contadores, engenheiros, médicos, nas mais diversas áreas de conhecimento, que possam auxiliar seus agentes no exercício das suas atividades. Nada impede que o Tribunal de Con-

tas e o Ministério Público investiguem, cada qual em sua área. Essa duplicidade de Ministérios Públicos coloca os Ministérios Públicos da União e o dos Estados lado a lado com o Ministério Público de Contas, este sem poderes de ação criminal e sem a mesma autonomia dos outros Ministérios Públicos. Esse problema não existiria se o constituinte de 1988 tivesse aceito nossa proposta: nós queríamos que o Ministério Público de Contas integrasse o Ministério Público dos Estados ou da União: seria bom para todos, também para eles, porque agora estão vendo que não gozam de toda a autonomia que os demais ramos do Ministério Público. Entretanto, na Constituinte, foi apresentada uma emenda substitutiva, conseguiram aprová-la, e foi criado, conforme interpretação do Supremo Tribunal, esse Ministério Público especial, numa dita “solução de compromisso”. Esse entendimento valorizou mais a *mens legislatoris* do que a *mens legis*, e assim ficamos sem o reconhecimento de que também esse Ministério Público especial merece a autonomia que todos os ramos do Ministério Público nacional detêm!

Na verdade, o que os Ministérios Públicos de carreira necessitam é ter *toda* a estrutura de uma verdadeira Promotoria. Para mim, uma Promotoria não deveria ser uma porção de Promotores com um secretário e alguns funcionários; para mim, seria um Promotor, com *toda* a estrutura para tomar decisões e executá-las, nas suas áreas de atuação, o que inclui dispor de advogados, contadores, engenheiros etc. É assim que funcionam as Prefeituras, as Procuradorias-Gerais. O Ministério Público precisa da prova técnica, e não pode depender da ajuda voluntária, mas ocasional, de outros órgãos públicos, como universidades, institutos etc.

Pergunta de auditório:

A teoria do promotor natural não entra em conflito com o princípio da unidade e da indivisibilidade da instituição do Ministério Público? Não dificulta a formação de uma atuação uniforme institucional?

Dr. Hugo Nigro Mazzilli:

O objetivo da reunião de hoje não é discutir em profundidade a tese do promotor natural, mas só para não deixar a questão no ar, digo que há dois modelos. Um, consiste em dar ao Procurador-Geral mais liberdade na escolha dos órgãos que vão agir nos casos excepcionais. Esta solução tem vantagens, pois um bom Procurador-Geral pode tomar medidas úteis e eficientes com mais

velocidade; mas também tem desvantagens, pois o mau Procurador-Geral pode usar isso para afastar Promotores corretos e fazer designações politicamente comprometidas. O outro modelo consiste em deixar que a lei distribua as atribuições dos órgãos do Ministério Público. Para nós, este segundo caminho é o do promotor natural, dando-se a devida compreensão aos princípios institucionais.

O risco da atuação de um Procurador-Geral aumenta, na medida em que ele está próximo do governo.

Vamos ilustrar com alguns exemplos, que me dizem respeito mais de perto, que me convencem da necessidade de que as decisões ministeriais sejam tomadas pelo órgão que tenha atribuições legais, e não por designações casuísticas. Em torno de 1981, plena Ditadura, eu era Promotor de Justiça de Botucatu. Paulo Maluf era Governador do Estado, nomeado pela Ditadura. Ele tinha ido à cidade numa tarde, para inaugurar equipamentos da UNESP – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Era, talvez, uma quinta-feira, dia de trabalho normal no Fórum, de maneira que nós, os Promotores e os Juizes da Comarca não fomos à inauguração, embora convidados. No dia seguinte, quando abro o jornal *O Estado de S. Paulo*, havia uma reportagem, com fotos, noticiando luta e lesões corporais entre policiais da segurança pessoal do Governador e estudantes. Tomei o telefone e liguei para o Delegado de Polícia da Comarca, Feiz Zacharias, e eu lhe perguntei o que tinha acontecido na véspera. Ele me disse, secamente: é o que você leu no jornal. Ele era um homem de poucas palavras, firme, corajoso. Eu perguntei: tem gente ferida? Tem, disse ele. Eu indaguei se tinham passado no Instituto Médico Legal, e ele confirmou. Eu perguntei se ele tinha aberto inquérito policial. Ele disse: não, nem vou abrir. Eu disse: vai sim, vou requisitar. E ele: você sabe bem o que está fazendo?... Eu afirmei: não posso deixar de fazer isso, vou requisitar. Ele me disse: só por escrito. Lógico, foi a minha resposta final.

Ora, o que tinha acontecido era o seguinte: enquanto o Maluf estava no anfiteatro, fazendo a inauguração, a estudantada do lado de fora, gritava “um dois três, Maluf no xadrez”, “quatro cinco mil, Maluf...” eu esqueci o resto da rima. Aí a segurança do Governador deu um *esparrama* na estudantada, cassete de um lado, pauladas e pedradas de outro, e havia gente ferida, sem gravidade, de ambos os lados — mas, naquela época, lesões corporais eram crime de ação pública incondicionada. Tomei minha máquina de escrever e fiz duas requisições: uma, assinada só por mim, Promotor Público, citando o art. 5º, inc.

II, do Cód. de Processo Penal; outra, idêntica requisição, mas esta a ser assinada por mim e pelo outro Promotor da Comarca — naquela época, a Comarca só tinha dois Promotores. Aí eu procurei o colega Eduardo Vasconcellos de Matos já no dia seguinte, sexta-feira, e perguntei se ele tinha visto o jornal referente aos fatos da véspera na Comarca. Ele respondeu secamente: Vi. Eu disse: acho que temos de fazer alguma coisa... eu vou requisitar inquérito policial. Eu quero saber se você está comigo nisso ou se estou sozinho... Aí mostrei para ele as duas requisições e disse: aí há duas requisições; aquela que eu faço sozinho já está assinada; ela vai hoje; a outra é se você quiser assinar comigo. Ele leu, leu, olhou... e disse: nunca vi uma requisição de inquérito policial assinada por dois Promotores! Eu disse: eu também não; eu só quero saber se estou sozinho ou se você está comigo; se é o Hugo requisitando o inquérito, ou se é o Ministério Público da Comarca; mas que vai, vai. Ele ficou mais algum tempo olhando o papel... pegou a caneta e assinou! Chamei um funcionário e disse-lhe que entregasse, sob protocolo, a requisição dirigida ao Delegado de Polícia, que foi o que ele fez. E passei o fim de semana cuidando das minhas atividades. Ao chegar ao Fórum, no começo da tarde da segunda-feira, o telefone tocando e todos me procurando desesperadamente. Telefonema da Procuradoria-Geral de Justiça, tentando me localizar. Cheguei à sala do Eduardo, ele estava com o Jordão no telefone; Jordão era assessor do Procurador-Geral, o Peres, naquela época. O Eduardo falava: pois é, Jordão, eu falei isso para o Hugo, mas você sabe, Jordão... Eu falei: Eduardo, me dá o telefone aqui. O Jordão me fala: Hugo, o que é isso, você tem janela, o Governador ligou para o Procurador-Geral, é a segurança pessoal do Governador, onde já se viu isso e tal... Eu disse: calma, calma, você está mal informado; vou te falar o que aconteceu; houve uma briga na rua, tem gente ferida, isso é crime, e você passe bem! E pá... desliguei o telefone! Se eu estou recebendo pressão, imaginei o que estava acontecendo. Fui imediatamente à Delegacia. Já tinham tirado o Delegado de Polícia do caso; mandaram de São Paulo um Delegado do DOPS — Delegacia da Ordem Pública e Social, que avocou a presidência do inquérito, era Sílvio não sei de que Machado, irmão de um Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. O Delegado era um indivíduo bem mais velho que eu, experiente, vivo... chegou para mim e disse: doutor, tudo o que o senhor fizer aqui é por escrito. Eu falei: é lógico! Eu sou técnico. Mande acarear, mandei proceder a reconhecimento pessoal os integrantes da segurança pessoal do Governador, tudo na minha frente. Algum tempo depois, o inquérito policial foi distribuído para outra Promotoria que não a minha, e um Promotor de outra Comarca foi designado, e não fui eu quem funcionou no arquivamento... Esse é o sistema do Promotor designado.

Já o sistema do promotor natural é o de quem tem atribuições por força da lei. Os dois sistemas têm vantagens e desvantagens. Se o Procurador-Geral é uma pessoa comprometida ou se tem interesses políticos externos, isso envolve um risco; se o Procurador-Geral é um homem que quer combater a criminalidade e quer valer-se de uma designação adequada, isso envolve outra situação. Entre os dois sistemas, prefiro o das atribuições *da lei*. Vamos melhorar o Promotor; vamos fazer com que ele tenha condições de combater o crime organizado, a improbidade administrativa... Como hoje nós temos! Vejam nossa atual Promotoria da Cidadania, do Meio Ambiente — vejam como elas cresceram, melhoraram. Creio que hoje elas não aceitariam que o Procurador-Geral tirasse um Promotor para um caso individualizado, porque hoje não há mais ambiente para isso: isso é a conquista do promotor natural.

Com relação aos limites da independência funcional, isso é um problema doutrinário complexo, que tem várias implicações, e vale a pena ser discutido em objeto específico.

Pergunta de auditório:

Na época do golpe de 64, haveria condição para uma reação institucional do Ministério Público? E também pergunto se hoje, na situação de um golpe militar, os senhores adotariam uma postura contra o golpe, como se comportariam?

Dr. Hugo Nigro Mazzilli:

Isso são reações individuais. Com um Procurador-Geral, a reação é de um jeito, fosse outro Procurador-Geral, a reação poderia ser diferente. Quanto à atuação de um dos Procuradores-Gerais da época da Ditadura, eu me lembro de que o meu pai, Hugo Mazzilli, narra em seu livro de memórias *Muitas vidas*, a que já me referi há pouco, que ele foi com meu tio, Ranieri Mazzilli, porque este tinha sido convidado a ir à casa de Mário de Moura e Albuquerque, aqui em São Paulo. Isso aconteceu na véspera de meu tio ser denunciado por um Promotor designado por esse Procurador-Geral. Constava que este queria falar com meu tio, que estava indiciado num inquérito policial militar, o famoso IPM. O Mário de Moura Albuquerque chegou para o meu tio e disse: Deputado, estou com um IPM aqui em que o senhor está indiciado, e eu queria saber o que o senhor tem a propor, porque nestes dias estiveram aqui o Ulisses Guimarães e o Auro Soares

de Moura Andrade... Meu tio respondeu: eu não tenho a propor nada; o senhor cumpra o seu dever, eu não devo nada!

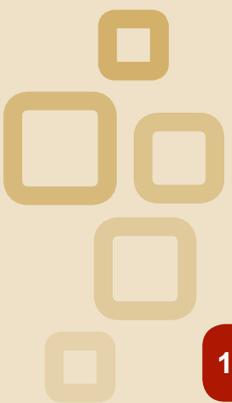
Isso mostra que cada Procurador é de um jeito. O que isso prova? Não prova nada. O mérito de um Procurador-Geral que assume uma posição de defesa dos colegas na Ditadura é mérito individual, não é institucional, não prova que o Ministério Público resistiu à Ditadura. Cada um dança de acordo com a música, todos nós, vocês também, eu também. Se vier uma nova Ditadura, como é que nós vamos reagir? Não sei... Se houver garantias, o povo reage, o povo não aceita isso hoje, nem há ambiente para isso. O Ministério Público também dança de acordo com a música. Se hoje nós somos defensores do regime democrático, não é mérito do Ministério Público; é mérito da sociedade brasileira que evoluiu. Nós não conseguiríamos pôr esse dispositivo na Constituição se não tivesse acabado a Ditadura.

Dr. Marcelo Pedroso Goulart:

Não havendo mais debatedores, nós vamos encerrar esta atividade da série *Democracia, Ditadura e Memória*, na certeza de que vivemos nesta manhã, no dia 11 de junho de 2014, um grande momento aqui na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, discutindo não só a história do Ministério Público, mas também seu presente e seu futuro, graças à dedicação, ao entusiasmo, ao exemplo de vida de grandes Promotores de Justiça de São Paulo, o Darcy Passos e Hugo Mazzilli, e também a todos aqueles que estiveram aqui e colaboraram com as suas questões, com as suas observações para o sucesso desta jornada. A série *Democracia, Ditadura e Memória* continuará durante todo este ano, quando nós estamos lembrando os tristes fatos de abril de 1964. É importante para uma instituição como o Ministério Público, que tem como missão institucional a defesa do regime democrático, rememorar tudo isso para bem compreender o seu papel no Brasil de hoje.

Muito obrigado a todos!

MPC
DESTAQUE



ORIENTAÇÕES PARA ENVIO DE ARTIGOS

O Conselho Editorial da Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná (MPC/PR) convida servidores, pesquisadores, consultores, docentes e estudantes de pós-graduação, mestrado e doutorado, a apresentarem artigos para publicação. Os arquivos podem ser enviados em formato eletrônico (Microsoft Word, preferencialmente) para a Secretaria do Conselho Editorial do MPC/PR: revista@mpc.pr.gov.br (Fone: 41-3350-1640/3350-1637) e serão submetidos ao crivo do Conselho Editorial. Recomenda-se a utilização de laudas no tamanho A-4, fonte Arial (tamanho 12), espaçamento entre linhas de 1,5 e fonte Arial (tamanho 10) para as notas. Os artigos devem vir acompanhados de resumo e *abstract*, amoldando-se, também, ao estabelecido nas normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2003 - NBR 6023/2002 - NBR 10.520/2002 - NBR 5892/1989 e 6024/2003).

Maiores informações podem ser obtidas na página eletrônica da Revista do Ministério Público de Contas do Paraná: www.revista.mpc.pr.gov.br

