

TEMAS POLÊMICOS DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

VOLUME V

ORGANIZADORES:

DES. ROGÉRIO GESTA LEAL | PROFA. DRA. CAROLINE MÜLLER BITENCOURT

ANA CRISTINE DIAS SILVA | ANDRÉ INACIO SILVA LOPES | ARISTIDES PEDROSO DE ALBUQUERQUE NETO
| BETIELI DA ROSA SAUZEM MACHADO | CARLA LUANA DA SILVA | CAROLINE ANDRESSA RECH |
CAROLINE MULLER BITENCOURT | DAIANE MILANI | DAVI MICHELS ILHA | DIÓGENES VICENTE HASSAN
RIBEIRO | GABRIELA TRINDADE CHOIRE | ISMAEL SAENGER DURANTE | JAÍNE Y CASTRO | JANRIÊ
RODRIGUES RECK | JOÃO FELIPE LEHMEN | LAURA VAZ BITENCOURT | LEONEL PIRES OHLWEILER |
MARITANA MELLO BEVILACQUA | MAURO BORBA | NEWTON BRASIL DE LEÃO | ROGERIO GESTA LEAL |
VINICIUS MANFIO

ORGANIZADORES

DES. ROGÉRIO GESTA LEAL

PROFA. DRA. CAROLINE MÜLLER BITENCOURT

**TEMAS POLÊMICOS DA JURISDIÇÃO
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO
GRANDE DO SUL**

VOLUME V

Porto Alegre

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

2019

EXPEDIENTE

ORGANIZADORES

DES. ROGÉRIO GESTA LEAL

PROFA. DRA. CAROLINE MÜLLER BITENCOURT

CAPA

MARCELO OLIVEIRA AMES

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

SERVIÇO DE IMPRESSÃO & MÍDIA DIGITAL – DSO/TJRS

ISBN 978-85-89676-33-5 (E-BOOK)

Temas polêmicos da jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul [recurso eletrônico] / Ana Cristine Dias Silva ... [et al.]; Organizadores, Rogério Gesta Leal, Caroline Müller Bitencourt. – Porto Alegre : Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Suporte Operacional, Serviço de Impressão e Mídia Digital, 2019.
v.5, 5MB

ISBN 978-85-89676-33-5 (e-book)

1. Tribunal de Justiça. Rio Grande do Sul. Jurisprudência. Comentário. 2. Tribunal de Contas. Decisões. Comentário. 3. Tribunal de Contas. Administração Pública. Controle. 4. Improbidade administrativa. Jurisprudência. Comentário. 5. Corrupção. Jurisprudência. Comentário. 6. Administração Pública. Jurisprudência. Comentário. 7. Crime contra a Administração Pública. Jurisprudência. Comentário. 8. Prefeito municipal. Crime contra a Administração Pública. Jurisprudência. Comentário. 9. Crime ambiental. Agente público. Responsabilidade penal. Jurisprudência. Comentário. 10. Pronúncia. Qualificadoras. Análise. 11. Recurso em sentido estrito. Qualificadoras. Análise. 12. Direito administrativo. Constitucionalização. 13. Processo penal. Interrogatório. Jurisprudência. Comentário. 14. Administração Pública. Responsabilidade fiscal. 15. Serviço Público. Qualidade. Controle externo. 16. Obras públicas. Qualidade. Controle. Jurisprudência. Estudo comparativo. 17. Município. Transporte. Despesa. 18. Município. Medicamentos. Compra. I. Silva, Ana Cristine Dias. II. Lopes, André Inácio Silva. III. Albuquerque Neto, Aristides Pedroso de. IV. Machado, Betieli da Rosa Sauzem. V. Silva, Carla Luana da. VI. Rech, Caroline Andressa. VII. Bitencourt, Caroline Müller. VIII. Milani, Daiane. IX. Ilha, Davi Michels. X. Ribeiro, Diógenes Vicente Hassan. XI. Choaire, Gabriela Trindade XII. Durante, Ismael Saenger. XIII. Castro, Jaíne Y. XIV. Reck, Janriê Rodrigues. XV. Lehmen, João Felipe. XVI. Bitencourt, Laura Vaz. XVII. Ohlweiler, Leonel Pires. XVIII. Bevilacqua, Maritana Mello. XIX. Borba, Mauro. XX. Leão, Newton Brasil de. XXI. Leal, Rogério Gesta. XXII. Manfio, Vinicius.

CDU 347.99(816.5)(094.9)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADMINISTRAÇÃO 2018-2019

Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro – Presidente

Desa. Maria Isabel de Azevedo Souza – 1ª Vice-Presidente

Des. Almir Porto da Rocha Filho – 2º Vice-Presidente

Des. Túlio de Oliveira Martins – 3º Vice-Presidente

Desa. Denise Oliveira Cezar – Corregedora-Geral da Justiça

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	9
APRESENTAÇÃO DA UNISC	11
1. O Desvio de Rendas Públicas em Proveito Próprio como Crime Praticado por Prefeito: Estudo de Caso – Aristides Pedroso de Albuquerque Neto	13
2. Crime Ambiental Praticado por Agente Público e a Responsabilidade Penal: Estudo de Caso – Newton Brasil de Leão	27
3. Crimes Contra a Administração Pública e a Necessidade de um Direito Penal e Processual Penal Subsidiário Responsivo Versus Direito Fundamental a Privacidade e Intimidade – Rogério Gesta Leal	35
4. A Análise das Qualificadoras na Pronúncia e no RSE: Os Limites do Superior Tribunal de Justiça e as suas Consequências – Diógenes V. Hassan Ribeiro	67
5. A Constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexividade das Narrativas sobre a Constituição Federal em Três Décadas – Leonel Pires Ohlweiler	81
6. O Interrogatório do Réu está Sujeito à Sistemática do Artigo 212 do Código de Processo Penal? – Mauro Borba	121
7. O Prejuízo ao Erário Decorrente da Inadimplência do Ente Público e a Jurisprudência do Tribunal de Contas e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Caroline Muller Bittencourt e Janriê Rodrigues Reck	143
8. Delimitação da Postura do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul Frente às Irregularidades Apontadas: Análise Acerca da Coercibilidade das suas Decisões e a Capacidade de Indução de Boas Práticas de Gestão – Caroline Andressa Rech e Rogério Gesta Leal	163
9. A Programação na Compra de Medicamentos pelos Municípios: Análise de Decisões do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Ana Cristine Dias Silva e Daiane Milani	191
10. A Ausência de Órgãos Tributários Estruturados no Contexto Político Brasileiro: Uma Análise a partir dos Apontamentos do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul Levados a Efeito nas Decisões do Tribunal de Justiça do Estado – João Felipe Lehmen e Ismael Saenger Durante	213
11. Do Controle de Qualidade dos Serviços Públicos: Perspectivas de Análise do Controle Externo no Rio Grande do Sul – Gabriela Trindade Choaire e Maritana Mello Bevilacqua	229

12. A Ausência de Procuradoria Jurídica Municipal Estruturada por Servidores Públicos Concursados e seus Reflexos na Administração Pública Municipal: Uma Análise de Decisões do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Davi Michels Ilha, Jaíne Y Castro e Laura Vaz Bitencourt	249
13. Um Estudo Comparativo acerca do Controle da Qualidade das Obras Públicas em Decisões do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul – Betieli da Rosa Sauzem Machado e Vinicius Manfio.....	265
14. Forma de Realização das Despesas com Transporte no Município: Ilícitos Apontados pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Carla Luana da Silva e André Inácio Silva Lopes	289

APRESENTAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

As funções de um Tribunal não se restringem apenas às atividades administrativas *latu sensu* e à jurisdição resolutiva de conflitos. A produção científica que decorre da atividade forense é farta e valiosa, com o particular atributo de ter como ponto de partida justamente os conflitos da vida de relação e os desafios à inteligência com que se deparam todos os operadores do Direito.

As universidades são – há mais de um milênio – polos irradiadores de ideias e cultura, assumindo assim funções simultâneas e harmônicas de crítica, pesquisa e produção intelectual de vanguarda.

Através deste livro a UNISC e o Tribunal de Justiça fortalecem e amplificam a relação harmônica entre a atividade acadêmica e a prestação jurisdicional rotineira, apresentando vinte artigos de doutrina, análise de casos, direito comparado, política criminal e administração pública.

Com coordenação do Desembargador e Professor Doutor **Rogério Gesta Leal**, a obra traz a visão, as reflexões e as pesquisas de magistrados, advogados e professores sobre grandes temas do Direito.

Boa leitura a todos.

TÚLIO DE OLIVEIRA MARTINS

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça

Presidente da Comissão de Biblioteca

APRESENTAÇÃO DA UNISC

O presente livro TEMAS POLÊMICOS DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, VOLUME V, mais uma vez, apresenta-se como resultado de profundos estudos promovidos na linha de pesquisa Estado, Administração Pública e sociedade, coordenado pelo professor Titular Doutor Rogério Gesta Leal, desenvolvendo suas atividades junto ao Mestrado e Doutorado em Direito, com área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas na Universidade de Santa Cruz do Sul, acerca da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, contando com diálogos entre pesquisadores, professores e magistrados gaúchos.

O Volume V desta obra, que já se apresenta como referência bibliográfica nos debates jurídicos e acadêmicos do Brasil, haja vista a disponibilidade virtual, universal e gratuita de todas as anteriores edições que se encontram no sítio eletrônico https://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/ebooks/index.html, conta com a parceria exitosa entre Universidade de Santa Cruz do Sul e o Poder Judiciário gaúcho, criando sinergias altamente positivas entre a teoria e prática, da graduação e da pós-graduação, eis que tem servido de subsídio para os estudos acadêmicos e jurisdicionais de todo o país, qualificando ainda mais o exercício do magistério e das profissões do sistema de justiça brasileiro.

A metodologia utilizada, partindo das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e também do Tribunal de Contas do Estado gaúcho, realizou estudos de casos decididos por estes mecanismos de controle externo

da Administração Pública, a partir de momentos descritivos, analítico e prospectivos.

Uma boa leitura a todos.

ROGÉRIO GESTA LEAL

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Professor Titular da UNISC e FMP

Doutor em Direito

CAROLINE MÜLLER BITENCOURT

Professora da UNISC

Doutora em Direito

O DESVIO DE RENDAS PÚBLICAS EM PROVEITO PRÓPRIO COMO CRIME PRATICADO POR PREFEITO: ESTUDO DE CASO¹

Aristides Pedroso de Albuquerque Neto²

I – NOTAS INTRODUTÓRIAS:

Este feito originário trata de denúncia ofertada pelo Ministério Público de Prefeitos contra MAURÍCIO KUNRATH, por incurso nas sanções do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67 (cinco vezes), e art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, c/c art. 29, *caput*, do Código Penal (uma vez), tudo na forma do art. 69, *caput*, do Código Penal, e JOSÉ PAULO BOHN, que incorreu nas sanções do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, c/c art. 29, *caput*, do Código Penal (uma vez), pela prática dos seguintes fatos delituosos:

1. Em 17 de março de 2009, no Município de Alto Feliz/RS, o denunciado MAURÍCIO KUNRATH, no exercício do cargo de Prefeito Municipal e na condição de ordenador de despesas, desviou rendas públicas em proveito próprio, ao solicitar, autorizar e receber do Município o valor de R\$ 178,36 (cento e setenta

1 – Ação Penal Originária, de nº70059891887, da Relatoria do Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, junto a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgada em 21 de julho de 2016, acompanhando o Relator o Des. Julio Cesar Finguer e o Juiz Convocado Mauro Evelyn Vieira de Borba.

2 – Presidente da Quarta Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Decano do mesmo Tribunal.

e oito reais e trinta e seis centavos), a título de diárias, para participar de viagem estritamente de lazer, acompanhando a Associação Alegria de Viver/Grupo de Terceira Idade em excursão realizada sem qualquer caráter oficial ou interesse público.

Na oportunidade, o Prefeito denunciado, a pretexto de participar de evento social promovido pela entidade em Balneário Curumim, Capão da Canoa, nos dias 11, 12 e 13 de março de 2009, sob a justificativa de que o acompanhamento das entidades locais em eventos fazia parte das funções administrativas e políticas dos gestores públicos, solicitou, autorizou e recebeu diárias do Município de Alto Feliz, no valor total de R\$ 178,36 (fls. 161/161 v).

2. Em 05 de março de 2010, no Município de Alto Feliz/RS, o denunciado MAURÍCIO KUNRATH, no exercício do cargo de Prefeito Municipal e na condição de ordenador de despesas, desviou rendas públicas em proveito próprio, ao solicitar, autorizar e receber do Município o valor de R\$ 268,24 (duzentos e sessenta e oito reais e vinte e quatro centavos), a título de diárias, para participar de viagem estritamente de lazer, acompanhando a Associação Alegria de Viver/Grupo de Terceira Idade em excursão realizada sem qualquer caráter oficial ou interesse público.

Na oportunidade, o Prefeito denunciado, a pretexto de participar de evento social promovido pela entidade em Balneário Curumim, Capão da Canoa, nos dias 08 e 09 de fevereiro de 2010, sob a justificativa de que o acompanhamento das entidades locais em eventos fazia parte das funções administrativas e políticas dos gestores públicos, solicitou, autorizou e recebeu diárias do Município de Alto Feliz, no valor total de R\$ 268,24 (fls. 160/160v).

3. Em 22 de março de 2011, no Município de Alto Feliz/RS, os denunciados MAURÍCIO KUNRATH, no exercício do cargo de Prefeito Municipal e na condição de ordenador de despesas, e JOSÉ PAULO BOHN, Vice-Prefeito Municipal, em conjugação de esforços e comunhão de vontades, desviaram rendas públicas em proveito próprio, ao solicitarem, autorizarem e receberem do Município, cada um, o valor de R\$ 531,00 (quinhentos e trinta e um reais), a título de diárias, para participarem de viagem estritamente de lazer, acompanhando a Associação Alegria de Viver/Grupo de Terceira Idade em excursão realizada sem qualquer caráter oficial ou interesse público.

Na oportunidade, os denunciados, a pretexto de participarem de evento social promovido pela entidade em Arroio do Sal, nos dias 22, 23 e 24 de março de 2011, sob a justificativa de que o acompanhamento das entidades locais em eventos fazia

parte das funções administrativas e políticas dos gestores públicos, solicitaram, autorizaram e receberam diárias do Município de Alto Feliz, no valor total de R\$ 531,00 cada um (fls. 155v/156 e 158/158v).

4. Em 24 de fevereiro de 2012, no Município de Alto Feliz/RS, o denunciado MAURÍCIO KUNRATH, no exercício do cargo de Prefeito Municipal e na condição de ordenador de despesas, desviou rendas públicas em proveito próprio, ao solicitar, autorizar e receber do Município o valor de R\$ 3.004,80 (três mil e quatro reais e oitenta centavos), a título de diárias, para participar de viagem estritamente de lazer, acompanhando o Clube de Mães Rainha do Lar em excursão realizada sem qualquer caráter oficial ou interesse público.

Na oportunidade, o Prefeito denunciado, a pretexto de participar de evento social promovido pela entidade em Gravatal, Santa Catarina, nos dias 02, 03 e 04 de março de 2012, sob a justificativa de que o acompanhamento das entidades locais em eventos fazia parte das funções administrativas e políticas dos gestores públicos, solicitou, autorizou e recebeu diárias do Município de Alto Feliz, no valor total de R\$ 3.004,80 (fls. 137/137v).

5. Em 08 de março de 2012, no Município de Alto Feliz/RS, o denunciado MAURÍCIO KUNRATH, no exercício do cargo de Prefeito Municipal e na condição de ordenador de despesas, desviou rendas públicas em proveito próprio, ao solicitar, autorizar e receber do Município o valor de R\$ 471,90 (quatrocentos e setenta e um reais e noventa centavos), a título de diárias, para participar de viagem estritamente de lazer, acompanhando a Associação Alegria de Viver/ Grupo de Terceira Idade em excursão realizada sem qualquer caráter oficial ou interesse público.

Na oportunidade, o Prefeito denunciado, a pretexto de participar de evento social promovido pela entidade em Balneário Curumim, Capão da Canoa, nos dias 09, 10 e 11 de março de 2012 sob a justificativa de que o acompanhamento das entidades locais em eventos fazia parte das funções administrativas e políticas dos gestores públicos, solicitou, autorizou e recebeu março de 2012, sob a justificativa de que o acompanhamento das entidades locais em eventos fazia parte das funções administrativas e políticas dos gestores públicos, solicitou, autorizou e recebeu diárias do Município de Alto Feliz, no valor total de R\$471,90(fl.131/132).

6. Em 27 de fevereiro de 2013, no Município de Alto Feliz/RS, o denunciado MAURÍCIO KUNRATH, no exercício do cargo de Prefeito Municipal e na condição de ordenador de despesas, desviou rendas públicas em proveito próprio, ao solicitar, autorizar e receber do Município o valor de R\$ 201,90 (duzentos e um

reais e noventa centavos), a título de diárias, para participar de viagem estritamente de lazer, acompanhando a Associação Alegria de Viver/Grupo de Terceira Idade em excursão realizada sem qualquer caráter oficial ou interesse público.

Na oportunidade, o Prefeito denunciado, a pretexto de participar de evento social promovido pela entidade em Balneário Curumim, Capão da Canoa, no dia 23 de fevereiro de 2013, sob a justificativa de que o acompanhamento das entidades locais em eventos fazia parte das funções administrativas e políticas dos gestores públicos, solicitou, autorizou e recebeu diárias do Município de Alto Feliz, no valor total de R\$ 201,90 (fls. 151-v).

Desta forma, houve lesão ao erário público, pois em todas estas ocasiões os eventos promovidos pelas respectivas entidades privadas tinham caráter exclusivamente de lazer e turismo, destinados à confraternização de integrantes de grupos de mães e idosos, sem nenhuma relação com os cargos públicos exercidos pelos denunciados e sem nenhuma finalidade pertinente ao interesse público.

Mesmo sabendo disso, o Prefeito e Vice-Prefeito denunciados solicitaram, autorizaram e receberam diárias para acompanharem os eventos.

Por fim, consigna-se que em razão de tais fatos a Promotoria de Justiça de Feliz ingressou com ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra os denunciados (fls. 34/49), a qual tramita naquela Comarca, sob o nº 146/1.13.0000505-9.

Devidamente notificados (fl. 219), os denunciados MAURÍCIO KUNRATH e JOSÉ PAULO BOHN apresentaram resposta escrita (fls. 236/252).

Após manifestação do Ministério Público (fls. 260/265v), a denúncia foi recebida, à unanimidade, por esta Quarta Câmara Criminal, em 16.10.2014 (fls. 272/276v).

Apresentada defesa prévia (fls. 284/285), as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa foram inquiridas (fls. 326/330, 330v/334, 334v/338, 338v/342, 342v/344v).

Os réus foram interrogados (fls. 345/350).

No prazo do art. 10 da Lei nº 8.038/90 o Ministério Público requereu a juntada da sentença de parcial procedência, proferida nos autos da ação civil pública de responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa, cumulada com reparação do dano causado ao erário, movida contra os acusados sobre os mesmos fatos narrados no presente feito (fls. 384/388v).

A defesa nada requereu (fl. 393).

No prazo do art. 11 da Lei nº 8.038/90 o Ministério Público ofereceu alegações escritas. Refere que os réus admitiram o recebimento de diárias, justificando que acompanhavam o grupo da Terceira Idade e o Clube de Mães, como representantes do Município. Enfatiza a ausência de finalidade pública dos eventos, sempre realizados por entidades privadas em prol de seus membros. Afirma que ambos os acusados usufruíram diárias custeadas pelo erário para participar de eventos estritamente de lazer, sem qualquer caráter oficial ou interesse público. Assevera que as condutas dos acusados subsumem-se ao tipo penal descrito no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, na medida em que, valendo-se dos respectivos cargos que ocupavam, beneficiavam-se indevidamente com diárias de viagens realizadas com nítido desvio de finalidade. Por fim, requer seja julgada procedente a ação penal, condenando-se os réus Maurício Kunrath e José Paulo Bohn, nos termos da denúncia (fls. 395/409v).

A defesa dos acusados Maurício Kunrath e José Paulo Bohn sustenta, em síntese, que o pagamento de diárias é algo habitual no serviço público, havendo regramento específico em cada esfera da Administração. Refere que os réus foram convidados pela sociedade civil organizada a acompanhar parte da população municipal em atividades. Ressalta que o Município de Alto Feliz, um dos menores do Estado, emancipado em 1992, possui como característica a ação direta dos membros políticos nas atividades de entidades associativas. Alega inexistência de dolo, má-fé, prejuízo erário ou mesmo vantagem indevida dos réus em relação aos fatos a eles imputados. Afirma não haver prova de dano ao erário. Relata que, inobstante as perguntas tendenciosas e até mesmo irônicas do Magistrado, as testemunhas foram uníssonas em demonstrar a importância da presença dos gestores nos eventos. Alega que os réus incorreram em erro de tipo e requer a absolvição de Maurício Kunrath e José Paulo Bohn, nos termos do art. 386, incisos III ou VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, a fixação da pena no mínimo legal, tendo em conta que ambos os acusados são primários.

II – DA DECISÃO DO CASO:

De acordo com a inicial, os denunciados MAURÍCIO KUNRATH e JOSÉ PAULO BOHN, respectivamente Prefeito e Vice-Prefeito do Município de Alto Feliz, nos quadriênios de 2009/2012 e 2013/2016, em conjunção de esforços e comunhão de vontades, teriam desviado rendas públicas em proveito próprio ao

solicitarem, autorizarem e receberem do Município diárias para participarem de viagens com fins de turismo e lazer, com dinheiro público.

A materialidade está demonstrada pelos documentos de fls. 139/140v, 145/145v, 160v, 164v/165, 167/167v, 170/170v e demais elementos coligidos ao feito.

A autoria é certa.

Interrogado, José Paulo Bohn confirma que recebeu diárias no valor de R\$ 531,00 para dar incentivo à Associação Alegria de Viver/Grupo da Terceira Idade, com o transporte, local, psicólogo, assistente social. Disse que, como Secretário da Fazenda na época, ordenava o pagamento de diárias (fls. 345/346v).

Maurício Kunrath relata que participava das atividades de lazer das entidades, e que a Prefeitura, além de convidada, fazia contribuições a esses grupos. Disse que, antes de participar dos eventos, consultou a assessoria jurídica do município, tendo sido informado através de parecer jurídico que não havia problema. Em relação às notas fiscais suspeitas de fraude, alega que não poderia ser responsabilizado, por tratar de um erro do Hotel Galo. Refere que em Curumim dormiu na casa de suas filhas e de sua ex-esposa (fls. 347/350).

Os denunciados afirmam que eram convidados a participar dos eventos e que havia um parecer jurídico amparando suas condutas. Não é o que se depreende dos autos. Os relatos das testemunhas são uníssonos no sentido de que não havia finalidade pública nos eventos realizados por entidades privadas em prol de seus associados. O referido parecer jurídico sequer foi anexado aos autos.

Não há dúvida de que ao Administrador Público é conferido o poder discricionário para concessão de diárias. Isso não significa, contudo, que o ato administrativo não precisa ser motivado.

O pagamento de diárias, como previsto na Lei Municipal nº 759/2009, é devido às autoridades que estiverem no desempenho de suas funções. É o que se depreende do art. 1º, que estabelece: *Ao Prefeito e ao Vice-Prefeito Municipal, quando se ausentarem do Município, a serviço, além do transporte, receberão diárias para cobrir as despesas de alimentação, pousada e locomoção urbana* (fl. 180). Logicamente, não está contemplada na lei a hipótese de pagamento de diárias para participar de excursões privadas, desprovidas de qualquer interesse público.

De acordo com a denúncia, o Prefeito Municipal participou de seis viagens e o Vice-Prefeito, de uma, conforme notas de empenho, a seguir discriminadas, que comprovam o recebimento de diárias pela participação em eventos de lazer.

1º fato - nota de empenho nº 000895/09, emitida em 11.03.2009, no valor de R\$ 178,36, referente à despesa efetuada com diária para Prefeito Municipal,

Sr. Maurício Kunrath, por motivo de deslocamento a cidade de Curumim para acompanhar o grupo da Terceira Idade. Consta assinatura do denunciado Mauricio como ordenador de despesa (fls.170 e verso). E duas notas fiscais do Restaurante Estrela Mar no valor de R\$ 42,00 e R\$ 45,00, respectivamente (fl. 171).

2º fato - nota de empenho nº 000921/10, emitida em 01.03.2010, no valor de R\$ 268,24, referente à despesa efetuada com diária para Prefeito Municipal, Sr. Maurício Kunrath, por motivo de deslocamento a cidade de Capão da Canoa, Praia de Curumim, para acompanhar o grupo da Terceira Idade. Consta assinatura do denunciado Mauricio como ordenador de despesa (fls. 169 e verso). E duas notas fiscais do Hotel Brisa Mar, no valor de R\$ 20,00 cada uma (fl. 168) e uma nota fiscal da churrascaria Dimmer, no valor de R\$ 23,00 (fl. 168v).

3º fato - nota de empenho nº 001042/11, emitida em 18.03.2011, no valor de R\$ 531,00, referente à despesa efetuada com diária para Sr. Vice-Prefeito Municipal acompanhar o grupo da Terceira Idade. Consta assinatura do denunciado Maurício como ordenador de despesa (fls. 167 e verso). E duas notas fiscais do Hotel Brisa Mar, no valor de R\$ 20,00 cada uma (fl. 168) e uma nota fiscal da churrascaria Dimmer, no valor de R\$ 23,00 (fl. 168v).

4º fato - nota de empenho nº 000624/12, emitida em 23.02.2012, no valor de R\$ 3.004,80, referente à despesa com diária para o Sr. Prefeito Municipal, em viagem a cidade de Gravatal para acompanhar o Clube de Mães Rainha do Lar em excursão. Consta assinatura do denunciado Mauricio como ordenador de despesa, determinando o pagamento, e do Vice Prefeito José Paulo Bohn, como conferido (fls. 145 e verso). E duas notas fiscais do Castelo Palace Hotel Ltda. no valor de R\$ 92,00 e R\$ 427,00, respectivamente (fl. 146).

5º fato - nota de empenho nº 000902/12, emitida em 06.03.2012, no valor de R\$ 471,90, referente à despesa com diária para o Prefeito Municipal em deslocamento a Curumim para acompanhar a Terceira Idade. Consta assinatura do denunciado Mauricio como ordenador de despesa, determinando o pagamento, e a do Vice Prefeito José Paulo Bohn, como conferido (fls. 139/140). E três notas fiscais do Hotel Galo, com almoço e jantar, no valor total de R\$ 36,50, cada uma (fls. 141/143).

6º fato - nota de empenho nº 000533/13, emitida em 25.02.2013, no valor de R\$ 201,90, referente à despesa efetuada com pagamento de diária para Sr. Prefeito Municipal em deslocamento a Curumim para acompanhar o grupo Terceira Idade em excursão. Consta assinatura do denunciado Mauricio como ordenador de despesa (fl. 160v). E nota fiscal do Hotel Galo no valor de R\$ 130,00 (fl. 161).

Na espécie, as diárias recebidas pelos denunciados, por conta de viagens realizadas para acompanhar grupos da Terceira Idade e Clube de Mães, são desprovidas de qualquer interesse público, em flagrante violação ao princípio da finalidade pública.

Nesse sentido, aliás, a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. INTEMPESTIVIDADE. DESERÇÃO. PRELIMINARES REJEITADAS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. EX-PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITAPUCA. VIAGEM INTERNACIONAL. DÉBITO APONTADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. 1. Não se apresenta intempestiva a apelação interposta no prazo legal. 2. Quanto à alegada deserção, mostra-se inócua diante do preparo comprovado nos autos, conforme determinação judicial, pois o apelante não havia obtido sucesso na extração, via Internet, da respectiva guia para pagamento por ocasião da interposição do recurso, fato que não pode ser imputado à parte. 3. O apelante pretende a nulidade do título extrajudicial que originou a execução movida pelo Município de Itapuca em relação ao débito apontado pelo Tribunal de Contas no período em que exerceu o cargo de Prefeito Municipal (2005/2008), alegando que se trata de diárias e despesas decorrentes de viagem à Argentina e Chile com a finalidade de angariar conhecimento agrícola. Entretanto, do cotejo dos autos, tem-se que a viagem foi realizada com nítido cunho turístico, e não político, a caracterizar efetivo desvio de finalidade e, via de consequência, não teria legitimidade o autor para receber as diárias que se pretende o ressarcimento, pois estas não são devidas quanto se evidencia apenas o interesse particular preponderante. A autorização para a glosa encontra eco inclusive nos princípios norteadores da Administração Pública de impessoalidade e moralidade, insculpidos no art. 37, da Carta Magna. APELAÇÃO IMPROVIDA (Apelação Cível Nº 70062359179, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 28/01/2015).

Além disso, há relatos de que o denunciado Maurício Kunrath ficou em sua casa em Balneário Curumim – Capão da Canoa, nos encontros realizados naquele local, embora tenha recebido diárias para pernoitar no hotel com o grupo. Nesse sentido, os depoimentos de Armino Schneider, Maria Conselha Schaefer, Maria Bruch e Elaine Reaber Mertins.

Roque Lenger, ex-vereador, conta que, na época, havia uma CPI com relação às diárias do Prefeito Municipal. Constataram que o Prefeito participou de viagens

realizadas por Clube de Mães, em carro oficial. Disse que as viagens realizadas pela Associação Alegria de Viver/Grupo de Terceira Idade e pelo Clube de Mães são de lazer, e que essas entidades não pertencem à Administração Pública (fls. 326/ 330).

Armindo Schneider, tesoureiro da Associação Alegria de Viver/Grupo da Terceira Idade, refere que a associação é um grupo de lazer, e que recebia verbas da Prefeitura. Disse que, em algumas ocasiões, o Prefeito e o Vice-Prefeito, e suas respectivas esposas, participaram das confraternizações, uma delas realizada na residência de Maurício Kunrath, em Curumim (fls. 330v/334).

A testemunha Maria Conselha Schaefer, integrante do Clube de Mães Rainhas do Lar e tesoureira da Associação Alegria de Viver/Grupo da Terceira Idade, afirma que tanto o clube quanto a associação são entidades de lazer. Disse que o Prefeito, nos anos de 2012 e 2013, visitou as entidades, não ficando em hotel, mas em sua residência em Curumim. Refere que os convites para o Prefeito, o Vice-Prefeito e os Vereadores eram feitos pela própria diretoria das associações (fls. 334v/338).

Maria Bruch, integrante do Grupo da Terceira Idade, não sabe se a prefeitura disponibiliza alguma verba para a entidade. Afirma que a associação é um grupo de lazer e que, no ano de 2012 ou 2013, o Prefeito e sua esposa participaram das confraternizações, mas não pernoveram no hotel, pois tinham uma casa no local (fls. 338v/342).

A testemunha Elaine Raaber Mertins, integrante do Clube de Mães Rainha do Lar, disse que não recebeu nenhum valor de dinheiro da Prefeitura de Alto Feliz. Conta que em 2012 o Prefeito participou de viagem a Gravatal, ficando hospedado junto com o grupo no hotel. Quando foram para Curumim, refere que esteve na casa do Prefeito, que fica próxima ao hotel onde o grupo ficou hospedado (fls. 342v/344v).

Como consabido, nos processos envolvendo Prefeitos Municipais, a representação muitas vezes é efetuada por opositores, o que, por si só, não retira a credibilidade dos testemunhos, se harmônicos e coerentes com os demais elementos existentes nos autos. É o que ocorre.

A prova, como reconstituída, revela que os réus desviaram rendas públicas em proveito próprio, ao solicitar, autorizar e receber diárias do Município para participar de viagens estritamente de lazer.

O fato de o pagamento de diárias ser algo habitual no serviço público não autoriza o recebimento de verba pública em atividades desprovidas de qualquer interesse público, como no caso. Nem mesmo o fato de a conduta ter sido realizada por outros gestores isenta os réus de responsabilidade criminal.

Também não há falar em falsa percepção da realidade, ou em erro de tipo, como pretende a defesa, porquanto, como administradores públicos, os réus tinham plena consciência de que as atividades praticadas eram recreativas e de lazer, sem caráter oficial e, portanto, sem qualquer interesse público.

Além disso, embora se reconheça a independência das esferas cível e criminal, os réus foram responsabilizados, em sentença – confirmada pela Quarta Câmara Cível desta Corte, decisão ainda não transitada em julgado – proferida nos autos da ação civil pública, pela prática de ato de improbidade administrativa, ocasião em que assim consignou a douta Magistrada:

Como ocupantes que eram dos mais altos postos do Executivo de Alto Feliz, os réus tinham a obrigação de saber que o recebimento de diárias para o acompanhamento de integrantes do clube de mães e do grupo de terceira idade em viagens de recreação, lazer e turismo, era imoral e ilegal.

Assim, não há falar em culpa, ignorância, mero erro, inabilidade ou irregularidade na conduta dos réus.

Ao contrário.

Reconhece-se aqui que se houveram eles com um grau de culpabilidade capaz de revelar desvio ético e desonestidade na condução da res publica, o que caracteriza inquestionável dolo, ainda mais que, segundo a lição do eminente Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa, quando do julgamento da Apelação Cível n. 70048988497, julgada em 20/06/2012, “Os atos de improbidade previstos no art. 11, Lei n° 8.429/92 reclamam a presença de dolo, bastando aquele genérico, consistente na vontade de realizar o fato descrito na norma incriminadora, é dizer, conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou prejuízo ao Erário, estando a lesão à Administração Pública in re ipsa”.

E, como bem referido pelo Desembargador Eduardo Uhlein, ao julgar o recurso de apelação:

*No caso, a margem de discricionariedade conferida pela lei diz apenas com o poder de decidir sobre a conveniência e oportunidade na concessão de diárias dentro da situação prevista na lei (Lei Municipal n° 759/2009): **viagens a serviço**. A concessão de diárias, pois, deve necessariamente está fundamentada no superior*

interesse do serviço público, o que não se verificou na hipótese descrita na inicial (...) Deu-se, então, de forma dolosa, através de desvio de finalidade, o enriquecimento ilícito dos apelantes, que se utilizaram de seus mandatos para impor prejuízo ao erário, percebendo diárias para realização de atividades recreativas e de lazer em período de veraneio, de forma indevida, assim preenchendo as hipóteses típicas dos arts. 9º e 11 da Lei Federal nº 8.429/92.

A distância temporal entre os seis delitos cometidos pelo Prefeito deve ser relativizada, havendo que prevalecer o fato de terem sido praticados na mesma gestão. Assim, tratando-se de crimes da mesma espécie, executados de forma semelhante, atendidos os demais requisitos do art. 71 do Código Penal, deve ser reconhecida a continuidade delitiva para todos os fatos, inclusive aquele em que o Vice-Prefeito, José Paulo Bohn, aderiu a sua conduta.

Nessas condições, comprovadas materialidade e autoria, impositiva a condenação de Maurício Kunrath por incurso nas sanções do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67 (cinco vezes), e art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67 c/c art. 29, caput, do Código Penal (uma vez), na forma do art. 71 do Código Penal; e José Paulo Bohn por incurso nas sanções do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, c/c art. 29, caput, do Código Penal (uma vez).

Passo à fixação das penas.

MAURÍCIO KUNRATH não registra antecedentes negativos; agiu com dolo intenso, como administrador do Município deveria zelar pela coisa pública e não se locupletar as custas do erário. Favoráveis os demais operadores do art. 59 do Código Penal, vai estabelecida a pena-base em 02 anos e 02 meses de reclusão, para cada um dos seis delitos. Diminuída de 02 meses pela confissão espontânea (ainda que não tenha admitido o dolo).

Reconhecida a continuidade delitiva, vai aumentada a pena de um dos crimes (02 anos de reclusão), já que idênticas, de 1/2, tendo em conta a reiteração de condutas delitivas, seis vezes, definitiva a pena em 03 anos de reclusão, em regime inicial aberto.

Acerca do critério para exasperação da pena quando praticados crimes em continuidade delitiva, a orientação do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do julgado cuja ementa segue transcrita:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO

OBJETIVO. QUANTIDADE DE DELITOS. 2. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Na exasperação da pena pela continuidade delitiva predomina o critério objetivo, segundo o qual a fração de aumento varia de acordo com a quantidade de crimes praticados em continuidade.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 249.012/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 09/04/2013).

JOSÉ PAULO BOHN não registra antecedentes negativos; agiu com dolo intenso, como Vice-Prefeito do Município deveria zelar pela coisa pública e não se locupletar as custas do erário. Favoráveis os demais operadores do art. 59 do Código Penal, vai estabelecida a pena-base em 02 anos e 02 meses de reclusão, diminuída de 02 meses pela atenuante da confissão espontânea (embora não tenha admitido o dolo); definitiva a pena em 02 anos de reclusão, em regime inicial aberto.

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, vai substituída a pena privativa de liberdade, de cada um dos réus, por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo prazo da pena aplicada, em local a ser definido pelo juízo da execução, e prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo para JOSÉ PAULO BOHN e três salários mínimos para MAURÍCIO KUNRATH, em favor de entidade pública ou privada com destinação social a ser definida também no juízo da execução.

As condutas como praticadas, tanto pelo Prefeito, quanto pelo Vice-Prefeito, demonstram que nenhum deles tem condições de permanecer no cargo. Dele se utilizaram para atividades desprovidas de qualquer interesse público, pois desviaram rendas públicas, em proveito próprio, ao solicitar, autorizar e receber diárias do Município para participar de viagens de lazer. Como agentes públicos, fizeram conduta oposta àquela desejada, de atendimento ao interesse da comunidade, bem ao contrário, usurparam de sua condição para gozo pessoal, ofendendo aos princípios da moralidade administrativa e impessoalidade, constitucionalmente previstos. O Prefeito utilizando-se do cargo viajou seis vezes as custas do erário, para acompanhar grupos de Terceira Idade e Clube de Mães, em excursões realizadas sem qualquer finalidade pública. O mesmo para o Vice-Prefeito, ainda que o tenha feito uma única vez. Agiram ambos com culpabilidade elevada.

Nessas condições, determina-se, ainda, após o trânsito em julgado, a perda do cargo e a inabilitação pelo prazo de 05 anos para o exercício de cargo ou função

pública, eletivo ou de nomeação, para ambos os denunciados, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular, nos termos do disposto no § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67³.

Julgo parcialmente procedente a ação penal para condenar o denunciado Maurício Kunrath por incurso no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67 (cinco vezes), e art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67 c/c art. 29, *caput*, do Código Penal (uma vez), na forma do art. 71 do Código Penal, à pena de 03 anos de reclusão; e o denunciado José Paulo Bohn por incurso no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, c/c art. 29, *caput*, do Código Penal (uma vez), à pena de 02 anos de reclusão, ambos em regime inicial aberto; substituídas as penas privativas de liberdade de cada um deles por prestação de serviços à comunidade pelo prazo da pena aplicada e prestação pecuniária no valor de três salários mínimos para Maurício Kunrath e um salário mínimo para José Paulo Bohn. Determino, ainda, após o trânsito em julgado, a perda do cargo e a inabilitação pelo prazo de 05 anos para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, para ambos, nos termos do disposto no § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67.

Custas em proporção.

Após o trânsito em julgado, inclua-se o nome dos réus no rol dos culpados.

3 – § 2º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR AGENTE PÚBLICO E A RESPONSABILIDADE PENAL: ESTUDO DE CASO

Newton Brasil de Leão¹

I – NOTAS INTRODUTÓRIAS:

O feito analisado é a ação proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra MARCOS ANTÔNIO ORO, Prefeito Municipal de David Canabarro/RS, pela prática, em tese, dos ilícitos dos artigos 38-A, *caput*, e 39, combinados com o artigo 53, incisos I e II, todos da Lei nº 9.605/98², por fatos assim descritos na vestibular acusatória:

“1º FATO:

[Artigo 38-A da Lei n.º 9.605/98]

Durante o primeiro quadrimestre do ano de 2014, em horário não perfeitamente esclarecido, na estrada municipal que liga a Linha Frazon e a Comunidade de Nossa Senhora de Fátima, interior do Município de David Canabarro/RS (coordenadas UTM S 28°26'47.5” W 51°45'35.6” DATUM WGS 84), o

1 – Desembargador da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e relator do processo.

2 – Conforme autos da ação originária nº70067928937, julgada em 14/03/2019, pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tendo como Relator o Des. Newton Brasil de Leão, e compondo o julgamento os Des. Aristides Pedrosa de Albuquerque Neto e Rogério Gesta Leal.

denunciado MARCOS ANTÔNIO ORO, na condição de Prefeito Municipal de David Canabarro/RS (gestão 2013-2016), planejou, ordenou e orientou o denunciado ALFREDO LUIZ BERTUZZI, Supervisor de Obras Públicas, o qual, na época, respondia pela Secretaria Municipal de Obras, estabelecendo como prioridade de sua gestão o alargamento de estradas vicinais, independentemente de observâncias às regras legais, especialmente aquelas vinculantes do licenciamento ambiental a efetivação destas obras que provocaram a destruição e a danificação da vegetação de mata nativa, pertencente ao Bioma Mata Atlântica, em estágio avançado de regeneração natural (canelas, angicos, chal-chal, incluindo espécies ameaçadas de extinção – butiazeiros e araucárias, estas em época de sementação), consoante Auto de Infração Florestal n.º 6321, série D (fls. 04/07).

Na ocasião, os denunciados MARCOS ANTÔNIO ORO e ALFREDO LUIZ BERTUZZI, agindo em comunhão de esforços e conjugação de vontades, onde o prefeito MARCOS ORO sempre deteve o controle final dos atos e o poder global da ação, desprezaram os critérios técnicos de controle e preservação ambiental necessários às obras de ‘alargamento de estradas’, pois não possuíam licenciamento ou autorização legal de qualquer espécie, menos ainda avaliação técnica efetiva da estrada que liga as duas localidades antes referidas, do rio que a margeia ou de seu entorno, destruíram e danificaram vegetação arbórea de Mata Atlântica, em estágio avançado de regeneração, na extensão de 0,9ha, sendo que 0,26ha se encontravam em área de preservação permanente, assim divididos: (i) 02 (dois) locais em área de preservação permanente de córregos; (ii) 02 (dois) locais em área de preservação permanente de nascente; e (iii) 01 (um) em área de preservação permanente do Rio Carreiro; além de (iv) 05 (cinco) locais fora de área de preservação permanente (fotografias das fls. 26/37 e 51/62).

A intervenção na área de preservação permanente do Rio Carreiro (coordenadas DATUM WGS 84 S28°26' 47.5"/ W 51° 45' 35.6") ocorreu numa extensão de aproximadamente 650 (seiscentos e cinquenta) metros e largura média de 4,00 (quatro) metros, acarretando, igualmente, a erosão do solo (fotografias das fls. 33/37) nas margens do referido Rio, assim como o desvio do curso d'água intermitente (fotografia da fl. 69 v.), pelo depósito de resíduos de vegetação oriundos da supressão ilegal realizada.

2º FATO:

[Artigo 39 da Lei n.º 9.605/98]

Nas mesmas condições de tempo e local relatadas no primeiro fato, o denunciado MARCOS ANTÔNIO ORO, Prefeito Municipal de David Canabarro/RS (gestão

2013-2016), que detinha o controle final dos atos e o poder global da ação ordenou ao denunciado ALFREDO LUIZ BERTUZZI, Supervisor de Obras Públicas, o qual, na época, respondia pela Secretaria Municipal de Obras, que realizasse o alargamento da estrada municipal que liga a Linha Frazon e a Comunidade de Nossa Senhora de Fátima, interior do Município de David Canabarro/RS, o que acarretou o corte de árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem que houvesse permissão legal da autoridade competente.

Na ocasião, os denunciados MARCOS ANTÔNIO ORO e ALFREDO LUIZ BERTUZZI, agindo em comunhão de esforços e conjugação de vontades, além de desprezarem critérios técnicos de controle e preservação ambiental, sem possuir licenciamento ou autorização legal de qualquer espécie, ou mesmo acautelando-se tecnicamente em relação à obra na estrada que liga as duas localidades antes referidas, determinaram o corte de diversas árvores em área de preservação permanente, sendo que foram afetadas pela destruição/corte, dentre outras espécimes (araçá do mato, camboatá vermelho, aroeira vermelha pitangueira e angico), pelo menos 03 (três) espécimes de pinheiro-brasileiro (araucária angustifólia), com diâmetro de tronco inferiores a 40cm (fotografias das fls. 54 e 84/85), árvore de abate proibido pela Lei Estadual n.º 9.519/1992, e de espécie incluída na Lista da Flora Ameaçada de Extinção no Rio Grande do Sul (Decreto Estadual n.º 42.099/2002).

CIRCUNSTÂNCIAS COMUNS AOS DOIS FATOS:

Tomou-se ciência dos fatos acima relatados através de Auto de Infração Florestal, de n.º 6321 – série C (fls. 04/07 e Fotografias das fls. 93/94), lavrado pelo Batalhão de Polícia Ambiental da Brigada Militar, dando conta da destruição de mata nativa pertencente ao Bioma Mata Atlântica, em estado avançado de regeneração natural, incluindo espécimes ameaçadas de extinção e em época de sementeação - araucária (fotografia da fl. 93).

Verificou-se que a destruição e a danificação da vegetação se deu pelo uso de máquinas pesadas (recebidas do Governo Federal no Programa de Aceleração do Crescimento, o PAC 2 para a manutenção e construção de estradas vicinais – fls. 247/258) da Secretaria de Obras da Prefeitura Municipal de David Canabarro/RS, operadas por servidores públicos municipais em face das ordens de ALFREDO BERTUZZI, encarregado de obras à testa da secretaria de obras, em face do planejamento, coordenação e direção empreendidos pelo prefeito MARCOS ORO. Ambos os denunciados acompanhavam, direta ou indiretamente as obras e serviços realizados (fls. 261/268), estando cientes dos “métodos” que estavam sendo utilizados para o “alargamento” das estradas municipais.

As atividades manejadas pela Prefeitura Municipal de David Canabarro/RS para o “alargamento” da estrada não estavam amparadas por licença ou autorização ambiental concedida por autoridade competente.

Constatou-se, ainda, que a destruição e a danificação da vegetação, e o corte de árvores em área de preservação permanente, resultaram na erosão do solo das margens do Rio Carreiro, bem como modificação do seu curso d’água intermitente (Parecer Técnico da Unidade de Assessoramento Ambiental do Ministério Público - fls. 65/68) – “A ausência de cobertura florestal provoca a diminuição da rugosidade do terreno, gerada pelas raízes das árvores, provocando o aumento da erosão do solo por ação do escoamento da água da chuva. A presença de processos erosivos acentuados no solo, causados pela ausência da cobertura vegetal, provoca a perda de solo, o qual irá se depositar e provocar grande acúmulo de sedimentos nas baixadas e nos cursos d’água, assoreando os mesmos e até mesmo podendo causar sua eutrofização.”.

*Elaborado Laudo Pericial, de n.º DCP14117386, pelo Departamento de Criminalística do Instituto-Geral de Perícias (fls. 74/89), comprovou-se que: “(...) Em vários trechos às margens da estrada foram encontrados resíduos florestais tais como árvores desenraizadas, quebradas ou tombadas, galhos quebrados e toras (Figura 2; Fotografias 2 a 10). A maneira como os resíduos estavam dispostos sugere o uso de maquinário pesado para destruição da floresta. (...) As áreas em que foi verificada destruição ou dano à floresta totalizaram 5.108m² (0,5ha). Durante o exame pericial identificou-se as seguintes espécies afetadas pela destruição: Araçá do mato (*Myrcianthes gigantea*), Camboatá vermelho (*Cupania vernalis*), Aroeira vermelha (*Schinus terebinthifolius*), Pintagueira (*Eugenia uniflora*), Angico (*Parapiptadenia rígida*), entre outras. Entre as espécies afetadas pela destruição/corte foram identificados pelo menos três (3) espécimes de pinheiro-brasileiro (*Araucaria angustifolia*) com diâmetro de tronco inferiores a 40 cm (Fotografias 8 a 10), sendo que o abate deste tipo de árvore é proibido pela Lei Estadual 9.519/1992 e além disso esta espécie encontra-se incluída na Lista da Flora Ameaçada de Extinção no Rio Grande do Sul de acordo com o Decreto Estadual 42.099/2002. (...) Os fragmentos florestais destruídos na área estavam inseridos dentro dos limites da região de cobertura florestal classificada como Floresta Ombrófila Mista no “Mapa da Área de Aplicação da Lei nº 11.428, de 2006”, sendo considerada vegetação integrante do Bioma Mata Atlântica (Figura 4).(...)”.*

Assim agindo, os denunciados MARCOS ANTÔNIO ORO, Prefeito Municipal de David Canabarro/RS (gestão 2013-2016), e ALFREDO LUIZ BERTUZZI, incorreram nas sanções dos artigos 38-A, caput [1º fato], e 39 [2º fato], c/c o

artigo 53, incisos I [erosão do solo] e II [crimes cometidos no período de queda das sementes e contra espécies raras ou ameaçadas de extinção], todos da Lei n.º 9.605/98, na forma dos artigos 29, caput, e 70, caput, ambos do Código Penal”.

Apresentadas respostas escritas pela defesa de MARCOS ANTÔNIO (fls. 335/352) e pela Defensoria Pública em favor do codenunciado Alfredo Luiz Bertuzzi (fls. 378/391), e manifestações sobre as respostas pelo Ministério Público (fls. 357/362v, 368/370v e 393/396), esta Câmara, forma unânime, recebeu a denúncia (fls. 408/422).

A defesa de MARCOS ANTÔNIO ofertou defesa prévia (fls. 434/435), e, após, complementou a qualificação das testemunhas (fls. 446/448).

À fl. 455, foi anexada certidão de óbito do codenunciado Alfredo Luiz Bertuzzi.

Foram ouvidas as testemunhas (fls. 549/580), interrogado o réu (fls. 580v/583), e declarada extinta a punibilidade de Alfredo Luiz Bertuzzi, forte no artigo 107, inciso I, do Código Penal (fl. 590).

No prazo do artigo 10³, da Lei n° 8.038/90, o Ministério Público requereu a atualização dos antecedentes de MARCOS ANTÔNIO, tendo as certidões sido anexadas aos autos (fls. 609/618).

Encerrada a instrução, no prazo do artigo 11, da Lei n° 8.038/1990 (fl. 621), foram apresentadas alegações escritas pelo Ministério Público (fls. 623/626) e pela defesa (fls. 630/638).

O Ministério Público, alegando ausência de provas a embasar a condenação do alcaide, requer sua absolvição.

A defesa de MARCOS ANTÔNIO, atribuindo responsabilidade pela realização da obra que culminou na destruição e/ou danificação de vegetação ao codenunciado Alfredo Luiz Bertuzzi, falecido, pede seja julgada improcedente a ação penal.

II – DO JULGAMENTO DO CASO:

Sem delongas, a prova produzida não autoriza juízo de procedência.

Muito embora demonstrada a materialidade dos delitos denunciados, a autoria imputada ao Prefeito Municipal resta duvidosa.

3 – Art. 10 - Concluída a inquirição de testemunhas, serão intimadas a acusação e a defesa, para requerimento de diligências no prazo de cinco dias.

Com efeito, a prova testemunhal conduz à responsabilização do falecido codenunciado Alfredo Luiz Bertuzzi, o qual, à época dos fatos, ocupava o cargo de Supervisor de Obras Públicas do Município de David Canabarro/RS.

Sintetizando a prova oral produzida, destaco que os policiais militares Sidinei Gomes e Jadir Lusa (fls. 551/554 e 554v/556), que atenderam à ocorrência ambiental e constataram os danos, não souberam precisar se o alcaide fora previamente cientificado da obra.

O mesmo se verificou em relação às testemunhas André Luiz Tasca, Marcos Marcante e Gilmar Tibolla (fls. 565v/567, 569v/570v e 574/575v), operadores das máquinas da Prefeitura Municipal de David Canabarro/RS, os quais ainda destacaram receber ordens diretas do codenunciado Alfredo Luiz Bertuzzi. Deram ciência, ainda de que o réu MARCOS ANTÔNIO não compareceu ao local durante o realizar dos serviços.

No mesmo sentido, a testemunha Vilson Vizioli (fls. 567v/569), também operador de máquinas, que declarou, em resumo, que as ordens lhe eram passadas pelo então supervisor Bertuzzi.

A testemunha Marta Alves Benedetti, geógrafa e licenciadora ambiental, declarou: *“A gente ficou sabendo no momento em que os policiais da PATRAM chegaram na nossa sala pedindo se tinha liberado alguma licença para fazer aquele serviço”*. Indagada quanto ao conhecimento do Prefeito acerca dos serviços que geraram os danos, disse que *“...ele não sabia também do que tinha acontecido, ele ficou sabendo depois”*.

O falecido Supervisor de Obras, Alfredo Luiz Bertuzzi, ainda em sede investigatória (fls. 251/251v), declarou que respondia pela Secretaria de Obras do município de David Canabarro/RS, tendo a determinação de operação das máquinas dele partido, sem que o Prefeito tivesse ciência.

O acusado MARCOS ANTÔNIO, interrogado (fls. 580v/583), mencionou que a obra foi levada a efeito sem seu conhecimento, por determinação do então Supervisor de Obras, Alfredo Bertuzzi. Comentou acreditar que Alfredo tenha sido pressionado pela comunidade local, pois, além de residir na região, se tratava de antiga reivindicação.

Diante do apurado, inviável atribuir responsabilidade ao Prefeito Municipal, pois ausente a certeza necessária acerca de sua participação – e inclusive ciência – no fato denunciado.

Forte, portanto, no princípio *in dubio pro reo*, melhor decidir o absolutório.

Por tais razões, julgo improcedente a ação penal, e absolvo, forte no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, o acusado MARCOS ANTÔNIO ORO.⁴

4 – Os demais Desembargadores votaram com o Relator.

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NECESSIDADE DE UM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL SUBSIDIÁRIO RESPONSIVO VERSUS DIREITO FUNDAMENTAL A PRIVACIDADE E INTIMIDADE

Rogério Gesta Leal¹

I – NOTAS INTRODUTÓRIAS:

A relação entre direito fundamental de intimidade/privacidade e a exposição destes patrimônios no universo físico e virtual tem ampliado os debates sobre os efeitos jurídicos que podem decorrer, em especial, de invasões daqueles campos no que tange a persecução penal de crimes praticados pelos mais diversos agentes.

O Direito Penal e o Processual Penal ainda tem muito o que evoluir, nomeadamente no Brasil, sobre tais demandas e, para abordar de forma exemplificativa isto, pretendemos apreciar algumas relações existentes entre aqueles direitos e suas conformações diante de crimes praticados por governantes (criminalidade governativa) que ocupam cargos eletivos, os quais, por vezes, são levados a cabo através de mecanismos sofisticados e associativos de cooperação delinquente mascarados por atos, fatos e negócios jurídicos de aparente legalidade.

Para tanto, vamos demarcar os contornos normativos e teóricos do Direito Fundamental Individual a Intimidade/Privacidade, para em seguida verificar quais os riscos e perigos mais recorrentes que a realidade virtual tem apresentado em face destes direitos e suas associações com as práticas da criminalidade governativa.

1 – Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e FMP. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Ato contínuo pretendemos demarcar o fenômeno que chamamos de criminalidade governativa de modo mais aprofundado, e como o seu enfrentamento tem evoluído com a utilização de ferramentas de investigação que passam pela realidade virtual e, por vezes, acessam dados privados e da vida íntima de eventuais investigados, defendendo que isto, por vezes, é inexorável diante da natureza e complexidade dos delitos perpetrados contra interesses públicos indisponíveis.

II – É O DIREITO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL À INTIMIDADE E PRIVACIDADE ABSOLUTO?

Sobre o direito à intimidade lembremos da lição de Robert Alexy ao mencionar, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, a *Teoria das Esferas*, pela qual é possível separar três esferas com decrescente intensidade de proteção, quais sejam: a esfera mais interna (âmbito último intangível da liberdade humana), caracterizando-se por ser o núcleo mais íntimo e, conforme interpretação do Tribunal Constitucional alemão, o **núcleo absolutamente protegido** da organização da vida privada, compreendendo os assuntos mais secretos que não devem chegar ao conhecimento dos outros devido à sua natureza extremamente reservada; a **esfera privada ampla**, que abarca o âmbito privado na medida em que não pertença à esfera mais interna, incluindo assuntos que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ficando excluído o resto da comunidade; e a **esfera social**, que engloba tudo o que não for incluído na esfera privada ampla.²

Com o objetivo de encontrarmos esse âmbito mais íntimo e interno do indivíduo, bastaria indagar se existe comportamento de pessoa que, em nenhum aspecto, refira-se ou afete a esfera de outras, ou os interesses da vida em comunidade. Assim, determinadas situações e formas de comportamento do indivíduo conduziriam a prioridade absoluta do *princípio da liberdade negativa*, conjuntamente com o princípio da dignidade da pessoa, frente a quaisquer princípios opostos concebíveis. Entretanto, vale lembrar que **não há direito absoluto**, mas ainda que assim consideremos, não resta afastado o nível mais interno da personalidade do indivíduo a ser assegurado por regras ou princípios.

Relevante também ressaltar a lição de Edilson Pereira Farias, no sentido de que a intimidade, como exigência moral da personalidade para

2 – ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2010, p.119.

que em determinadas situações seja o indivíduo deixado em paz, constituindo direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa, tem como um de seus fundamentos o **princípio da exclusividade**. Esse princípio, visando a amparar a pessoa dos riscos oriundos da pressão social niveladora e da força do poder político, comporta essencialmente três exigências: a solidão (o desejo de estar só), o segredo (a exigência de sigilo), e a autonomia (a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações).³

No espaço público, todavia, quando o agente público (servidor público ou aquele que, de alguma forma, interage com o serviço público) pratica atos inerentes a seu cargo ou função, ele se rende à exposição de sua privacidade e intimidade, tendo em vista a relevância destes atos perante a sociedade. Dessa forma, é de se constatar que o direito à privacidade oferece maior proteção aos cidadãos comuns do que aos homens públicos ou pessoas célebres. No entanto, há que se registrar, as pessoas públicas não sofrem supressão de sua intimidade, mas mera limitação, notadamente naquelas situações em que estão gerindo interesses públicos indisponíveis e atuando em seus ofícios.

É o que expõe Humberto Nogueira Alcalá, no sentido de que o alcance do *direito à liberdade de informação* implica que as pessoas de relevância pública, especialmente as autoridades públicas (governo, administração, legisladores, juízes), que detêm a faculdade de decidir os destinos da sociedade, têm dimensões da vida privada mais reduzidas que as pessoas que não são figuras públicas, podendo informar-se dos atos da vida pessoal que dizem respeito ou que têm implicações diretas com o cumprimento das obrigações públicas, mas não a respeito dos aspectos da intimidade que não são necessários nem estão vinculados com as exigências de informação de caráter relevante ou de interesse público.⁴ Assim, nos casos em que a informação não seja de relevância pública, prevalece o direito à privacidade e intimidade da pessoa.

3 – Ver SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à Intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.02. Ver também o texto de GENTOT, Michel. *Access for Information and Protection of Personal Data*. In Commission Nationale de l'Informatique ET des Libertés. <http://www.pcpd.org.hk/english/infocentre/files/gentot-paper.doc>, p.12, acessado em 02/03/2019.

4 – NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2013, p.113. Na mesma direção o texto de PROSPERI, Massimo. *La tutela dell'immagine*. Roma: Giappichelli Editore, 2010.

Portanto, a relevância pública da informação, da livre expressão, será o único argumento legítimo para a publicação de fatos e atos que afetem a privacidade de determinado indivíduo, e ainda na medida do necessário para que se cumpra outro princípio informativo da Administração Pública que é a transparência de seus atos.

Por conta disto, os meios de comunicação social devem avaliar se os feitos a informar que afetam a privacidade são ou não de relevância pública; se não o são, o silêncio é a conduta constitucionalmente exigida. Até porque, após a publicação de fatos que não sejam de relevância pública, eventualmente denegrindo e afetando a vida privada e intimidade do indivíduo, pode causar dano irreversível e irreparável. Posteriormente à violação do direito, qualquer palavra que se tente emitir com sentido de escusa não ajudará a eliminar a lesão à privacidade e intimidade já consumada. Afinal, as palavras depois de proferidas não voltam atrás.

José de Oliveira Ascensão, privatista clássico do Direito Internacional, por sua vez, ensina que o direito a individualidade, inerente à classificação do direito de personalidade, pode ser dividido, segundo Hubmann, em três esferas: (i) a individual, (ii) a privada, e (iii) a secreta.⁵ Diz Oliveira Ascensão que a **esfera individual** protege o homem em relação à sociedade, quanto a sua identificação pessoal e sua imagem, e ainda quanto ao valor da honra. A **esfera privada**, por outro lado, concentra-se na privacidade, como defesa da autonomia necessária à pessoa para que não seja absorvida pela comunidade. Por último, a **esfera secreta** corresponde aos aspectos de reserva absoluta, inerente ao conhecimento e consciência de cada indivíduo, sendo por isso mais densa, todavia, sequer este direito não pode se tornar um super-direito.

Bem, em se tratando, pois, de Direito Fundamental Individual a privacidade/intimidade efetivamente merecem guarida jurídica e jurisdicional intensa, observados os ditames constitucionais e infraconstitucionais urgentes.

Em termos de Europa, a normativa sobre privacidade e proteção de dados pessoais, a *General Data Protection Regulation* (GDPR), que substituiu a Diretiva 95/46/CE, completando em maio de 2019 um ano de eficácia, institui novos princípios, padrões e regras para o tratamento de dados pessoais, justamente por conta dos exageros e violações de direito provocados no âmbito das redes sociais,

5 – ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 97. vol. I. Ver também o texto de BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo. *Direito à própria imagem. Aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

da utilização comercial ilícita de *Big Data* em diversos setores da economia, e do marketing comportamental muitas vezes violador dos direitos do consumidor.⁶

Em artigo interessante, Ana Carolina Moreira César, Fábio Lara Aspís e Luis Fernando Prado Chaves, informam que:

A autoridade austríaca de proteção de dados foi a primeira a aplicar uma multa relacionada a descumprimento da GDPR, enquanto a CNIL, autoridade francesa, registrou 310 investigações em 2018 relacionadas ao novo regulamento europeu de proteção de dados. Na maioria dos casos, o resultado foi o aprimoramento do compliance nas entidades investigadas. Os setores mais afetados pela fiscalização foram as seguradoras e empresas especializadas em marketing direcionado por meio de aplicativos.

Por sua vez, a ICO, autoridade britânica, informou ter recebido cerca de 39.825 notificações entre maio de 2018 e abril deste ano a respeito de possíveis violações à GDPR. Os três principais assuntos levantados pelos titulares de dados pessoais foram: acesso a dados pessoais, divulgação de dados pessoais e a restrição ao processamento de dados. A entidade teve uma grande atuação na conscientização a respeito da GDPR pela publicação de diversos guidelines a respeito do tema. Ainda, quase que instantaneamente após a entrada em vigor do regulamento, a Data Protection Commission, autoridade referência na Europa, iniciou investigações com foco na vigilância pelo poder público de titulares de dados pessoais, tais como pela utilização de drones, câmeras e outras tecnologias.⁷

Por outro lado, cumpre aferir como o sistema jurídico brasileiro trata – em nível constitucional e infraconstitucional – deste Direito.

A Constituição Federal do Brasil, em seu art.5º, X, estabelece como princípio fundamental da República que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral

6 – Ver o texto completo no site: <https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr-1-0.pdf>, acesso em 03/07/2019.

7 – CÉSAR, Ana Carolina Moreira; ASPIS, Fábio Lara e CHAVES, Luis Fernando Prado Chaves. *Um ano: o que podemos aprender com os erros e acertos da Europa*. In <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/opiniaopodemosaprendereuropaano-gdpr>, acesso em 03/07/2019. Ver também o texto SALVADOR, Virginia Puldain. *El futuro marco legal para la protección del acceso a los datos*. In Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, v.47, 119-135 (2017). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris47.fmlp>, acesso em 03/07/2019.

decorrente de sua violação. A reforçar tal disposição, o Plenário do Senado Brasileiro, em 02/07/2019, com 62 (sessenta e dois) votos favoráveis, aprovou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº17/2019, que inclui a proteção de dados pessoais, inclusive os disponíveis em meios digitais, na lista das garantias individuais da Constituição Federal.⁸

A despeito disto, tem-se que ter em conta a necessária leitura sistemática do ordenamento jurídico pátrio no ponto.⁹ E por que isto? Porque o texto constitucional igualmente prevê, em seu art.5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade do controle judicial; no art.102, I, *a*, II, *a e b*, III, *a, b e c*, e art.103, §2, o princípio da constitucionalidade dos atos estatais ao dispor sobre os mecanismos assecuratórios da ordem constitucional e seus remédios/instrumentos protetivos.

Então podemos afirmar, com Chequer, que a honra não pode configurar obstáculo impeditivo de acesso à informação, por exemplo, em face de investigações sobre cometimento de violações de direitos, eis que, nesses casos, *o dano à honra da pessoa atingida pela matéria informativa ou pela expressão veiculada não se origina da veiculação da notícia, mas sim da própria conduta daquele que foi investigado, acionado em juízo ou preso.*¹⁰

Vai na mesma direção o trabalho de Paulo José da Costa Jr., ao dizer que:

Não pode o princípio la vie privée doi être murée ser interpretado como se, em torno da esfera privada a ser protegida, devesse ser erguida verdadeira muralha. Pelo contrário, os limites da proteção legal deverão dispor de suficiente elasticidade. O

8 – Para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais esta PEC dá nova redação ao artigo 5º, da Constituição Federal, acrescentando ao dispositivo o inciso XII-A, que diz: *é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais.* A partir de agora o texto, após acordo e votação em dois turnos, seguirá para a Câmara dos Deputados.

9 – A partir de CANARIS, Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.83, a ideia de sistema se sustenta em razão de alguns pressupostos: (1) necessidade de um mínimo de racionalidade na dogmática; (2) da identificação das instituições com sistemas de ações e de interações, o do próprio direito como um sistema de comunicações; (3) o do apoio sociológico da estruturação jurídica; (4) o do tipo do pensamento dos juristas.

10 – CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como Direito Fundamental preferencial prima facie.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p.68. Lembra o autor que a Corte Europeia de Direitos Humanos condenou o Estado Austríaco pelo fato de que um Tribunal doméstico seu condenara jornalista por críticas duras feitas ao então chanceler da Áustria, Bruno Kreisky, por ter ele sido benevolente para com os nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, violando, assim, o direito fundamental à expressão e informação.

homem, enquanto individuo que integra a coletividade, precisa aceitar delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais concidadãos, que poderão perfeitamente conflitar ou penetrar por ela.

Hipóteses se configuram em que o interesse do individuo é superado pelo interesse publico, justificando-se o sacrificio da intimidade.¹¹

Por mais que a norma constitucional – e o sistema jurídico como um todo – estabeleçam catálogos de direitos e garantias constitucionais referidas como autoaplicáveis, e disto não se tem dúvidas, o fenômeno de efetivação concretizante destes sempre contará com graus/medidas passíveis de mensuração, e estas, definitivamente, não estão dadas pela Carta Política, demandando do intérprete/aplicador atribuição de sentido racional e material às suas reivindicações, caso por caso (que inclusive pode tratar de interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo), levando em conta o universo de variáveis que convergem a ele.

Por sua vez, o Novo Código Civil brasileiro, em seu Livro I, Título I, Capítulo II, art.11 e seguintes, regulamentou ainda mais o tema sob comento, destacando, dentre outras coisas: (a) que toda a pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome (art.16); (b) que, salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização de imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais (art.20); (c) ao fato de que a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (art.21).

Em outras palavras, há determinadas qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, dentre elas, o respeito dos concidadãos (honra subjetiva e objetiva), o bom nome, a imagem e a reputação, e por tal razão devem ser observados.¹² Perez Luno

11 – COSTA Jr., Paulo José da. *O Direito de Estar só – tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.51.

12 – CARVALHO, Márcia Haidée Porto de. *A defesa da honra e o direito à informação*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002, p.94.

lembra neste particular que se tratavam destas questões como o direito das pessoas à fama e reputação, bem como direito à tranquilidade do espírito e à solidão.¹³

O direito de privacidade, entretanto, não se confunde com o de intimidade, representando este o núcleo mais reservado e indevassável da vida de determinada pessoa, em nada interessando à opinião pública o que faz ou deixa de fazer, pensar, sentir, fruir, etc., desde que não interferindo de forma invasiva na vida de outras pessoas, e que não represente risco/perigo, atual ou iminente, à ordem jurídica e segurança pública.¹⁴

A nova legislação sobre proteção de dados no Brasil, Lei nº13.709/2018, que versa sobre o tratamento de dados pessoais, **inclusive nos meios digitais**, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, avançou mais um pouco nos níveis de proteção destes bens sobre os quais estamos tratando, atribuindo várias responsabilidades aos gestores e usuários de dados que dão maior segurança as pessoas físicas e jurídicas no país.

Todavia, em seu art. 4º, inciso III, a mesma norma, ao não submeter determinadas situações a Lei, autorizou o acesso a dados para os fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais, evidenciando a preocupação acertada com o enfrentamento da criminalidade que, muitas vezes, se oculta em situações de aparente legalidade ou através de estratégias complexas e sofisticadas como a lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta e evasão de divisas.

Registre-se que o tratamento de dados pessoais previsto neste inciso III será regido por legislação específica, *que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.*¹⁵ Por certo que aqui já temos outros desafios que é o de densificar materialmente – e no caso concreto – os níveis e possibilidades das *medidas proporcionais e estritamente necessárias* ao escopo da norma, matéria a ser aferida pelo devido processo legal e decisão judicial.

13 – LUÑO, Antonio Henrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos Ltda, 1999, p.335.

14 – No Brasil ver os textos já clássicos de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Direito de Personalidade. Direito de Família. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955; GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

15 – Art.4º, parágrafo primeiro.

III – RISCOS E PERIGOS NA REALIDADE VIRTUAL EM FACE DA INTIMIDADE E PRIVACIDADE DE DADOS E BENS JURÍDICOS.

Assim como na realidade física, também no mundo virtual tem surgido inéditas formas de lesões a interesses privados e públicos, desde o terrorismo, a pedofilia, o bullying, piratarias, racismos, xenofobias, furtos, dentre outros. Isto tem se alastrado tanto que os órgãos de segurança pública e privada em todo o mundo tem desenvolvido estratégias e treinamento para o seu enfrentamento, a despeito de que a legislação no ponto ainda seja deficitária.¹⁶

Sem sombra de dúvidas que os criminosos *on line* são de todos os tipos, e podem minar a segurança de nações inteiras, como é o caso do terrorismo, o tráfico de armas, pessoas e órgãos, além do que o comércio eletrônico tem igualmente provocado danos individuais e coletivos, drenando recursos financeiros de consumidores menos avisados e atentos; a própria representação política e as eleições são atingidas¹⁷ – direta ou indiretamente – por comportamentos virtuais de duvidosa licitude.

A partir da WEB pessoas aliciam crianças, arregimentam fundamentalistas religiosos, racistas, fomentam o preconceito étnico e de gênero, divulgam propagandas de ódio e violência, alimentam os extremismos políticos e ideológicos, compram e vendem o que pudermos imaginar, roubam dados de pessoas físicas e jurídicas, e os utilizam no mercado virtual. Ainda se opera, a partir da rede virtual de relações, o que os especialistas chamam de desinformação, ora entendida como difusão de informações falsas e distorcidas que, transitando de um lado a outro, é capaz de condicionar a opinião pública.

Ou seja, o espaço virtual é privilegiado para o cometimento de crimes, pois o controle, visibilidade e transparência das ações que ali ocorrem são

16 – Informações que estão disponíveis no site do FBI norteamericano sobre estes temas, identificando quem são as pessoas que costumam estar por trás de ações neste campo: *Who is behind such attacks? It runs the gamut—from computer geeks looking for bragging rights...to businesses trying to gain an upper hand in the marketplace by hacking competitor websites, from rings of criminals wanting to steal your personal information and sell it on black markets...to spies and terrorists looking to rob our nation of vital information or launch cyber strikes.* In <https://www.fbi.gov/investigate/cyber>, acesso em 21/11/2017.

17 – Ver o instigante texto de LIPTON, Eric, SANGER, David E. e SHANEDEC, Scot. *The Perfect Weapon: How Russian Cyberpower Invaded the U.S.*. In The New York Times, 13/12/2016, disponível em <https://www.nytimes.com/2016/12/13/us/politics/russia-hack-election-dnc.html>, acesso em 21/11/2019.

baixíssimas, podendo os delinquentes terem tempo maior para o planejamento e execução das suas artimanhas. Neste ponto, a investigação destes crimes, por operar com a lógica e práxis dos delitos físicos e tradicionais, por vezes, não tem instrumentos adequados; por vezes é engessada por procedimentos restringidos por Direitos Fundamentais Individuais (privacidade, intimidade, propriedade privada).¹⁸

Desde o acesso não autorizado a sistemas de dados através do chamado *hackeamento* (que diz respeito ao acesso a sistemas privados, contornando medidas de segurança fornecidas no sistema que é violado); o *superzapping* (que configura o uso não autorizado de utilitários que permitem o acesso a qualquer lugar virtual, por mais protegido que seja, viabilizando que se apague, copie, insira ou use os dados armazenados nele); o *scavengring* (que consiste na coleta de informações residuais, físicas, manuais, diagramas, notas de programação, ou lógicas, arquivos temporários, para conhecer as formas de acessar o sistema); o *salemislacing* (que é a retirada diária de pequenas quantias de dinheiro em milhares de contas), dentre outros, vivemos em tempos de profunda insegurança em nossas relações sociais e institucionais.¹⁹

No mundo virtual inexistem fronteiras claras e seguras, e isto constitui característica muito atraente para quase todas as atividades criminais, tanto como meio para o cometimento de delitos, quanto representando o delito propriamente dito. Quando as autoridades tentam controlá-lo, encontram muitas dificuldades, a começar pelo fato de que a internet costuma ofertar facilidades e estímulos a consecução de muitos comportamentos potencial ou efetivamente criminosos, como o anonimato e o segredo, que fornecem condições ideais para atividades

18 – Ver o texto de COSATBILE Gerardo. *Scena criminis, documento informatico e formazione della prova penale*. In Ciber spazio e Diritto, disponível no site <http://www.altalex.com/documents/news/2005/04/27/scena-criminis-documento-informatico-e-formazione-della-prova-penale>, acesso em 21/08/2019. Lembra o autor que a internet representa zona franca porque tem condições de oferecer suficientes garantias de segurança e anonimato, assim como apresenta dificuldades de ser alcançada por normas reguladoras eficientes.

19 – Como a transferência eletrônica de fundos, destruição ou inutilização de arquivos, modificação de programas, dados ou documentos eletrônicos, apreensão de arquivos ou programas ou descoberta de segredos industriais ou comerciais. Ver o texto de FLAHERTY, David H. *On the utility of constitutional rights to privacy and data protection*. In Case Western Reserve Law Review, vol.41, p.831 (1991) Available at: <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol41/iss3/14>, acesso em 25/09/2019.

próprias da delinquência. Ou seja, o segredo da autoria virtual – quando ocorre – revela-se como chave estratégica e oportunidade excelente à realização de ilícitos os mais diversos, ou dissimulados, utilizando-se de formas jurídicas aparentemente lícitas (principalmente empresas de fachada que só existem para a prática de crimes, consecução de contratos administrativos fraudulentos, licitações manipuladas, superfaturamento de contas, etc.).

Por outro lado, para complicar mais estes cenários, temos alguns outros âmbitos de circulação de dados virtuais complexos e de difícil investigação, como os chamados *deep web* e *dark web*, porque representam parte da rede cujo conteúdo não está disponível ou indexado nos principais mecanismos de pesquisa (google, bing, yahoo), e possuem níveis criptográficos de acesso extremamente fechados. Estes ambientes são formados por milhões de páginas virtuais, com dimensões inimagináveis e com crescimento similar ao da Internet Visível. Em especial a *dark web*, por possuir *páginas não indexadas, não seguem as regras do ICANN*, e não possuem nomes registrados no serviço de DNS (sistema de nome de domínios).²⁰ *Essas páginas só podem ser acessadas com softwares específicos para navegação em ambientes criptografados e anônimos, como TOR, Invisible Internet Project (i2p) e FreeNet.*²¹

A despeito disto e o progressivo agravamento de recorrências em tais casos, há ainda vazios normativos muito impactantes para estes temas, seja pelo

20 – A Internet Corporation for Assigned Names and Numbers -ICANN foi constituída em 1998, formada em regime de parceria, sem fins lucrativos, por pessoas localizadas em diferentes partes do mundo, dedicadas a manter a Internet segura, estável e interoperacional. Promove a concorrência e desenvolve política aplicável à utilização de identificadores únicos na Internet. Ver ainda o estudo de FALCONER, Joel. *Mail-order drugs, hitmen & child porn: A journey into the dark corners of the deep web*. In <https://thenextweb.com/insider/2012/10/08/mail-order-drugs-hitmen-child-porn-a-journey-into-the-dark-corners-of-the-deep-web/>, acesso em 25/09/2019.

21 – SHIMABUKURO, Adriana e ABREU E SILVA, Melissa Garcia Blagitz de. *Internet, Deep Web e Dark Web*. In SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. (org.). Crimes Cibernéticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, pp.255/256. Informam as autoras que: *Franco (2013) afirma que os buscadores comuns conseguem indexar apenas 4% do conteúdo postado na internet. O restante, 96%, forma a Deep Web.....Conforme estudo da TRENDMICRO grande parte das páginas da Dark Web é redigida em inglês ou russo (47%) e é voltada para a venda de drogas ilícitas e divulgação de pornografia infantil. Entretanto, há também publicidade de outros “serviços”, como assassinatos de aluguel, lavagem de dinheiro, e venda de documentos faltos e de todo o tipo de aparato para invasão de redes ou computadores.* Ver ainda os esclarecimentos feitos no blackhat.com, no texto *Cybercrime in the deep web*, publicado no sitio <https://www.blackhat.com/docs/eu-15/materials/eu-15-Balduzzi-Cybercrime-In-The-Deep-Web-wp.pdf>, acesso em 25/09/2019.

seu ineditismo e a conseqüente dificuldade de trata-los adequadamente, seja pela ausência de interesse político de alguns setores que teriam condições de fazê-lo, o que somente amplia a impunidade de comportamentos ilícitos decorrentes.²² Por outro lado, é possível que algumas instituições, públicas e privadas, adotem condutas permissivas para atrair o comércio ilícito virtual, criando zonas francas de segurança e impunidade para os infratores, em troca de benefícios diretos e indiretos dos frutos rentáveis gerados.²³

O problema é que temos de diferenciar algumas questões nestes crimes informáticos, os quais envolvem a diferença entre os fatos em que o sistema de informática ou de seus elementos são o objeto material do crime, e aqueles em que eles são o instrumento disso.

No primeiro caso, **os crimes contra sistemas informáticos** (ou contra elementos de natureza informática) podem se relacionar a ilícitos patrimoniais em relação a qualquer um dos seus componentes (software e hardware), e podem também se relacionar aos bens que servem de acesso e veiculação dos elementos recém referidos, como terminais de comunicação, dados, informações, documentos eletrônicos, os quais envolvem segredos empresariais, obras literárias ou artísticas, dados com eventual valor probatório coletados em arquivos de computador, etc.. Em qualquer caso, é preciso diferenciar entre crimes contra elementos físicos, que na verdade não colocam problemas significativos aos sistemas jurídicos contemporâneos, e aqueles que afetam elementos lógicos, cuja natureza levanta

22 – Daí porque o Superior Tribunal de Justiça, no Brasil, firmou o entendimento, em sua Terceira Turma, e no REsp 1.785.092, de ser responsabilidade dos provedores de acesso à internet manterem dados cadastrais de seus usuários mesmo antes do Marco Civil da Internet, de 2014, e manteve decisão que condenou provedor a fornecer informações sobre usuário que, em 2009, invadiu o e-mail de uma pessoa e enviou mensagens ofensivas aos destinatários. Na dicção do STJ, as prestadoras de serviços de internet estão sujeitas ao dever legal de registro de suas atividades durante o prazo prescricional de eventual ação de reparação civil, conforme previsto pelo artigo 1.194, do Código Civil de 2002, e que os dados armazenados pelos provedores devem ser suficientes para a identificação do usuário.

23 – Por todas estas razões é que a Convenção de Budapeste – da qual, aliás, o Brasil não é signatário -, previu a necessidade de regulamentação da responsabilidade penal dos provedores por crimes praticados no meio ambiente digital, em especial em seu art.12. Providência absolutamente necessária em face dos riscos e perigos causados pela atuação livre de provedores de fachada para ocultar ações criminosas das mais diversas espécies. Ver o texto de ROSA, Fabrício. *Crimes de Informática*. Campinas: Bookseller, 2002.

questões concretas e muito interessantes – mas que não temos tempo de aprofundar aqui.²⁴

Os delitos contra sistemas informáticos, que afetam seus elementos físicos, não oferecem particularidades mais destacadas, pois se assemelham a comportamentos que se dirigem contra outros objetos e se relacionam a furtos, roubos, apropriação indébita, fraudes diversas, o mesmo acontecendo com os programas contidos nos suportes de armazenamento massivo quando é sobre o objeto físico no qual se encontram gravados que se dá o cometimento do crime.

Outra é a situação dos comportamentos relacionados com os elementos lógicos do sistema; quando as condutas criminosas afetam exclusivamente os programas, sem incidência sobre os seus elementos físicos. Em regra, em tais situações, os crimes ocorrem mediante procedimentos informáticos de cópia, deteriorização ou manipulação de dados, acesso ilícito a informes e dados (industriais, comerciais, etc.), e usando ou transmitindo estes elementos.

No segundo grupo, por outro lado, são incluídos **crimes que são realizados através do sistema de informática**, ou que utilizam elementos de natureza computacional, que aparecem como instrumentos utilizados para realizar o crime. Estão incluídos aqui como objeto de ataque *elementos patrimoniais* (dinheiro, em caso de transferências eletrônicas de fundos, ou o uso de cartões de crédito) e *sistemas informatizados* (introdução de vírus, o acesso ilícito em computadores e redes).

Em todas estas situações vamos encontrar ações ilícitas relacionadas com a chamada criminalidade governativa, com consequências graves e que provocam danos por vezes irrecuperáveis – materiais e imateriais-, sendo que muitas delas já estão previstas pelo sistema normativo vigente, eis que constituem tipos penais tradicionais cometidos/executados por meios eletrônicos e virtuais, existindo muito ainda o que normatizar.

Se de um lado se proliferam os experimentos de violação de dados, invasão de privacidade e intimidade, conformando ilícitos cíveis, administrativos e penais os mais diversos, também é acertado reconhecer a importância de mecanismos virtuais e tecnológicos para o enfrentamento de determinados crimes praticados

24 – Só para lembrarmos, a parte física dos equipamentos de informática computador está em conformidade com os elementos mecânicos ou eletrônicos necessários para o seu funcionamento, enquanto a parte lógica integra os elementos de software, como os arquivos nos quais as informações fornecidas ao computador ou os dados obtidos com os aplicativos específicos são armazenados.

contra a Administração Pública, em especial envolvendo múltiplos níveis e formas de corrupção em rede, em face da formatação de associações criminosas organizadas que, com estratégias variadas, realizam suas ações acobertadas através de simulações e dissimulações múltiplas.

IV – CRIMINALIDADE GOVERNATIVA E O SEU ENFRENTAMENTO PELA VIA DA INVASÃO DE INTIMIDADE E PRIVACIDADE:

Há muito tempo tem se falado de modalidade específica de criminalidade referida como governativa, albergando os atos criminosos praticados por agentes públicos em geral contra o patrimônio e interesses sociais, isto em face, de um lado, da natureza dos bens jurídicos atingidos por tais comportamentos, e de outro, por conta da natureza dos cargos ocupados pelos infratores sob comento.²⁵

E isto se justifica porque, temos de reconhecer, os governantes são pessoas que, por conta dos cargos que ocupam, possuem conjuntos de informações e influências que têm impactos significativos no cotidiano das comunidades em que são gestores; e mais, podem lançar mão das estruturas estatais para operar estes elementos a seu favor (e não do público). Como nos refere o conceito dado por Díez-Picazo, que adotamos: *la característica definitoria de la criminalidad gubernativa radica en que, bien para cometer el delito bien para evitar que sea investigado y perseguido, sus autores pueden disponer de medios jurídicos, económicos, humanos y tecnológicos que son privativos del Estado.*²⁶

Por conta destas particularidades configurativas dos agentes públicos governamentais tem se evidenciado difícil, por vezes, a apuração de condutas criminosas e ímprobos que praticam, pois se valem de simulacros, cúmplices, arranjos institucionais públicos e privados, tudo para despistar ou atralhar investigações

25 – A literatura no ponto pode ser referenciada com PENNOCK, John Roland. & CHAPMAN, John W. *Criminal Justice*. Nomos vol. XXVII. New York: New York University Press, 1985. Ver igualmente o excelente texto de SCHAFER, Stephen. *The political criminal – the problem of morality and crime*. New York: Free Press, 1974.

26 – DÍEZ-PICAZO, Luis María. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 2000, p.13. Adverte o autor, adequadamente ainda que: *Es cierto que los gobernantes no encarnan el Estado en su conjunto y es, asimismo, cierto que concretos casos de criminalidad gubernativa no convierten al Estado en una organización criminal: pero es incontestable que los gobernantes son órganos del Estado y, sobre todo, que representan la imagen visible del mismo.*(p.14).

sobre irregularidades praticadas, reclamando estratégias e ferramentas adequadas e eficazes de apuração da verdade fática e real em ocorrência, as quais, não raro, implicam cuidados esmerados em termos de compatibilidade/sustentabilidade constitucional e infraconstitucional na ponderação dos bens, interesses e direitos envolvidos (individuais e sociais).

Associa-se a isto a cultura política que emerge com o Estado de Direito da Idade Moderna, pautado (ainda que com vestes inicialmente liberais) na premissa e busca (substancial e procedimental) de mecanismos para a limitação e controle do Poder, superando, desta forma, o costume histórico de períodos anteriores a este, nos quais o governante não estava vinculado as leis (*princeps legibus solutus est*).²⁷

Nestes novos tempos os governantes não são invioláveis e tampouco gozam de imunidades absolutas como em períodos absolutistas, assim como os cargos e agentes públicos a eles vinculados não estão a seu dispor, mas a disposição do Estado e de suas políticas públicas. E isto se dá porque eles são investidos nesta condição pela soberania popular, via sufrágio livre e universal, sujeitando-se a legalidade constitucional e infraconstitucional, viabilizando, assim e weberianamente, o controle racional-legal da legitimidade de suas ações.²⁸

Com o reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado em face de danos que seus agentes provocam, somado ao dever de regresso destes para com o Poder Público, e novas normativas que responsabilizam diretamente agentes públicos por seus atos de improbidade e corrupção, as possibilidades de os administradores públicos restarem blindados diante dos ilícitos que cometem são cada vez menores.

Lembrando Sartori, o governo de maiorias democráticas e representativas não pode implicar mecanicamente a imposição da vontade das maiorias (argumento contramajoritário), pois deve viabilizar-se a gestão do interesse público que é de todos, demandando sensibilidade ética e moral aprofundada dos gestores

27 – Ver o clássico texto de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *História del Derecho Romano*. Madrid: Civitas, 2010. Para abordagem mais recente destes temas ver o texto de VAISHNAV, Milan. *When money and muscle crime in Indian politics pays*. Connecticut: Yale University Press, 2013.

28 – Abandonando-se, pois, a adesão dos súditos a sistemas políticos de índole carismática e tradicional, fundada em arraigadas tradições coletivas ou na atraente e sedutora personalidade de um Chefe. WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p.170 e ss.

eleitos para tanto, o que dá mais ênfase a responsabilidade por decorrência dos cargos que ocupam (penal, civil, administrativa).²⁹ Dai também advém a ideia da responsabilidade política (mais ampla que a jurídica), consistindo na imposição de sanções igualmente incisivas.³⁰ Esta responsabilidade política pode ser difusa (decorrente da opinião pública) ou institucional (pela via dos *check and balances*), e ambas têm importância significativa no processo de controle da gestão dos interesses comunitários.

Tais elementos não deixam mais dúvidas sobre as particularidades da criminalidade governativa, o que temos de avaliar é como tem evoluído os instrumentos normativos voltados a ela, o que passamos a fazer.

Podemos dizer que, junto aos fatores clássicos e contemporâneos que tradicionalmente se tem apontado como favorecedores das práticas criminosas e corruptas contra a Administração Pública (insuficiente tradição democrática, o escasso respeito aos princípios democráticos, a discricionariedade abusiva dos funcionários públicos, os processos de privatização sem os devidos controles, a tolerância social em relação a tudo isto), nos últimos tempos tem aparecido outros relacionados com a emergência de instituições e organizações internacionais, envolvendo novas categorias de funcionários e empregados públicos não pertencentes necessariamente ao Estado, mas com competências e capacidades de tomada de decisões importantes, suscetíveis de desvio de finalidades e abuso de poder (notadamente em mercados globalizados).³¹

Estes processos transnacionais de negócios e interesses nomeadamente econômicos têm provocado a criação de espaços mercadológicos carentes de regulação adequada e efetiva contra vários ilícitos e, ao mesmo tempo, cria déficits de respostas a problemas gerados por ela. Delinquentes e empresas se aproveitam destas conjunturas e realizam o que se convencionou chamar de *jurisdiction shopping*, que consiste na eleição de territórios (países e economias) com legislações penais, administrativas e cíveis mais ineficientes e brandas em matéria de corrupção para

29 – SARTORI, Giovanni. *Democrazia (Cose è)*. Milano: Rizzoli, 1993, p.96 e ss.

30 – Sobre o tema ver as excelentes monografias clássicas de RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *La responsabilità politica*. Milano: Giuffrè, 1967, e de MARSHALL, Geoffrey. *Constitutional Conventions – the rules and forms of political accountability*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

31 – Ver o interessante trabalho de GARCÍA, Nicolás Rodríguez y CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. (coords.). *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2009. Na mesma linha ver o texto de SEÑA, Jorge F. Malen. *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Barcelona: Gedisa, 2010.

realizar transações comerciais ilícitas, nomeadamente envolvendo a Administração Pública.³²

Aliás, temos que o Direito Penal pode dar contribuição importante a determinados bens jurídicos protegidos pela ordem constitucional contemporânea – no mundo e no Brasil -, não exclusiva ou fundamentalmente sob a perspectiva da dimensão punitiva segregatória individual (função liberal clássica), mas em face, por exemplo, da responsabilização patrimonial e decorrente do exercício de garantias, para os fins de restrição de direitos da pessoa física e jurídica envolvida à violação destes bens.³³

Como diz Silva-Sanchez³⁴, e com ele concordamos, apresenta relevo a opção jurídico-política pelo Direito Penal no enfrentamento destes cenários de hipercomplexidade globalizada e mesmo de instabilidade social quando atinge bens jurídicos protegidos pela norma penal, e não apenas em face da dureza fática da sanção, a saber:

(i) Diante do Direito Civil, de perfil predominantemente compensatório, o Direito Penal introduz sanção com força pública incontornável à persecução, valendo-se de instrumentos imediatos e invasivos visando a contenção, apuração e responsabilidade do ato criminoso³⁵.

32 – Ver a crítica de ELLIOT, Kimberly Ann (ed.). *Corruption and the Global Economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997. A autora lembra que muitos mercados financeiros baixam abusam na disposição de suas rendas e recursos oriundos da corrupção de qualquer lugar do planeta a partir de um simples *mouse* em seus computadores, dificultando o rastreamento destes bens, pois em regra não deixam rastros que o dinheiro em moeda o fazia, encontrando em paraísos fiscais espaços de proteção e blindagem. O mesmo vale para os *offshores*, conforme o trabalho de MURPHY, Richard. *Dirty Secrets – how tax havens destroy the economy*. New York: Verso, 2017.

33 – Ver nosso texto LEAL, Rogério Gesta. *Responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade*. Porto Alegre: FMP, 2017, acesso em <http://www.fmp.edu.br/servicos/285/publicacoes/>.

34 – SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società industriali*. Milano: Giuffrè, 2004, p.185.

35 – Como é o caso, no processo penal brasileiro, a possibilidade de serem adotadas algumas medidas assecuratórias à persecução penal, dentre as quais: (a) o *sequestro de bens imóveis*, bastando a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, em qualquer fase do processo (arts.125, 126 e 127, do Código de Processo Penal - CPP); (b) o *arresto de bens móveis* suscetíveis de penhora, nos termos do art.137, do CPP; (c) a *busca e apreensão* para descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu (alínea e, do §1º, do art.240, do CPP), ou colher qualquer elemento de convicção para o processo (alínea h, do §1º, do art.240, do CPP), dentre outros. Até no âmbito das contravenções

(ii) Em face do Direito Administrativo³⁶, o Direito Penal se afigura com maior neutralidade, notadamente diante do fenômeno político e de suas relações de Poder, em regra contaminante para os resultados que envolvem responsabilidade jurídica, assim como apresentar-se-ia este como sendo mais imparcial a atuação da jurisdição penal, tornando mais difícil para o infrator o uso de expedientes de neutralização do juízo de desvalor das condutas levadas a cabo.

O Brasil, por sua vez, possui vários documentos que tratam daqueles temas ainda na esfera administrativa, em especial o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal³⁷, e o Código de Conduta da Alta Administração Federal³⁸ – apenas para ficar com parâmetros mais gerais sobre a matéria.³⁹ Em tais normativas, os principais pontos de regulação são: (a)

penais (Decreto nº 3.688/1941) temos penas acessórias que atingem direitos de natureza diversa da liberdade importantes à vida civil, basta ver as disposições do art. 12, referido como tal: (i) a publicação da sentença; (ii) interdições de direitos: a incapacidade temporária para profissão ou atividade, cujo exercício dependa de habilitação especial, licença ou autorização do poder público; a suspensão dos direitos políticos.

36 – Temos presente, todavia, que nesta Sociedade de Riscos os limites entre o Direito Administrativo e o Direito Penal tornam-se mais tênues, haja vista a existência de normas penais em branco que demandam complementação de outros instrumentos jurídicos válidos (Decretos, Portarias, Regulamentos). Ver o texto de QUINZACARA, Eduardo C. *El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal*. In Revista de Derecho, vol. XXV, nº2, Diciembre de 2012. Valparaíso/Chile. p.131/157. Na mesma direção ver o texto de VÁSQUEZ, Abanto. *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2014.

37 – Instituído pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Nele estão estabelecidos princípios e valores que visam a estimular um comportamento ético na Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em 13/02/2013.

38 – Instituído pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em 13/02/2013. É interessante referir que as autoridades submetidas ao Código de Conduta da Alta Administração Federal (CCAAF) são: ministros e secretários de Estado, titulares de cargos de natureza especial, secretários executivos, secretários ou autoridades equivalentes ocupantes de cargo do Grupo de Direção e Assessoramento Superiores (DAS) nível seis - presidentes e diretores de agências nacionais, de autarquias, inclusive especiais, de fundações mantidas pelo Poder Público, de empresas públicas e de sociedades de economia mista. Todos esses agentes públicos, além da declaração de bens e rendas de que trata a Lei n. 8.730/93, devem encaminhar à Comissão de Ética Pública as informações sobre sua situação patrimonial que, real ou potencialmente, possa suscitar conflito com o interesse público, indicando o modo pelo qual irá evitá-lo (art. 4º do CCAAF).

39 – Há outras normas de igual importância que formatam um sistema normativo de ética pública hoje vigente, dentre as quais podemos citar a Lei 8112/90, que estabeleceu o regime jurídico único do servidor; a Lei 9429/92, que tipificou os casos de improbidade; a Lei 9784/99, regulando o processo administrativo.

uso indevido do cargo público; (b) enriquecimento ilícito no exercício da função; patrocínio de interesse privado perante a administração pública (tráfico de influência); (c) violação de sigilo; (d) uso de informação privilegiada; (e) prestação de assessoria a entidade privada; (f) atividade profissional paralela à função pública; (g) hipóteses de conflito de interesse; (h) limitações para atividades profissionais posteriores ao exercício do cargo (quarentena); (i) recebimento de presentes; (j) uso de recursos públicos e servidores em atividades particulares; (l) apropriação de fundos ou de bem móvel públicos, dentre outros.

Vejam que todas estas situações de comportamento antiético tranquilamente podem configurar, dependendo das circunstâncias, ações criminosas envolvendo justamente vínculos – diretos e indiretos – com instâncias de governos as mais diversas.

Daí porque foi necessária a criação do sistema de declaração de bens dos servidores públicos, introduzido no Brasil pela Lei nº 3.164, de 1/07/1957, instituindo o chamado registro público obrigatório dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado de quantos exerçam cargos ou funções públicas da União e entidades autárquicas, eletivas ou não (art.3º), sendo que a atualização dos dados dessa declaração deve ser feita anualmente, ou na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função, podendo substituí-la por cópia da declaração anual de bens e rendas apresentada ao Fisco federal (art.13, § 4º).

Já a Lei nº 8.730, de 10/11/93, estabeleceu a obrigatoriedade de todos os agentes políticos e membros da magistratura e do Ministério Público da União, bem como os que exerçam cargos eletivos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, apresentarem declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse, no final de cada exercício financeiro, ao final da gestão ou mandato, exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, como medida de controle interno do aumento do patrimônio dessas categorias de servidores e agentes políticos e a compatibilidade desse aumento com as rendas declaradas.⁴⁰

É preciso que se registre, todavia, que em termos históricos, o Decreto-lei nº 3.240, de 08 de maio de 1941, já autorizava o sequestro dos bens de pessoas indiciadas por crimes de que resultassem prejuízo para a Fazenda Pública, podendo

40 – Esta lei também é aplicável aos governos estaduais e municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8730.htm. Acesso em 22/03/2019.

este atingir inclusive bens em poder de terceiros, desde que estes os tivessem adquirido dolosamente, ou com culpa grave. No caso do prejuízo não ser coberto por essa forma, deveria ainda ser promovida, no juízo competente, a execução da sentença condenatória, recaindo sobre tantos bens quantos bastassem para ressarcir os prejuízos levados a efeito. E mais, a Lei nº1.079, de 10 de abril de 1950, naquela quadra histórica, definiu de forma expressa os chamados *crimes de responsabilidade*, regulando o respectivo processo e julgamento, e alcançando o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, Governadores e Secretários dos Estados, cuja sanção em caso de condenados era a perda do cargo ou função, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos casos do artigo 52, da Constituição Federal, e pelo Supremo Tribunal Federal nos casos do artigo 102, I, “c”, do mesmo Estatuto, sendo que os atos nela caracterizados não constituem crimes e sim infrações político-administrativas.

Com relação aos Prefeitos Municipais e Vereadores, as infrações político-administrativas foram disciplinadas pelo Decreto-lei nº 201/1967, fazendo distinção entre os crimes de responsabilidade (artigo 1º), a serem julgados pelo Poder Judiciário, cabendo inclusive pena de detenção e reclusão, e as infrações político-administrativas, a serem julgadas pela Câmara dos Vereadores, cabendo sanções puramente políticas, à semelhança dos crimes de responsabilidade da Lei nº1.079/1950.

No ano de 2013 outro avanço importante neste tema foi o advento da Lei nº12.846, a conhecida Lei Anticorrupção, que passou a estabelecer a responsabilidade civil e administrativa objetiva de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, prevendo a imposição pela própria Administração de sanções rigorosas, envolvendo desde multas pequenas e altíssimas, até a suspensão ou extinção de atividades – ai pela via judicial.⁴¹

Mas este universo todo de dispositivos jurídicos tem se mostrado suficiente para diminuir atos de corrupção e criminalidade governativa?

A resposta é negativa, razão pela qual a necessidade de termos ampliado, nos últimos tempos, a intervenção penal e processual penal à proteção de determinados bens jurídicos indisponíveis e públicos que envolvem âmbitos da vida social em

41 – Ver nosso LEAL, Rogério G. *A nova Lei Anticorrupção Empresarial no Brasil: novo marco regulatório às responsabilidades das pessoas jurídicas por atos atentatórios aos bens públicos*. In Interesse Público, Belo Horizonte, n. 88, p. 25-54, nov./dez. 2014.

seu evolver histórico, e que reclamam proteção diferida para a salvaguarda de bens agora tomados como indispensáveis para o desenvolvimento sustentável e responsável com as presentes e futuras gerações, prevenindo riscos e perigos (concretos e abstratos) que podem causar danos irrecuperáveis não só a interesses individuais, mas fundamentalmente a interesses públicos, difusos e coletivos.⁴²

V – CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O Direito Penal e Processual Penal, modo geral, até há pouco tempo, estavam mais focados em delitos perceptíveis pelos sentidos, tangíveis e identificados facilmente em face de suas materialidades e autorias, mensuradas pelos níveis de violência ínsita que os caracterizavam (crimes contra as pessoas, contra a propriedade); agora, entretanto, encontra-se tensionado em alguns de seus institutos dogmáticos tradicionais, como culpabilidade, imputabilidade, autoria, materialidade, dentre outros, pois novos comportamentos criminosos surgem, não sendo a violência física o que os caracteriza, intensificando-se os delitos de perigo abstrato ou presumido, como os que atingem direitos difusos e coletivos – meio ambiente e consumidor, os crimes contra a administração pública, dentre outros.⁴³

Podemos dizer, então, que não se sustentam hoje, para o enfrentamento satisfativo da criminalidade governamental, apenas medidas ordinárias administrativas e cíveis, pois elas já se mostraram insuficientes para dar conta dos desafios, riscos e perigos aos quais estamos submetidos todos, motivo pelo qual impõem-se pensarmos em um **Direito Penal e Processual Penal subsidiário responsivo** de bens jurídicos também difusos e coletivos.⁴⁴

Estamos a reclamar um Direito Penal e Processual Penal funcionalizados como sistemas de controles de riscos e responsabilidades de danos a bens jurídicos públicos indisponíveis elevados à proteção constitucional e penal viabilizadores

42 – Ver os textos de ZAPATERO, Luis Arroyo, *et ali* (coords.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad Castilla la Mancha, 2003; e MARTÍN, Luis Gracia. *Fundamentos de Dogmática Penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

43 – Ver o texto de HOYOS, Gustavo Balmaceda. *Consideraciones críticas sobre el derecho penal moderno y su legitimidade*. Santiago do Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.

44 – Ver o texto de BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Legitimidad de la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. In Revista do CENIPEC. Vol. 30. Barcelona: Cenipec, 2011.

das condições necessárias e estabelecidas para o livre desenvolvimento digno do indivíduo na Sociedade.⁴⁵ Isto implica associar à ideia de última *ratio* do Direito Penal e do Processo Penal com o princípio filosófico e jurídico da proporcionalidade, aqui entendido em estreitos termos como a **relação de adequação ponderada entre a ação típica e a reação punitiva**, ou seja, a reação estatal – preventiva e curativa – de condutas criminosas só será legítima se proporcional à conduta ofensiva ao bem jurídico protegido, e tal proporcionalidade tem de ser compreendida como: *Se anche poi una condotta venisse ritenuta penalmente rilevante, ciò non significa automaticamente scelta dello strumento penale. È bene infatti compiere tre ulteriori valutazioni: di efficacia, di effettività e di necessità.*⁴⁶

Como vimos até aqui, estas novas modalidades de criminalidade governativa estão marcadas por comportamentos de associações criminosas, ou mesmo individuais, sofisticados em múltiplas direções (operacionais, estruturais, gerenciais), dificultando as possibilidades de monitoramento e apuração das responsabilidades consectárias.⁴⁷

Por conta disto é que novas formas de investigação foram se estabelecendo em termos legislativos, de inquéritos policiais e ações judiciais (colaboração premiada, quebra de sigilos telefônico, telemático, fiscal, bancário, agentes infiltrados), a despeito de representarem, caso sejam abusivos, violações a Direitos Fundamentais Individuais como à privacidade, intimidade e liberdade.

Pelas mesmas razões, várias instituições internacionais têm reconhecido a necessidade de amplitude dos meios de prova para o enfrentamento da macro e microcriminalidade organizada, eis que somente técnicas e meios de apuração de responsabilidades tradicionais (interrogatórios, busca e apreensão de documentos físicos, perícias convencionais) revelam-se insuficientes à aferição de determinados delitos.⁴⁸

Podemos referir ainda o debate que se encontra no Supremo Tribunal Federal envolvendo o Recurso Extraordinário nºRE97.837, com repercussão

45 – Ver o texto de CURBET, Jaume. *Un mundo inseguro: la seguridad en la sociedad del riesgo*. Barcelona: UOC, 2011.

46 – BELFIORE, Elio. (a cura di). *Giudice delle leggi e Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 2005, p.57.

47 – Ver o texto de SALGADO, Daniel de Resende e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.105 e seguintes.

48 – Ver o excelente trabalho de FRAMIS, Adrea Giménez-Salinas y ÁLVAREZ, José Luis González. *Investigación criminal – principios, técnicas y aplicaciones*. Madrid: ICFS, 2015.

geral reconhecida, e que trata da ausência de consentimento de condenados para integrar o banco de dados de perfil genético que, segundo o Ministério da Justiça, até novembro de 2017, contava já com 8.000 perfis. O problema é que, para alguns, com o advento da Lei Federal nº13.709/2018, que justamente regulamenta a proteção de dados pessoais, este banco de dados teria de ser revisto, pois afetam direitos de personalidade das pessoas atingidas, tais como suas integridades físicas, intimidades, igualdade ante a lei, autodeterminação informativa. Por outro lado, temos de ponderar alguns outros argumentos, dentre os quais: que o princípio da presunção de inocência não é violado neste caso, mas reforçado com o estabelecimento de base de dados genéticos; tampouco há violação da integridade física, porque se pode usar meios não invasivos na obtenção do ADN (fios de cabelo, pele, utensílios utilizados pelo condenado).⁴⁹

O Superior Tribunal de Justiça – STJ tem reconhecido que o uso cada vez mais intenso e diversificado da internet vem abrindo caminhos para a prática de novas fraudes, ou para novas formas de cometimento de velhos crimes, em casos nem sempre fáceis de enquadrar no ordenamento jurídico. Recentemente (04/07/2019) este Tribunal indeferiu pedido de liminar em recurso em mandado de segurança feito pela Google e manteve decisão que permitiu a quebra de sigilo de dados telemáticos de grupo não identificado de pessoas, no âmbito de inquérito policial. O inquérito foi instaurado pela Polícia Civil de Sergipe para investigar o suposto homicídio de um capitão da Polícia Militar. A pedido da autoridade policial responsável pelo inquérito, o juízo da Comarca de Porto da Folha determinou à Google Brasil Internet Ltda. o fornecimento das informações de conexão e de acesso a aplicações de internet (contas, nomes de usuário, e-mail e números de IP e de IMEI) das pessoas que estariam próximas ou no local do crime e utilizando os serviços

49 – Ver neste sentido os textos de: (i) ALMEIDA NETO, João Beccon de. *Banco de dados genéticos para fins criminais: implicações de um debate hodierno*. In Boletim Ibccrim, v. 18, n. 213, p. 16-17, ago. 2010. Disponível em: < <http://infodireito.blogspot.com.br/2010/08/artigo-banco-de-dados-geneticos-para.html> > Acesso em: 03 maio 2019; (ii) AMARAL, Nuno Peixoto do. *Impressão digital genética, base de dados de perfis de ADN e a dignidade da pessoa humana*. In MIRANDA Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 1021-1036; (iii) BLAKEMORE, Brian; BLAKE, Christopher. *Can the national DNA database be effective and comply with human rights legislation*. In *Police Journal*, v. 85, n. 3, p.191-202, 2012; (iv) CORAZZA, Thais Aline Mazetto. *Novas tendências punitivas e o direito à intimidade: castração química, monitoramento eletrônico e bancos de perfis genéticos criminais*. Birigui: Boreal, 2015.

da empresa durante o horário estimado do crime, entre 22h40 e 22h55, tendo o STJ mantido a decisão.⁵⁰

Por tais razões também o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por sua 3ª Câmara Civil, determinou que o aplicativo WhatsApp deveria fornecer, em 15 dias, informações para apurar a possível clonagem do celular de ex-vereadora; em caso de descumprimento, a decisão previu pena de multa diária de R\$ 500,00.⁵¹

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem avaliado estas questões amiúde, nomeadamente nos crimes praticados por Prefeitos e Vereadores, como nos casos: (i) em que Prefeito e Vice-Prefeito, Secretário de Obras, Tesoureiro e dois Secretários Municipais, das Finanças e da Saúde, fraudaram notas de empenhos e falsas prestações de serviços para fins de cometer o delito de peculato-desvio, revelado por alguns credores que, com regularidade, atestavam em empenhos prestações médicas, odontológicas, auxílios para exames e consultas, e óculos, mas nunca receberam os valores na quantia discriminada nos recibos⁵²; (ii) de fraude a licitação para locação de imóvel de correligionário de Prefeito, com preços superfaturados, aparentando formal regularidade no procedimento contratual⁵³; (iii) em que Prefeito Municipal, seu Secretário de Agricultura e Meio Ambiente, mais o fiscal da vigilância sanitária, e empresário proprietário de indústria de Embutidos, em comunhão de esforços e acordo de vontades, subtraíram documentos referentes à mencionada empresa que tramitavam perante o Serviço de Inspeção Municipal local, os quais estavam sob a custódia regular de funcionária pública responsável

50 – Conforme informação no site <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Google-nao-consegue-suspender-quebra-de-sigilo-de-dados-de-grupo-de-usuarios-nao-identificados.aspx>, acesso em 05/07/2019, referente ao RMS nº61215, Relatoria Min. Nefi Cordeiro.

51 – Processo nº4000132-82.2019.8.24.0000. Neste feito o Tribunal não determinou total devassa de dados e informações a ser praticada pelo aplicativo, mas tão somente que o WhatsApp liberasse os registros que possui sobre as conexões e acessos ao aplicativo do celular da vítima, entre eles: o endereço do IP; dados do sistema operacional; do navegador; da rede móvel; e identificadores do dispositivo utilizado para o cometimento do ilícito.

52 – Apelação Criminal, nº 70081250003, julgada pela Quarta Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogério Gesta Leal, Julgado em: 12-09-2019.

53 – Apelação Criminal, nº 70080041676, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em: 12-09-2019.

pela fiscalização destas atividades na comuna, os quais atestavam a existência de irregularidades que precisavam ser sanadas, e as autoridades públicas prevaricaram sobre elas. Os fatos delituosos foram praticados em prejuízo à moralidade administrativa e aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da eficiência, com violação de dever para com a Administração Pública, o que implicou, inclusive, na perda do cargo do Prefeito.⁵⁴

Por conta destes riscos e perigo complexos que surgem, em especial em face dos crimes contra a Administração Pública, é que a persecução penal conta hoje com aqueles instrumentos de invasão de privacidade/intimidade a que nos referimos anteriormente, basta lembrarmos que mesmo em municípios brasileiros de pequeno porte, com orçamentos limitados e recursos públicos escassos, os atos de improbidade e criminalidade estão cada vez maiores, lesando cofres e políticas públicas essenciais aos cidadãos, na medida em que desviam parques recursos que deveriam estar sendo usados para o bem da comunidade.

Estamos falando, de forma exemplificativa, da utilização das seguintes modalidades de investigação:

(i) Interceptação de comunicações telefônicas dos suspeitos das ações criminosas em andamento e consolidadas— desde que existam provas indiciárias substantivas para tanto;

(ii) Solicitações às operadoras de telefonia que forneçam ao Administrador do Sistema de escutas estatal, a fim de atender ao princípio da oportunidade, inerente às atividades de investigação, os dados cadastrais dos telefones interceptados, dos interlocutores e dos números que figurem nas conversas interceptadas e dos seus respectivos IMEI ou SIM Card;

(iii) Afastamento do sigilo dos registros telefônicos e telemáticos dos investigados, devendo as Operadoras de Telefonia transmitir, via *WebService*, para os computadores do SITTEL/NIMP do estado investigador, todos os dados e registros contidos no cadastro dos investigados e dos interlocutores, no extrato de chamadas originadas e recebidas, incluindo o número de identificação do equipamento móvel (IMEI). e as Estações Rádio-Base (ERBs) transmissoras e receptoras, e os registros do extrato de chamadas de terminais identificados a partir de IMEI, referentes a períodos certos e identificados;

54 – Ação Penal Originária, instruída e julgada pelo Tribunal de Justiça, nº 70068300656, da Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em: 12-09-2019.

(iv) Decretação do afastamento do sigilo bancário de todas as contas de depósitos, contas de poupança, contas de investimento e outros bens, direitos e valores mantidos em Instituições Financeiras, Cooperativas de Crédito, e outros Órgãos Fiscalizados pelo Banco Central, referente às pessoas físicas e/ou jurídicas investigadas e relacionadas no pedido do Estado, por período certo;

(v) Pesquisa no Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS), com o intuito de que seja comunicado ao Ministério Público, exclusivamente, as instituições com as quais os investigados têm ou tiveram relacionamentos no período do afastamento do sigilo bancário, acelerando, assim, a obtenção dos dados junto a tais entidades;

(vi) Solicitação para que as instituições financeiras solicitadas no âmbito das investigações, com base nas Cartas-Circulares BCB nº 3.290, de 05/09/05, e nº 3.461, de 24/07/09, informem dados de origem e destino (CPF/CNPJ, nome, banco, agência e conta) de movimentações eletrônicas, incluindo cheques, saques, depósitos, e quaisquer tipos de transferências de recursos, além do respectivo número do documento bancário (número do cheque, da transferência etc.) e demais informações que as Instituições estão obrigadas a manter de forma eletrônica, dos investigados devidamente identificados;

(vii) Decretação do afastamento do sigilo fiscal federal, estadual e municipal, com base nos arts. 198 e 199, da Lei 5.172/66, Código Tributário Nacional, dos investigados.

Contamos ainda com mecanismos do processo penal que tem auxiliado o enfrentamento desta criminalidade governativa, dentre os quais, os da Lei nº12.850/2012, que versa sobre o crime organizado, criando meios de investigação delicados sob o ponto de vista da privacidade e intimidade das pessoas, como os instrumentos da colaboração premiada (art.4º), da ação controlada (art.8º), infiltração de agentes (art.10).

A verdade é que estes mecanismos todos tem auxiliado demasiadamente o combate à criminalidade governativa, mas, é certo, representam riscos de abusos e desvios que devem ser controlados e responsabilizados.

O que temos de entender é que o Direito Penal e o Processo Penal precisam contribuir para evitar e punir os atos delinquentes cada vez mais complexos e sofisticados que agentes públicos e privados têm imposto a Administração Pública e aos interesses indisponíveis da Sociedade.

VI – BIBLIOGRAFIA:

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2010.

ALMEIDA NETO, João Becon de. *Banco de dados genéticos para fins criminais: implicações de um debate hodierno*. In Boletim Ibccrim, v. 18, n. 213, p. 16-17, ago. 2010. Disponível em: < <http://infodireito.blogspot.com.br/2010/08/artigo-banco-de-dados-geneticos-para.html>> Acesso em: 03 maio 2019.

AMARAL, Nuno Peixoto do. *Impressão digital genética, base de dados de perfis de ADN e a dignidade da pessoa humana*. In MIRANDA Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 1021-1036.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra, 1998.

BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo. *Direito à própria imagem. Aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BELFIORE, Elio. (a cura di). *Giudice delle leggi e Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 2005.

BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Legitimidad de la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. In Revista do CENIPEC. Vol. 30. Barcelona: Cenipec, 2011.

BLACKHAT.COM. *Cybercrime in the deep web*, publicado no sitio <https://www.blackhat.com/docs/eu-15/materials/eu-15-Balduzzi-Cybercrime-In-The-Deep-Web-wp.pdf>, acesso em 25/09/2019.

BLAKEMORE, Brian; BLAKE, Christopher. *Can the national DNA database be effective and comply with human rights legislation*. In Police Journal, v. 85, n. 3, p.191-202, 2012.

BULL, Martin J.; NEWELL, James L. (eds.) *Corruption in Contemporary Politics*. New York: Palgrave Macmillan, 2003.

CANARIS, Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARVALHO, Márcia Haidée Porto de. *A defesa da honra e o direito à informação*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002.

CÉSAR, Ana Carolina Moreira; ASPIS, Fábio Lara e CHAVES, Luis Fernando Prado Chaves. *Um ano: o que podemos aprender com os erros e acertos da Europa*. In <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/opinio-podemos-aprender-europa-ano-gdpr>, acesso em 03/07/2019.

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como Direito Fundamental preferencial prima facie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

CORAZZA, Thais Aline Mazetto. *Novas tendências punitivas e o direito à intimidade: castração química, monitoramento eletrônico e bancos de perfis genéticos criminais*. Birigui: Boreal, 2015.

COSATBILE Gerardo. *Scena criminis, documento informatico e formazione della prova penale*. In *Cyberspazio e Diritto*, disponível no site <http://www.altalex.com/documents/news/2005/04/27/scena-criminis-documento-informatico-e-formazione-della-prova-penale>, acesso em 21/08/2019.

COSTA Jr., Paulo José da. *O Direito de Estar só – tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CURBET, Jaume. *Un mundo inseguro: la seguridad en la sociedad del riesgo*. Barcelona: UOC, 2011.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 2000.

DOMÈNECH, Antoni. *Ética pública y control democrático. La función de la ética pública en el funcionamiento de la democracia*. In *Ética Pública: desafios e propostas*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 2008.

ELLIOT, Kimberly Ann (ed.). *Corruption and the Global Economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997.

FALCONER, Joel. *Mail-order drugs, hitmen & child porn: A journey into the dark corners of the deep web*. In <https://thenextweb.com/insider/2012/10/08/mail-order-drugs-hitmen-child-porn-a-journey-into-the-dark-corners-of-the-deep-web/>, acesso em 25/09/2019.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *História del Derecho Romano*. Madrid: Civitas, 2010.

FLAHERTY, David H. *On the utility of constitutional rights to privacy and data protection*. In *Case Western Reserve Law Review*, vol.41, p.831 (1991) Available at: <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol41/iss3/14>, acesso em 25/09/2019.

FRAMIS, Adrea Giménez-Salinas y ÁLVAREZ, José Luis González. *Investigación criminal – principios, técnicas y aplicaciones*. Madrid: ICFS, 2015.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARCÍA, Nicolás Rodríguez y CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. (coords.). *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2009.

GENTOT, Michel. *Access for Information and Protection of Personal Data*. In Commission Nationale de l'Informatique ET des Libertés. <http://www.pcpd.org.hk/english/infocentre/files/gentot-paper.doc>, acessado em 02/03/2019.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HART, Herbert L. A. *Punishment and Responsibility: essays in the philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HOYOS, Gustavo Balmaceda. *Consideraciones críticas sobre el derecho penal moderno y su legitimidade*. Santiago do Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.

LEAL, Rogério G. *A nova Lei Anticorrupção Empresarial no Brasil: novo marco regulatório às responsabilidades das pessoas jurídicas por atos atentatórios aos bens públicos*. In Interesse Público, Belo Horizonte, n. 88, p. 25-54, nov./dez. 2014.

----. *Responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade*. Porto Alegre: FMP, 2017, acesso em <http://www.fmp.edu.br/servicos/285/publicacoes/>.

LIPTON, Eric, SANGER, David E. e SHANEDEC, Scot. *The Perfect Weapon: How Russian Cyberpower Invaded the U.S.*. In The New York Times, 13/12/2016, disponível em <https://www.nytimes.com/2016/12/13/us/politics/russia-hack-election-dnc.html>, acesso em 21/11/2019.

LUÑO, Antonio Henrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos Ltda, 1999.

MARSHALL, Geoffrey. *Constitutional Conventions – the rules and forms of political accountability*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

MARTÍN, Luis Gracia. *Fundamentos de Dogmática Penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

MURPHY, Richard. *Dirty Secrets – how tax havens destroy the economy*. New York: Verso, 2017.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2013.

PENNOCK, John Roland. & CHAPMAN, John W. *Criminal Justice*. Nomos vol. XXVII. New York: New York University Press, 1985.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Direito de Personalidade. Direito de Família*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

PROSPERI, Massimo. *La tutela dell'immagine*. Roma: Giappichelli Editore, 2010.

QUINZACARA, Eduardo C. *El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal*. In Revista de Derecho, vol. XXV, nº2, Diciembre de 2012. Valparaíso/Chile.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *La responsabilità politica*. Milano: Giuffrè, 1967.

ROSA, Fabrízio. *Crimes de Informática*. Campinas: Bookseller, 2002.

SALGADO, Daniel de Resende e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivm, 2016.

SALVADOR, Virginia Puldain. *El futuro marco legal para la protección del acceso a los datos*. In Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, v.47, 119-135 (2017). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris47.fmlp>, acesso em 03/07/2019.

SARTORI, Giovanni. *Democrazia (Cose è)*. Milano: Rizzoli, 1993.

SCHAFER, Stephen. *The political criminal – the problem of morality and crime*. New York: Free Press, 1974.

SEÑA, Jorge F. Malen. *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Barcelona: Gedisa, 2010.

SHIMABUKURO, Adriana e ABREU E SILVA, Melissa Garcia Blagitz de. *Internet, Deep Web e Dark Web*. In SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. (org.). *Crimes Cibernéticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA SÀNCHEZ, Jesús-Maria. *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società industriali*. Milano: Giuffrè, 2004.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à Intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

VAISHNAV, Milan. *When money and muscle crime in Indian politics pays*. Connecticut: Yale University Press, 2013.

VÁSQUEZ, Abanto. *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2014.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

ZAPATERO, Luis Arroyo, et ali (coords.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad Castilla la Mancha, 200.

A ANÁLISE DAS QUALIFICADORAS NA PRONÚNCIA E NO RSE: OS LIMITES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS

Diógenes V. Hassan Ribeiro¹

I – COLOCAÇÃO DO PROBLEMA ANALISADO.

É de todos ressabido que o Superior Tribunal de Justiça, considerado como o tribunal de recursos extraordinários² tem a função constitucional de preservar e reafirmar a legislação federal, cuidando para que a lei federal não seja contrariada ou tenha negada sua vigência (CF, alínea “a” do inciso III do art. 105), controlar a decisão proferida que proteja ato de governo local contestado em face da lei federal (CF, alínea “b” do inciso III do art. 105), e definir a interpretação adequada da lei federal em face de divergência de interpretação entre tribunais (CF, alínea “c” do inciso III do art. 105). *O Superior Tribunal de Justiça tem a função constitucional, em suma, de guardião da legislação federal.*

É certo que, numa observação epistemológica, ou mesmo histórica, há um problema de nível federativo quando o Constituinte criou o Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, uma compreensão verdadeiramente federativa possibilitaria

1 – Desembargador TJRS. Presidente da 3ª. Câmara Criminal. Mestre e Doutor em Direito Público (UNISINOS), Pós-doutor (CES/UC- COIMBRA). Professor (graduação, mestrado e doutorado) UNILASALLE-Canoas RS.

2 – Importante observar que esta expressão leva em conta como recursos ordinários os que se dirigem aos tribunais regionais ou estaduais, enquanto aqueles que se dirigem às Cortes Superiores, com sede em Brasília, seriam os recursos extraordinários.

que os estados tivessem uma margem maior de autonomia, *mesmo na interpretação da lei federal*, assim preservando, eventualmente, suas identidades. Necessariamente a unidade da federação não implica que todos os estados, em um país continental, com identidades regionais muito diversas, devam ter uma só interpretação da legislação federal. *Seria possível tolerar, sem que a legislação perdesse o seu sentido, uma margem de interpretação distinta*, sem que fosse, evidentemente, negada vigência à legislação federal, nas diversas regiões e suas identidades do país.

Não se quer dizer, com isso, que o constituinte, ao eleger essa forma de manter a unidade de interpretação da legislação federal e, então, preservar a lei federal, tenha agido inadequadamente. Efetivamente, era necessário instituir um controle para que a própria federação não perdesse o seu sentido. Todavia, é indispensável o comedimento no exercício da competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de, efetivamente, preservar a federação e o próprio sentido da federação, que é contrário ao de um estado unitário. Ora, o estado unitário sim centraliza o poder e sua competência e exige uma unidade de interpretação, permitindo tão somente uma descentralização administrativa. O estado federativo, por outro lado, não se estabelece apenas como uma mera descentralização administrativa, mas, para além disso, equivale a uma federação, observando identidades regionais que devem ser preservadas, e uma boa margem de autonomia.

Historicamente, é claro, o Brasil se distingue, por exemplo, dos Estados Unidos da América, pois era, no Brasil Imperial, um estado unitário, enquanto que os Estados Unidos, antes da independência, eram 13 colônias que se uniram em uma federação. Essa diferença genética é a causadora das situações bem distintas dos países. Enquanto o Brasil era um estado unitário que se transformou em uma federação, os Estados Unidos eram 13 colônias, aparentemente autônomas, que decidiram se transformar em uma federação. As 13 colônias cederam uma parte da sua autonomia. O poder central do Brasil, por sua vez, decidiu conceder um pouco de autonomia, talvez ocorrendo uma verdadeira descentralização administrativa, jamais uma verdadeira federação. O verdadeiro poder, o poder econômico, as competências legislativas e jurisdicionais permaneceram com o poder central, no caso do Brasil. Assim, a cópia não saiu idêntica, por uma questão genética.

A margem de autonomia, por exemplo, nos Estados Unidos, é tamanha que somente se houver a aprovação de emendas constitucionais, aprovadas na Câmara e no Senado, por três quartos dos estados, entrará a emenda constitucional em vigor. No Brasil, todos sabemos, a margem de autonomia é absolutamente muito

menor, pois nem leis penais diversas é possível que sejam feitas nos estados.

No âmbito jurisdicional, no Brasil, na forma enunciada no art. 105, III, da Constituição Federal, e na sua aplicação, não tem sido observada nenhuma autonomia aos estados federados, o que, ao contrário de preservar a unidade da federação, contraria os propósitos da federação. O sentido das interpretações tornam o Brasil, em vez de uma federação, um estado unitário. Esse o paradoxo.

Para tentar demonstrar os riscos e as consequências dessa aplicação, foi escolhido um caso julgado. *É bem verdade, advirta-se desde logo, que este caso não serve para demonstrar erros de aplicação, mas serve para demonstrar os riscos de aplicação e interpretação inadequadas dos preceitos constitucionais e da legislação.*

II – O CASO EXAMINADO.

Em junho de 2017 a Terceira Câmara Criminal julgou um Recurso em Sentido Estrito oriundo da Comarca de Novo Hamburgo. Transcrevo a ementa:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. 1. No procedimento dos delitos dolosos contra a vida, ao juízo de pronúncia basta o convencimento quanto à materialidade do fato e a constatação de indícios suficientes de autoria ou participação. Assim é porque se trata de mero juízo de admissibilidade da acusação, do que resulta dispensável o grau de certeza inerente às sentenças de mérito. A decisão de pronúncia consiste em juízo de cognição horizontal acerca do acervo probatório, adstrito à verificação da admissibilidade da acusação formulada. Nesse contexto, o exame do mérito da imputação formulada, na sua essência, bem como das teses defensivas, quando preenchidos os requisitos do mencionado dispositivo legal, é da competência exclusiva dos jurados, restando absolutamente vedada qualquer interferência do magistrado. Artigo 5o, inciso XXXVIII, alínea d, da Constituição Federal. No caso, a prova oral colhida - inclusive os depoimentos prestados perante a Autoridade Policial - demonstram indícios suficientes da autoria delitiva, que se aponta aos réus AR e FRSS, o que evidencia a viabilidade acusatória em relação a estes dois. Por outro lado, não restou suficientemente esclarecida a participação do réu FJDG, na medida em

que sequer foi ultrapassado o juízo de possibilidade. Como consequência, mostra-se inviável a manutenção da decisão de pronúncia, mesmo que amparada no in dubio pro societate, tendo em vista que este exige que a autoria delitiva - ainda que duvidosa - esteja inserida no juízo de probabilidade. Assim, mantida a pronúncia em desfavor dos réus AR e FRSS. Réu FJDG despronunciado. 2. No tocante às qualificadoras do motivo fútil e motivo torpe, ambas devem ser afastadas, em razão de sua manifesta improcedência. A motivação do delito não restou suficientemente esclarecida no caderno probatório; não tendo a prova oral apresentado unissonância quanto ao que teria motivado o delito contra a vítima. 3. No que tange à qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, há indicativos acerca da qualificadora imputada. No caso, o esquema anatômico do dorso da vítima registrou oito orifícios de entrada de projétil de arma de fogo na região das costas da vítima, indicando a plausibilidade na hipótese acusatória. Portanto, merece ser mantida tal qualificadora. Relator vencido neste ponto. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA. (Recurso em Sentido Estrito, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS).

Como o relator propunha a exclusão das três qualificadoras constantes da denúncia e da pronúncia e, quanto a uma das qualificadoras que propunha a exclusão, ficou vencido, houve recurso de embargos infringentes ao Segundo Grupo de Câmaras Criminais, sendo negado provimento ao recurso e, assim, mantida uma das qualificadoras originalmente pretendida excluir pelo relator. Transcrevo a decisão do grupo:

EMBARGOS INFRINGENTES. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRONÚNCIA. QUALIFICADORA. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. O afastamento de qualificadoras na fase de pronúncia pressupõe a ausência de indícios a corroborá-las. No caso concreto, o emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima encontra amparo mínimo nos autos. Entendimento majoritário. EMBARGOS DESACOLHIDOS. POR MAIORIA. (Embargos Infringentes e de Nulidade, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS).

O Recurso Especial interposto pelo Ministério Público da decisão que havia excluído a qualificadora, em decisão unânime da Câmara, restou admitido, mas o recurso da defesa, quanto à manutenção da qualificadora reconhecida presente na pronúncia, foi inadmitido. Transcrevo a ementa e da decisão da Segunda Vice-Presidência do Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. QUALIFICADORAS. MOTIVO TORPE. MOTIVO FÚTIL. VALORAÇÃO SUBJETIVA. RECURSO ADMITIDO.

RECURSO ESPECIAL. QUALIFICADORA. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. AUSENTE CIRCUNSTÂNCIA MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. ENUNCIADO Nº 83 DA SÚMULA DO STJ. RECURSO NÃO ADMITIDO.

O Recurso Especial foi provido, em decisão monocrática proferida em data de 13 de agosto de 2018, sendo, em conclusão, possibilitadas todas as qualificadoras que constaram na denúncia e na pronúncia, a que foi admitida pela Câmara e pelo Grupo e aquelas outras que haviam sido excluídas pela Câmara de forma unânime.

III – ANÁLISE DOS ARGUMENTOS CONSTANTES NAS DIVERSAS DECISÕES PROFERIDAS.

O relator do Recurso em Sentido Estrito, ao justificar o afastamento das qualificadoras, expressou que “a prova oral colhida não apresentou unissonância quanto ao que teria motivado o delito contra a vítima: (i) enquanto algumas testemunhas referem a desavença por causa de um negócio de armas, (ii) outras referem ter havido uma dívida não adimplida entre os acusados e a vítima, (iii) ainda há referência a empréstimo a armamento não devolvido pelos réus, e (iv) desaprovação do relacionamento da vítima com ACRS (irmã de FR e sobrinha de A). Nesse contexto, evidencia-se que o conjunto probatório dos autos não é convergente quanto à razão do delito, o que inviabiliza a pretensão acusatória.”

Na sentença, segundo o voto do relator, teria constado análise da denúncia e da prova colhida, constando que todas as qualificadoras encontrariam algum esteio na prova testemunhal constante nos autos do processo. Há menção de que

os motivos torpes e fútil estariam demonstrados pela prova testemunhal, o mesmo ocorrendo com a qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa do ofendido.

Não se sabe se, essa prova testemunhal referida, estaria na instrução judicial, ou se estaria apenas na fase de investigação. É possível que tenham sido produzidas na fase judicial, na primeira fase do procedimento do júri, mas é possível que, ao menos em parte, tenham constado apenas da fase de investigação. Nesse ponto reside uma grave distinção de compreensão, pois grande parte da jurisprudência *ainda* admite os elementos policiais, colhidos na fase inquisitorial, ou seja, sem submissão ao contraditório judicial, como “prova”, incidindo em um erro conceitual perturbador. O que constitui elementos de investigação, sem submissão ao contraditório constitucional e a ampla defesa, torna-se prova para efeito de julgamento e de condenação. Aqui percebe-se um primitivismo acadêmico e dos profissionais do direito absurdo, pois em incontáveis ocasiões os elementos investigativos, mesmo que sejam declarações policiais, acabam não se reproduzindo na instrução judicial, ou sendo apresentados de forma totalmente diversa, possibilitando inclusive a inadmissão da autoria do acusado. No confronto entre as declarações policiais e a prova judicial, há quem diga haver dúvida e, portanto, possibilitam o prosseguimento, no caso do procedimento do júri, com a pronúncia. O dito mais difundido, no meio da acusação estatal, é que “no procedimento do júri o julgamento se dá por tudo o que está entre as capas”, ou “de capa a capa”, permitindo-se acusações e condenações somente com o que está na fase das declarações policiais, sem nenhuma reprodução na fase judicial.

O entendimento expressado na decisão que admitiu o recurso especial, por seu turno, enuncia a dogmática da interpretação consagrada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que as qualificadoras somente podem ser expungidas da pronúncia, ou no âmbito do Recurso em Sentido Estrito, se forem manifestamente descabidas, sob pena de violação da lei federal, expressamente o artigo 413 do Código de Processo Penal, assim como pela violação à competência constitucional do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, CF). Essa foi, inclusive, a fundamentação contante na decisão monocrática que deu provimento ao recurso especial interposto.

O Superior Tribunal de Justiça, que reconhecidamente não julga fatos ou reexamina provas, por força da competência recebida na Constituição Federal, sendo, como se disse acima, o guardião da fiel aplicação da legislação federal,

inclusive por força da Súmula nº 7³ do seu Plenário, admite a chamada “reavaliação da prova na via especial”, não se aplicando, então, a Súmula 7.

Nesses termos, o Superior Tribunal de Justiça, na decisão monocrática que deu provimento ao recurso especial, entendeu que era caso de revalorar a prova analisada em grau recursal, pois teria sido equivocadamente examinada. E, para tanto, utilizou os argumentos produzidos nas decisões, tanto em primeiro grau como em segundo grau, que constavam na decisão de pronúncia e no acórdão do recurso em sentido estrito.

Não há dúvida de que, efetivamente, o Superior Tribunal de Justiça não viola a sua competência constitucional ao realizar essa reavaliação da prova anteriormente examinada pelo Tribunal de origem, produzindo, então, uma nova qualificação jurídica da interpretação já existente nos autos.

IV – O AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS NA PRONÚNCIA E NO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO.

O afastamento das qualificadoras passa, necessariamente, pela conclusão de que a acusação formalizada na denúncia não encontrou esteio probatório, ou seja, de que o titular da acusação estatal não teve êxito no ônus da prova das qualificadoras anunciadas na denúncia. No caso analisado, a conclusão do relator, e que foi acolhida pela Câmara, no recurso em sentido estrito, foi de que não haveria unissonância na prova produzida com relação às qualificadoras. Esse entendimento não demonstrou, claramente, ser caso de exclusão das qualificadoras, segundo a dogmática consagrada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como visto.

Nesses termos, a análise da prova produzida em autos de processo penal por homicídio, com qualificadoras, deve atentar para o aspecto de haver, ou de não haver, prova que funcione para admitir a qualificadora para exame pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. Não havendo tal prova, necessariamente a qualificadora deverá ser excluída. Todavia, se houver elementos de prova que indiquem a possibilidade demonstrativa das circunstâncias da qualificadora, mesmo que haja outra versão da defesa, e que haja, igualmente, demonstrativos da inexistência da qualificadora, será necessário admitir a qualificadora, pois a Constituição Federal de 1988 erigiu o Tribunal do Júri como direito e garantia

3 – Súmula 7, STF: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

fundamental, instituído como órgão jurisdicional, não togado, verdadeiro tribunal popular, ou da cidadania, para julgar os fatos contra a vida.

Evidentemente que outras circunstâncias também possibilitam a exclusão da qualificadora, tal como não haver correspondência entre a acusação formalizada na denúncia e a prova produzida, ou, eventualmente, se não houver compatibilidade entre a qualificadora suscitada e as consequências pretendidas pela acusação estatal. Com efeito, se a denúncia, no primeiro caso mencionado acima, enuncia uma determinada motivação, mas tal motivação acaba não sendo demonstrada, vindo a ser objeto de prova motivação diversa, será caso de excluir a qualificadora da pronúncia. Nesse caso é possível o aditamento da peça acusatória, em momento anterior à decisão de pronúncia, com o evidente direito ao contraditório pela defesa.

Por outro lado, há casos em que, muito embora suscitada na denúncia uma determinada qualificadora, como, por exemplo, a do motivo fútil, vem a prova a revelar que, em vez da qualificadora do motivo fútil, houve, por exemplo, ao contrário, motivação baseada em relevante valor moral, pelo réu, na prática do fato, o que conduz, igualmente, à rejeição da qualificadora, tanto por não ter ficado demonstrada na prova produzida, como porque a prova produzida demonstrou, ao menos no juízo de pronúncia, que o réu praticou o fato por motivo de relevante valor moral. Evidentemente que o juiz togado não poderá descer às minúcias do caso para desde logo proferir qualquer decisão tendente a excluir do conhecimento e julgamento do Tribunal do Júri essa circunstância, mas poderá excluir a qualificadora, uma vez que não ficou demonstrada na prova produzida a sua presença no fato e o qualificativo jurídico consignado na denúncia não se mostrou correto.

V – OS LIMITES DAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Do exposto até aqui percebe-se claramente que há limites à análise que pode ser desenvolvida pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não pode examinar a prova produzida, mais precisamente que não compete ao Tribunal Superior a análise dos fatos, pois o verbete nº 7 da Súmula de Jurisprudência não permite que se reanalise a prova produzida, *uma vez que aquele tribunal somente pode, como guardião da legislação federal, dar nova definição jurídica à análise da prova realizada pelo tribunal de origem*. Mas, dar nova definição jurídica é, igualmente,

ampliar a competência do Superior Tribunal de Justiça. Isso significa dizer que há uma margem de escolhas feitas por aquele Tribunal Superior para admitir e, então, prover ou desprover o recurso interposto.

Na verdade, a jurisprudência que sobreveio à Súmula nº 7 decorreu de uma nova interpretação mais ampla sobre a competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça. Essa interpretação, mais ampla, possibilita a que o ministro relator possa, então, escolher os casos que admitirá e os casos em que dará provimento, *conforme o seu juízo subjetivo*, juízo subjetivo este que, segundo se depreende das razões postas para admitir e prover o recurso especial, quer impedir que seja feito pelo tribunal de origem.

Esse é o risco que se corre na ampliação da interpretação contida nessa jurisprudência, o de tolerar que, subjetivamente, conforme o entendimento do ministro relator, alguns recursos sejam admitidos e providos, enquanto outros não. Isso tem ocorrido, com frequência, com recursos oriundos da acusação estatal, enquanto que os recursos defensivos sofrem resultado desfavorável. Talvez essa situação decorra do aperfeiçoamento técnico dos setores recursais do Ministério Público e, em contrapartida, do eventual desconhecimento e inexperiência dos defensores constituídos, dativos ou da Defensoria Pública, que enfrentam maiores dificuldades em galgar os tribunais superiores para tentar fazer valer as suas razões.

Enfim, há limites constitucionais que devem ser observados pelas cortes superiores e que não pode se valer de interpretações que tenham a tendência de proporcionar conclusões subjetivas que viabilizem o tratamento não paritário, sendo cabível fazer prevalecer, definitivamente, que o processo penal é um processo de partes, e que o Estado-jurisdicção não deve tomar partido, mas deve fazer prevalecer os preceitos constitucionais e legais.

Impositivo ficar claro que, se não é tolerado que o magistrado togado, na origem, faça juízos subjetivos no exame da prova para excluir qualificadora que tem trânsito, mesmo que parcial, na prova produzida, de modo a substituir-se ao julgador soberano constitucionalmente – o tribunal do júri –, por igual, as cortes superiores devem observar os limites constitucionalmente impostos e, então, não fazer prevalecer seus entendimentos subjetivos, ou suas ideologias, pró acusação, ou pró defesa, no intento de escolher quais recursos devem ser admitidos e providos, e quais outros devem sofrer resultado diverso. Importante, ainda, observar, que a maturidade institucional passa pela fase necessária de que a acusação estatal não deve, nem merece, nem precisa, ser tutelada pelo judiciário nas suas decisões, mas

que deve, por certo, ter sua autonomia preservada, com a prevalência do processo penal acusatório que alcançou proteção igualmente constitucional.

VI – CONSEQUÊNCIAS DE DECISÕES QUE DESCURAM DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS.

Convém, desde logo, reiterar que o caso analisado no presente texto não revela qualquer descuido da Corte Superior com a sua competência constitucional, servindo de exemplo de análise, tão somente. Todavia, o eventual desatendimento dos níveis e preceitos de competência constitucionais incorrem noutros riscos que não pode deixar de ser mencionados.

Com efeito, tanto o magistrado togado presidente do tribunal do júri, ou com competência para o julgamento da primeira fase do procedimento do júri, como os órgãos fracionários dos tribunais estaduais, não podem perder a sua competência constitucional de julgar a acusação estatal, com base nas provas produzidas e, assim, viabilizar, ou não, a pronúncia para o julgamento pelo Tribunal do Júri dos fatos contra a vida. E, uma vez que, eventualmente, não fosse observada estritamente a competência constitucional das cortes superiores, por estas cortes, nas suas decisões, há o risco de o magistrado, na origem, ou os órgãos fracionários dos tribunais, *se transformarem em meros ritos de passagem, completamente inúteis e, portanto, plenamente dispensáveis*, bastando que o órgão da acusação estatal promova a denúncia para vê-la submetida ao Conselho de Sentença.

Esse controle geral de competências é extremamente importante que seja trabalhado na doutrina e na jurisprudência, com responsabilidade acadêmica e profissional, com vistas a evitar uma compreensão de despreço pela justiça de primeiro e de segundo grau. E isso é indispensável, porque qualquer conclusão de despreço contribui para o desprestígio dos magistrados com a sua função jurisdicional, na medida em que suas decisões serão, então, desprestigiadas.

E, se na esfera cível, patrimonial, há sempre os interesses da parte contrária, daí decorrendo paridade na análise. Isso ressalvadas as circunstâncias em que uma das partes integre um grande conglomerado econômico, caso em que desfrutará, possivelmente, dos melhores advogados, enquanto as outras partes, eventualmente mais desfavorecidas financeiramente, não terão escritórios especializados nas causas e com prestígio acadêmico. No âmbito penal, não são frequentes as situações em que o acusado está sendo defendido por um escritório especializado, experiente

e de prestígio, sendo mais comum que o acusado – e a maior parte dos acusados é de baixo poder econômico e de nível instrução escolar – seja defendido por um escritório de baixo prestígio e sem especialização.

Portanto, todos eventualmente perderão com o desprestígio da magistratura de primeiro e de segundo grau, se as suas decisões não forem observadas de acordo com os limites das competências constitucionais, pelas cortes superiores. E, se não é tolerado o entendimento subjetivo para acolher determinada defesa, também não deve ser tolerado o entendimento subjetivo para desacolhê-la.

VII – ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES.

O propósito do presente artigo, nesses termos, foi o de trazer à discussão esses temas polêmicos, partindo do exame de um caso concreto. Aparentemente não houve descuido do Superior Tribunal de Justiça, nem da Segunda Vice-Presidência do Tribunal de Justiça, com o recurso admitido e, a final, provido.

Pretendeu-se discutir, inicialmente, o grau de influência da federação no Brasil, relativamente à prestação jurisdicional. Muito embora constitua decisão do Constituinte em reduzir a autonomia dos estados, é certo que a aplicação dos preceitos constitucionais e legais pertinentes podem ser ampliados de modo a desprestigiar as cortes estaduais e regionais, fazendo, por diversas interpretações, por ampliar a competência das cortes superiores, o que viola a própria federação. Por outro lado, se houver, nas decisões das cortes superiores o zelo com as decisões das cortes estaduais e regionais, estará sendo prestigiado o pacto federativo e a federação.

Não há dúvida, de qualquer modo, que a competência para o conhecimento e julgamento de fatos contra a vida ascendeu a uma garantia constitucional na Constituição Federal de 1988, obtendo maior espaço do que aquele previsto nas Constituições anteriores. Isso, todavia, não pode significar que todo e qualquer fato, ou circunstância, possa ser objeto de julgamento pelo Tribunal do Júri, bastando haver acusação formulada em denúncia pelo acusador estatal. Ao contrário, o que deve ser levado a júri, e o que não deve, ainda continua sendo controlado pelo magistrado togado, em cumprimento à legislação aplicável e à Constituição Federal. Assim, o juiz de direito, ou o desembargador, não ficou desprestigiado nos preceitos constitucionais e legais, de modo que lhe é garantida a competência de definir o que deve ser objeto de pronúncia para ser julgado pelo Tribunal do

Júri. *O juiz de direito, ou o Tribunal Estadual, não são meros ritos de passagem*, ou meros assistentes e formalistas do que deve ser viabilizado para o julgamento pelo Tribunal do Júri, antes disso, são constitucionalmente competentes para a pronúncia, ou para a impronúncia ou despronúncia.

Enfim, entendimentos subjetivos, ou ideológicos, devem ser evitados, de modo a que se atribua ao processo penal acusatório a consideração de que é um processo de partes e de que o juiz é neutro, imparcial, e competente, para, assim, reafirmar o estado jurisdição com as garantias constitucionais. Nesses termos, somente a análise objetiva da prova e da legislação aplicável devem servir ao propósito de viabilizar a acusação, ou não, em plenário do Tribunal do Júri, de modo a garantir a paridade de partes.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: REFLEXIVIDADE DAS NARRATIVAS SOBRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM TRÊS DÉCADAS

Leonel Pires Ohlweiler¹

RESUMO. A investigação examina a relevância do processo de constitucionalização do Direito Administrativo, em especial a partir dos trinta anos da Constituição Federal. Sem desconsiderar a relevância do texto, a abordagem realizada privilegia outras dimensões do fenômeno, indagando a constitucionalização no âmbito dos mundos social e institucional, bem como a atuação dos campos de poder que influenciaram o trabalho realizado pelo STF. A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Optou-se por dividir a análise da constitucionalização em três décadas, destacando o relevante papel desenvolvido pelos movimentos sociais. A primeira privilegiou as discussões sobre a necessidade de ultrapassar o *habitus* ditatorial e os instrumentos para dotar a Constituição de maior efetividade. Os anos posteriores da segunda década caracterizaram-se por intensos debates sobre as dimensões sociais do Estado de Direito e os direitos fundamentais. O último período examinado foi marcado pela construção de novos sujeitos na democracia e o âmbito de algumas liberdades públicas. A conclusão foi de que debater a constitucionalização é a oportunidade para refletir criticamente os paradigmas do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, além de redimensionar o caráter de diálogo com a sociedade e os cidadãos para a construção dos espaços normativos.

Palavras-chave: constitucionalização; Direito Administrativo; movimentos sociais; efetividade, direitos fundamentais.

1 – Pós-Doutor em Direito pela UFSC. Mestre e Doutor em Direito. Desembargador do TJRS. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade La Salle. leonelpires@terra.com.br

ABSTRACT. The investigation examines the relevance of the process of constitutionalisation of Administrative Law, especially from the thirty years of the Federal Constitution. Without disregard the importance of the text, the approach held privileges other dimensions of the phenomenon, inquiring the constitutionalisation under the social and institutional worlds, as well as the performance of the power that influenced the work done by the Supreme Court. The methodology used was bibliographical and jurisprudential research. It was decided to divide the analysis of the constitutionalization in three decades, highlighting the relevant role developed by the social movements. The first privileged the discussions on the need to overcome the dictatorial habitus and the instruments to endow the Constitution with greater effectiveness. The later years of the second decade were characterized by intense debates on the social dimensions of the rule of law and fundamental rights. The last period examined was marked by the construction of new subjects in democracy and the scope of some public freedoms. The conclusion was that debating constitutionalisation is the opportunity to critically reflect the paradigms of Constitutional Law and Administrative Law, in addition to re-dimensioning the character of dialogue with society and citizens for the construction of normative spaces.

Keywords: *constitutionalisation; Administrative law; social movements; effectiveness, fundamental rights.*

I – INTRODUÇÃO

A investigação aqui realizada situa-se na linha do entendimento sobre a relevância da constitucionalização, no caso, do Direito Administrativo, muito embora não se desconheçam críticas formuladas sobre os excessos do fenômeno relativamente à atuação cotidiana dos agentes públicos. Como será examinada, a constitucionalização é determinante para melhorar as condições dos cidadãos, tornar o Direito Administrativo mais aberto e flexível, sensibilizar os tribunais para dotar de maior proteção os direitos fundamentais e qualificar a doutrina na reflexão necessária das relações com o Direito Constitucional, como bem alude Eberhard Schmidt-Abmann². Sob a perspectiva social, constitucionalização é vislumbrada

2 – *El Concepto de la Constitucionalización del Derecho Administrativo*. In: *La Constitucionalización del Derecho Administrativo*. La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Alberto Montaña Plata, Andrés Fernando Ospina Garzón Editores. Bogotá: Universidad Extremado de Colombia, 2014, p.27.

como autêntica vivência, na qual a Constituição, enquanto amálgama de regras de uma dada sociedade, ultrapassando estados de anomia, contribui para constituir a ação social de cidadãos, agentes públicos e da Administração como um todo.

O exame dos trinta anos da Constituição, de algum modo, reflete a paulatina construção daquilo que Konrad Hesse denominou de força normativa da Constituição, convertendo-a em força ativa, pois não se olvida que por si só o texto constitucional é incapaz de modificar o estado da arte do paradigma dominante da função administrativa. No entendimento de Hesse, a questão passa por tornar efetivas as tarefas impostas aos administradores públicos, sendo crucial a participação da sociedade, dos cidadãos, e que todos estejam dispostos a deixarem-se dizer pela Constituição³.

Para alcançar o desiderato deste breve estudo, de plano são colocadas em discussão algumas premissas epistemológicas sobre a constitucionalização do Direito Administrativo como ação sociojurídica, ultrapassando-se um pouco o viés exclusivamente normativista. Não se trata de nenhuma inovação, mas apenas mirar o olhar para outros campos do conhecimento e considerar o trabalho social de construção da juridicidade constitucional.

Com o intuito de melhor refletir sobre o problema, a compreensão foi dividida por décadas, na linha inclusive dos trabalhos realizados por Luís Roberto Barroso, mas centrando a discussão em temas de maior repercussão para o Direito Administrativo e, na medida do possível, lançando indagações de caráter mais interdisciplinar e dotadas de caráter dialógico, em especial com a atuação da sociedade em pautar alguns temas.

No exame da primeira década da Constituição, conforme será discutido, preponderaram os debates sobre as condições de possibilidade para ultrapassar o *habitus* ditatorial ainda impregnado no fazer administrativo do Estado, explicitando-se as dificuldades de ultrapassar o senso comum do período, como no sentido limitado atribuído inicialmente ao mandado de injunção e a posterior influência do campo econômico nas questões sobre juros reais e privatização.

Mas vencidas algumas batalhas contra o arbítrio da Administração Pública, a segunda década notabilizou-se por discussões sobre a efetivação do texto constitucional em sua dimensão de Estado Social, a precarização do trabalho público e as disputas de poder em torno da autonomia dos Municípios. Por último, na terceira década da Constituição, sob a perspectiva da irradiação em

3 – *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 19-20.

termos de Administração Pública, destacaram-se julgamentos sobre moralidade administrativa, nepotismo, remuneração de servidores públicos e o exercício do direito de greve, diante da omissão legislativa que até o momento prolonga-se no tempo, além de problemas relacionados com o exercício de liberdades públicas e o debate sobre cidadãos em contextos de vulnerabilidade.

Com efeito, destacar a importância dos trinta anos da Constituição, importa o duplo olhar das garantias constitucionais dos cidadãos, além do conjunto de tarefas a serem realizadas pela Administração Pública⁴ no contexto de um Estado Democrático de Direito.

II – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONSTITUIÇÃO: PERSPECTIVAS DA COMPREENSÃO SOCIOJURÍDICA.

A constitucionalização da Administração Pública e a comemoração dos 30 anos da Constituição Federal em outubro de 2018, ensejou o debate sobre alguns paradigmas dominantes do Direito Constitucional e do próprio Direito Administrativo, seja sob o ponto de vista epistemológico ou das relações com a Constituição, além de remeter para a questão do modo como as relações jurídico-administrativas foram reguladas em três décadas e o que esperar para o futuro? Conforme Eberhard Schmidt-Abmann, a constitucionalização caracteriza-se como a irradiação da Constituição no Direito ordinário, segundo aduz o autor “Con ello, me refiero a una ‘adaptación’, orientación y reorganización del ordenamento jurídico ordinario a los parámetros de la Constitución que no se agotan en los estrictos y simples mandatos y prohibiciones.”⁵

Muito embora reconheça a existência de diversos sentidos atribuídos à constitucionalização, engloba três tipos, considerando exatamente os efeitos da irradiação: a) a Constituição irradia os seus efeitos para o Direito ordinário de tal modo que é retirado proveito dos fins e valores da Constituição no discurso público geral para instar ou exigir reformas do Direito ordinário; b) em um segundo tipo de constitucionalização, dos preceitos da Constituição são construídas consequências imperativas para o Direito ordinário mediante interpretação jurídica, ensejando o

4 – Cf. SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. *El Concepto de la Constitucionalización del Derecho Administrativo*, p. 37.

5 – *El Concepto de la Constitucionalización del Derecho Administrativo*. In: *La Constitucionalización del Derecho Administrativo*, p. 31.

juízo de constitucionalidade ou a interpretação conforme e c) por último, restrito ao discurso jurídico, da Constituição realiza-se o trabalho de argumentação jurídica que primeiro extrai os seus argumentos do texto constitucional, ultrapassando em alguma medida a concepção tradicional de interpretação e direcionando-se para um trabalho de concretização, incluindo precedentes, decisões judiciais e argumentos da ciência jurídica⁶.

A Constituição Federal de 1988 representou a necessidade de ultrapassar o momento autoritário e ditatorial no qual mergulhava a sociedade brasileira e, por conseguinte, a Administração Pública, prevendo um Capítulo específico no texto, Título III, Organização do Estado, Capítulo VII, sobre a Administração Pública, com a previsão de disposições gerais, destacando-se o artigo 37 explicitando os princípios constitucionais da Administração Pública Direta, Indireta e de qualquer dos Poderes, bem como seção específica para tratar do tema dos Servidores Públicos.

Sem desconsiderar a relevância da análise do texto da Constituição como meio de constitucionalização do Direito Administrativo, a perspectiva aqui adotada neste breve estudo privilegiará outras dimensões do fenômeno, vislumbrando também as referências sociais e com reflexões voltadas para o âmbito de contextos jurídicos, sociais e políticos da constitucionalização do Direito Administrativo e destes trinta anos de Constituição, além de dialogar com o labor de construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. É interessante, portanto, problematizar o fenômeno, mas sob a inspiração da sociologia de Pierre Bourdieu⁷, indagando-se a constitucionalização no âmbito do mundo social e institucional no qual se manifesta, bem como as condições de possibilidade do fenômeno no Direito Administrativo.

6 – Cf. SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. *El Concepto de la Constitucionalización del Derecho Administrativo*, p. 28.

7 – Autor de vasta obra, restrito às possibilidades deste breve estudo, a constitucionalização será objeto de diálogo em especial com alguns temas desenvolvidos pelo sociólogo nos textos *Poder Simbólico*, DIFEL/BERTRAND: Lisboa/Rio de Janeiro, 1989 e *Sobre o Estado. Cursos no Collège de France (1989-92)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. Como refere Renato Ortiz, os trabalhos de Bourdieu repousam sobre a questão da mediação entre o agente social e a sociedade, ou seja, emerge a questão entre subjetivismo e objetivismo. Para resolver o problema, formula-se outro tipo de conhecimento, com o propósito de articular dialeticamente ator social e estrutura, abordagem essa denominada de conhecimento praxiológico (*A Procura de uma Sociologia da Prática*, In: Pierre Bourdieu. São Paulo: Ática, 1994, p. 08).

Quando se fala de constitucionalização, portanto, não se pode examinar a questão sob o ponto de vista de uma estrutura formal constitucionalizada, assim como seria reducionismo focar com exclusividade nos agentes públicos e sociais, nos processos de subjetivação a partir da Constituição, como se fosse possível lidar somente como uma espécie de consciência constitucional individual. A partir da matriz teórica aqui adotada, a constitucionalização do Direito Administrativo será problematizada com as lentes da sociologia reflexiva⁸.

Para alcançar tal desiderato, a constitucionalização deverá ser fundada em três grandes questões: a) a compreensão relacional da constitucionalização; b) constitucionalização e problemas sociais e c) constitucionalização e linguagem. Compreender a constitucionalização, no caso do Direito Administrativo, exige, com o intuito de bem dimensionar as diversas potencialidades, ultrapassar a rigidez metodológica, abarcando a constitucionalização de modo relacional⁹, sendo tal postura fundamental para evitar reducionismos ao tratar do tema, de modo a não acreditar na existência de um objeto com propriedades essenciais e pronto para ser revelado por métodos abstratos.

As diversas referências sobre a constitucionalização do Direito Administrativo, deste modo, configuram momentos do conjunto de relações sociais e jurídicas e não categorizações dogmáticas, havendo reflexos importantes do trabalho de construção social. Refletir sobre esse processo evita, por exemplo, crer na homogeneização do trabalho de constitucionalização realizado pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

É certo que há maior dificuldade de assimilar a constitucionalização de modo relacional, mas sempre se deve destacar que tal fenômeno não se reduz às referências textuais, muito embora as alterações constitucionais sejam relevantes. O texto é somente a ponta do iceberg, pois a institucionalização normativa da Constituição no Direito Administrativo, tema específico desta reflexão, funda-se em complexos processos relacionais. A dimensão da sociologia reflexiva cria algumas condições de possibilidade para considerar o trabalho social de construção

8 – Cf. WACQUANT, Loïc. *Hacia una Praxeologia Social: la estructura y la lógica de la sociología de Bourdieu*, In: BOURDIEU, Pierre e WACQUANT, Loïc. *Una Invitación a la Sociología Reflexiva*. 2ªed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, Argentina, 2008, p. 25-90.

9 – Cf. BOUDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. DIFEL/BERTRAND: Lisboa/Rio de Janeiro, 1989, p. 27/28.

da juridicidade constitucional, bem como destacar que a constitucionalização também ocorre a partir de determinados campos de poder.

Não se pode olvidar, por ocasião dos debates sobre constitucionalização, a partir da observação de Pierre Bourdieu¹⁰ em relação às ciências sociais: os problemas dignos de constitucionalização, a serem oficializados e, de certo modo melhor protegidos pelo Estado, são aqueles que determinados campos de poder retiram do mundo social, não havendo qualquer espécie de essencialidade e maiores questionamentos sobre o grau de cientificidade. Para bem desmitificar algumas questões ao longo destes trinta anos da Constituição, urge destacar que a constitucionalização é fruto de processos políticos, econômicos e sociais de institucionalização normativa e jurisprudencial. As diversas referências construídas pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, sobre o texto da Constituição e algumas consequências no Direito Administrativo, indicam o modo de construção do campo jurídico da época, com condições sociais de produção e reprodução.

Mas, como é possível problematizar o tema da constitucionalização, sem restringir-se às instrumentalizações? Para Pierre Bourdieu, a condição para não ficar restrito àquilo que o senso comum impõe como representação é a historia social dos problemas. Aduz de modo expresso:

Esta alerta é importante, mas não basta. Um dos instrumentos mais poderosos de ruptura é a historia social dos problemas, dos objetos e dos instrumentos de pensamento, quer dizer, do trabalho social de construção de instrumentos de construção da realidade social (como as noções comuns, papel, cultura, velhice, etc., ou os sistemas de classificação) que se realiza no próprio seio do mundo social, no seu conjunto, neste ou naquela campo especializado, e, especialmente, no campo das ciências sociais¹¹.

A investigação aqui realizada parte de tal pressuposto epistemológico, não se restringindo ao modo como os espaços oficiais compreenderam a constitucionalização, no caso, de questões mais relacionadas com a Administração Pública, impondo-se aludir, por exemplo, o papel desempenhado por movimentos

10 – BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, p. 35.

11 – BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, p. 36.

sociais, fugindo-se assim de algumas categorizações, compreendendo a constitucionalização como fenômeno sociojurídico e construído historicamente no mundo social.

A constitucionalização, com efeito, relaciona-se com o próprio modo de dizer o mundo social, quer dizer, com a linguagem utilizada pelas instâncias oficiais e do Estado para fixar o sentido do texto por meio de referências normativas. No entendimento de Pierre Bourdieu, a linguagem “é um enorme depósito de pré-construções naturalizadas, portanto, ignoradas como tal, que funcionam como instrumentos inconscientes de construção¹²”. Conforme será destacado nos outros itens, o Supremo Tribunal Federal, ao institucionalizar processos de constitucionalização do Direito Administrativo, utiliza-se da conceituação burocrática, da linguagem do senso comum teórico¹³, categorias de entendimento burocrático do mundo social. Segundo o autor, é preciso dar-se conta que tais linguagens e a própria narrativa de determinados dispositivos da Constituição e os respectivos reflexos sobre outras esferas, é também produto de grupos, de agentes de campos de poder. Aqui entram as denominadas taxionomias, ou seja, as operações de categorização do mundo social, “sistemas de classificação (taxionomias) que organizam a percepção e a apreciação, e estruturam a prática¹⁴”. É por meio delas que são construídas as visões sobre a constitucionalização, divisões e categorizações das regras constitucionais, revelando-se sua dualidade, são estruturadas, mas ao mesmo tempo estruturantes.

12 – BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, p. 39.

13 – A expressão foi utilizada por Luiz Alberto Warat, referindo-se às “condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito.” (*Introdução Geral ao Direito I*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 13). E acrescenta o autor: “Nas atividades cotidianas – teóricas, práticas e acadêmicas – os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação.” (p.13). Sobre o tema ver ainda STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 11ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014 e OHLWEILER, Leonel Pires. *Os (Des)Caminhos Hermenêuticos do Direito Administrativo. Historicidade e Constitucionalização para a Efetividade dos Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, em especial o Capítulo 3 sobre O Direito Administrativo no Horizonte de Sentido da Hermenêutica Jurídica: Contributo da Filosofia Hermenêutica e da Hermenêutica Filosófica, p. 117-216.

14 – BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, p. 187.

III – CONSTITUCIONALIZAÇÃO EM TRÊS DÉCADAS: OLHAR REFLEXIVO DAS NARRATIVAS CONSTITUCIONAIS.

Como já aludido, existem inúmeras possibilidades de compreender a constitucionalização e, no caso, de olhar para os trinta anos da Constituição e das relações com a Administração Pública. Aqui preponderará a concepção a partir do que se poderia denominar de olhar reflexivo da ação constitucional, ou seja, não como mero resultado de aplicações dogmáticas do texto, mas conseqüência de diversas relações jurídicas e sociais da constitucionalização da vida em sociedade, bem como das questões econômicas e políticas. Trata-se de privilegiar para o tema da constitucionalização uma perspectiva mais interdisciplinar e dialógica. São relevantes, neste aspecto, os debates do Constitucionalismo Popular, por meio da crítica no “desacoplamento entre o Direito e o povo”¹⁵, reivindicando a construção de um papel de maior protagonismo para os cidadãos no processo de interpretação da Constituição.

Assim, olhar para os trinta anos da Constituição também possibilita considerar que ocorreram vitórias e derrotas, seja sob a perspectiva jurídica ou política¹⁶, como bem aduz Miguel Gualano de Godoy, tratando-se de reflexão importante, em especial com relação a determinados princípios fundamentais de organização da vida em sociedade e, como alude, não devem ficar restritos ao âmbito das discussões judicializadas, mas compreendidas de modo dialógico

15 – Conforme GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo. Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 36-37. Refere o autor de modo expresso: “Se a Constituição, mais do que organizar o poder do Estado, constitui o compromisso fundamental de uma comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais, então o significado e conteúdo das normas constitucionais também só adquirem sentido quando o povo participa da tarefa de interpretação e concretização da Constituição.” (p. 44).

16 – No entendimento do autor, “Frequentemente se associa a ideia de que uma vitória na arena jurídica é mais importante do que uma vitória na arena pública. Essa é uma ideia cuja prática constitucional mostra ser equivocada. Uma vitória exclusivamente no espaço jurídico promove, em geral, bons efeitos penos no curto prazo ao dar cabo da controvérsia. No entanto, ela não garante que seus efeitos serão permanentemente seguidos a longo prazo.” (*Devolver a Constituição ao Povo. Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*, p.100). Ainda que não se concorde de modo integral com a observação, pois nem mesmo textos normativos se autoefetivam, impondo-se sempre o permanente labor de construção social do sentido jurídico e político, seja por meio dos cidadãos, das instituições e outros organismos, é útil a referência ao destacar que os acontecimentos do campo jurisdicional não são suficientes para a produção de efeitos no mundo social.

para abarcar os diversos setores das comunidades afetadas. A ação constitucional, deste modo, pode ser problematizada como espécie de ação social e concebida sob um ponto de vista individual ou subjetivo (concepção subjetivista), cujo resultado ficaria restrito ao âmbito de simples escolhas e intenções dos intérpretes oficiais do texto constitucional, mas também como resultado da execução de regras previamente estabelecidas, de estruturas jurídicas, sociais (concepção objetivista¹⁷), e burocráticas nas quais elas ocorrem. Conforme será examinado, a constitucionalização do Direito Administrativo não foi fruto de meras subjetividades ou de simples estruturas jurídicas e sociais, mas do conjunto de elementos responsáveis pelos sentidos constitucionais e seus reflexos na vida em sociedade.

A constitucionalização relaciona-se como aquilo que Pierre Bourdieu denomina de *habitus*, cujas especificidades ocorrem em determinado *campo*¹⁸e o funcionamento é alimentado por diferentes espécies de *capital*¹⁹. Descortinar tais contextos importa refletir sobre as múltiplas relações entre os sujeitos sociais e os campos oficiais responsáveis pela constitucionalização, cujos

17 – A questão sobre tais concepções foi debatida por Pierre Bourdieu, identificando a oscilação das ciências sociais em geral entre tais perspectivas e pontos de vista aparentemente inconciliáveis, o objetivismo e o subjetivismo: “De um lado, ela pode tratar os fatos sociais como coisas, segundo a velha máxima durkheimiana, e assim deixar de lado tudo o que eles devem ao fato de serem objetos de conhecimento – ou de desconhecimento – na existência social. De outro lado, ela pode reduzir o mundo social às representações que dele se fazem os agentes, e então a tarefa da ciência social consistiria em produzir uma ‘explicação das explicações’(*account of accounts*) produzidas pelos sujeitos.” (*Espaço Social e Poder Simbólico*, In: Coisas Ditas, São Paulo: Brasiliense, 2002, p. 151).

18 – Conforme Pierre Bourdieu, os campos são compreendidos como “espaços estruturados de posições (ou de postos) cujas propriedades dependem das posições nestes espaços, podendo ser analisadas independentemente das características de seus ocupantes (em parte determinadas por elas). (*Questões de Sociologia*. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero, 1983, p. 89). Em outra passagem, aduz: “Um campo, e também o campo científico, se define entre outras coisas através da definição dos objetos de disputas e dos interesses específicos que são irreduzíveis aos objetos de disputas e aos interesses próprios de outros campos (não se poderia motivar um filósofo com questões próprias dos geógrafos) e que não são percebidos por quem não foi formado para entrar neste campo.” (p.89).

19 – O entendimento de Pierre Bourdieu sobre o Capital é bastante complexo, ultrapassando o viés econômico do termo. Segundo o autor, trata-se de uma força inerente às estruturas objetivas e subjetivas, constituindo-se em princípio fundamental das regularidades internas do mundo social (*Las Formas del Capital. Capital Económico, Capital Cultural y Capital Social*, In: Poder, Derecho y Clases Sociales. 2ªed. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2001, p. 132.)

sentidos foram estruturados ao longo do tempo, identificando-se um conjunto de disposições duráveis, estruturas estruturantes predispostas a funcionar como estruturas estruturantes, princípios geradores e estruturadores de práticas e das representações constitucionais, ora privilegiando baixos níveis de efetividade constitucional, ora adotando posições seletivas de intervenção em assuntos públicos²⁰.

Dada a abrangência dos diversos temas regulados pela Constituição Federal ao longo destes trinta anos, é possível verificar momentos nos quais o capital econômico influenciou sobremaneira a produção simbólica dos sentidos constitucionais, sendo possível perceber determinadas matrizes de compreensão e de ações práticas. O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, em sucessivos episódios deixou de adotar a postura de salvaguardar interesses democraticamente construídos pelos cidadãos na esfera pública.

Neste breve estudo, com o propósito de colocar entre parênteses estes trinta anos da Constituição, de modo a propiciar a construção mais democrática dos sentidos constitucionais, algumas questões são relevantes: a) o discurso oficial do STF não é uma narrativa neutra, impondo-se destacar a prevalência do *habitus* construído por disposições do campo jurídico, alimentado pelo poder simbólico para oficializar algumas versões; b) as ações constitucionais – dizer o direito constitucional – devem ser compreendidas de modo relacional, pois há um constante trabalho de construção social, não existindo um objeto dado com propriedades essenciais e pronto para ser revelado por métodos de interpretação e c) as decisões do STF também ocorrem no âmbito de um campo de poder, resultado de disputas internas do próprio tribunal, como em relação à influência de outros campos externos.

A partir de tais premissas, os trinta anos da Constituição possibilitam a reflexão histórica, a fim de erigir mecanismos de defesa contra a dominação simbólica, destacando-se em síntese que as três décadas possuem, em alguma

20 – Segundo Pierre Bourdieu, *habitus* caracteriza-se como “sistemas de disposições duráveis, estruturas estruturadas predispostas a funcionar como estruturas estruturantes, isto é, como princípio gerador e estruturador das práticas e das representações que podem ser objetivamente ‘reguladas’ e ‘regulares’ sem ser o produto da obediência a regras, objetivamente adaptadas a seu fim sem supor a intenção consciente dos fins e o domínio expresso das operações para atingi-los e coletivamente orquestradas, sem ser o produto da ação organizadora de um regente.”(*Esboço de uma Teoria da Prática*, In: Pierre Bourdieu. Sociologia. Renato Ortiz (Organizador). Ática: São Paulo, 1994, p. 60-61.

medida, questões marcantes de cada período de tempo²¹. O ano de 1988, a primeira década da Constituição, por exemplo, será caracterizada pelas tentativas de atribuir efetividade ao texto da Constituição e superar o *habitus* ditatorial instalado no âmbito da organização do Estado brasileiro, além de construir espaços de diálogo com os cidadãos, organizados em movimentos sociais, que reivindicavam protagonismos e a materialização de direitos fundamentais.

Nos anos noventa, as narrativas constitucionais concorrerão com os discursos neoliberais e de caráter econômico, possibilitando na segunda década da Constituição os embates com o campo econômico e as ações direcionadas para a reforma do Estado. Por fim, o terceiro período aqui destacado, correspondente à década de 2008 até 2018, como será referido, apresentou-se com grande riqueza de discussões, colocando novos temas sobre as dimensões da democracia, liberdades públicas e novos sujeitos dignos de proteção constitucional efetiva, centrando-se também sobre as críticas ao ativismo judicial.

A Constituição em três décadas permite abrir espaços para as discussões e debates democráticos sobre a necessidade de a constitucionalização abarcar outros saberes, a relevância dos sentidos oficiais produzidos pelo STF, mas não reduzir a ação constitucional a esta esfera, dialogando com outros sujeitos da comunidade, sem igualmente desconsiderar que o sentido do mundo social também é construído por lutas entre os mais diversos campos de poder.

IV – A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA PRIMEIRA DÉCADA.

A possibilidade de refletir sobre os primeiros anos da Constituição e os processos de constitucionalização da Administração Pública em um breve estudo, por óbvio, encontra diversos limites. No entanto, como o propósito aqui desenvolvido reside em chamar a atenção para o tema, é imperioso contextualizar

21 – Sobre a análise da Constituição Federal em décadas ver os textos de Luiz Roberto Barroso, *Dez Anos da Constituição de 1988: foi bom para você também?*, Revista de Direito Administrativo, v.214, 1988, p. 1; *Vinte Anos da Constituição de 1988: o Estado a que chegamos*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, jan./jul. 2008, p. 185 e *Trinta Anos da Constituição: a República que ainda não foi*, In: *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Luis Roberto Barroso, Patrícia Perrone Campos Mello (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 35.

a década inicial da Constituição em um ambiente ainda em construção dos princípios fundamentais da democracia no Brasil, com árduo trabalho de incorporação no cotidiano da Administração Pública e o lento processo legislativo de regulamentação do texto, além da construção de um sentido constitucional para a vida pública.

Não se pode olvidar, conforme Paulo Bonavides e Paes de Andrade, de algum modo na Constituinte de 1986, a ação partidária foi substituída pela movimentação de grupos, de diversos *lobbys* de atuação, como evangélicos, Prefeitos, Governadores, empresas multinacionais, Cartórios, servidores públicos, do Poder Judiciário, do Ministério Público, etc.²². Uma das grandes questões da época foi erigir um texto capaz de legitimar a rebelião contra o abuso de poder e o arbítrio do regime da ditadura, cuja verdadeira arma era a Constituição. As expectativas eram grandes, e para utilizar a expressão de Florestan Fernandes, a Constituição de 1988, como todas as constituições, foi considerada autêntico “projeto político”²³, imprescindível para possibilitar um mundo jurídico, social e político diferente.

Tratava-se do desenvolvimento de ações sociais para superar o *habitus* ditatorial do período anterior, tarefa difícil, pois exigia construir algo diverso do conjunto de disposições, estruturantes e estruturadas, incorporadas no cotidiano. Não se pode olvidar o próprio contexto sociopolítico dos anos 1990, com a vitória do Presidente Fernando Collor de Mello, o desastrado Plano Collor, bloqueando o saque de valores depositados em bancos, combinado com posturas arbitrárias e voluntaristas²⁴, culminando em 1992 com o impeachment do primeiro Presidente

22 – *História Constitucional do Brasil*. 3ªed. Brasília: OAB Editora, 2002, p. 476. Conforme os autores, houve ações eficazes de governadores de modo a influenciar os constituintes em pontos polêmicos. O texto constitucional, portanto, resultou de intenso embate entre diversos campos, com agentes bem identificados e na defesa de interesses específicos de tais campos. A título de conclusão mencionam: “Pode-se, no entanto, pelas decisões assumidas, concluir que a maioria constituinte era conservadora e o mais fiel retrato de sua composição pode ser melhor aferido pelas votações de alguns pontos conflitantes. Através dessas votações e da posição assumida pelos constituintes, conclui-se que o perfil da Constituinte de 1987-1988, embora conservadora, tem características muito especiais, às vezes, até mesmo contraditórias, mas, na realidade, representando a Sociedade no seu conjunto, com todas as suas intranquilidades, preocupações, instabilidade e deficiências de formação e de prática política.” (p.478).

23 – *Primeira Intervenção no Grande Expediente dos Temas Constitucionais no Parlamento*, 12/02/1987. Revista Tempo Social, 1(1): 47-56, I-sem. 1989, São Paulo.

24 – Cf. SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma Biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 493.

da República eleito democraticamente após a ditadura de 1964. Sob a perspectiva de atuação de movimentos sociais na época, o Movimento pela Ética na Política e o Movimento dos Caras-Pintadas desempenharam atuações marcantes, com discursos de defesa da Constituição, na linha de outros movimentos sociais no Brasil responsáveis por greves nos setores públicos da saúde e educação, como aduz Maria da Glória Gohn²⁵.

IV.1 – A (IN)EFETIVIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO COMO SENTIDO SIMBÓLICO DE UMA DÉCADA.

Sob o ponto de vista da concretização do texto constitucional, ocorreram debates intensos no Supremo Tribunal Federal em relação ao alcance do artigo 5º, inciso LXXI, CF, ao prever o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornasse inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Via de regra, em termos de efetividade, a Corte Suprema pouco fazia ao julgar casos de mandados de injunção, demonstrando apego às fórmulas ultrapassadas impedindo olhar o novo. Por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção nº 107-3, Distrito Federal, Rel. Min. Moreira Alves, j. 23.11.1990, reconheceu-se a possibilidade de utilização do MI, mas cujo resultado levaria somente a ciência ao respectivo órgão da existência da omissão legislativa e a necessidade de adotar providências necessárias.

Na construção do discurso, assim consta no voto proferido pelo Ministro Celso de Melo:

O Mandado de Injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. Não legitima, por isso mesmo, a veiculação de provimentos normativos que se destinem a substituir a faltante norma regulamentadora sujeita à competência, não exercida, dos órgãos públicos. O Supremo Tribunal Federal não se substitui ao legislador ou ao administrador que se hajam absterido de exercer a sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder.

25 – *Historia dos Movimentos e Lutas Sociais. A Construção da Cidadania dos Brasileiros*. 6ªed. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p. 144-145.

O trecho reflete bem a dimensão simbólica do subcampo jurisdicional do STF e a ausência de concepção crítica sobre a efetividade²⁶ da Constituição, prevalecendo uma espécie de dogmática de categorização, cujo conteúdo direcionava-se para retirar a possibilidade de efetividade do mandado de injunção, revelando a força da *Doxa*²⁷ no âmbito do STF nos anos 1990. Adotando entendimento similar, o julgamento do MI nº 219-3, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 22.08.1990, reproduziu o capital institucionalizado no campo jurídico da época, pois após admitir a omissão em que se encontrava o Congresso Nacional, com relação à fixação do número de Deputados Federais do Estado de São Paulo, a conclusão foi simplesmente de deferir em parte o pedido “para, dentro dos limites da provisão constitucionalmente cabível, para, reconhecidas a omissão e a mora apontadas, dar ciência das mesmas ao Congresso Nacional, a fim de suprir a omissão.”

É importante destacar que nos anos 1990 surgiram importantes movimentos sociais com pautas temáticas voltadas para os nascentes problemas econômicos e estruturais do Brasil, de algum modo, relacionadas com o cumprimento das promessas da modernidade explicitadas no texto da Constituição, cuja perspectiva formalista do STF não dialogava com os novos atores sociais. É do período, por exemplo, o trabalho de protestos e manifestações realizados por centrais sindicais, com influência, ainda que indireta sobre outros movimentos sociais. Como já destacado, os movimentos grevistas no setor público tiveram atuação impactante em termos de duração prolongada, bem como pautaram diversas questões sobre

26 – O termo efetividade, no caso da Constituição, comporta inúmeras discussões terminológicas, como bem expressa Eros Roberto Grau, ao traçar um panorama sobre a questão (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ªed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 313-322). O tema também foi objeto da investigação realizada por Ingo Wolfgang Sarlet, nos seguintes termos: “Assim sendo, para efeitos deste estudo, podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz - quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.” (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.248).

27 – Conforme o entendimento de Pierre Bourdieu, a doxa “contem o sentimento de familiaridade que engendra, sob determinadas condições, o ajuste das estruturas do *habitus* às estruturas objetivas da ‘história feito corpo’ e da ‘história feita coisa’. Como tal, ela contribui para reproduzir a ordem existente, impondo evidências que, por não serem da ordem dos pensamentos, acabam sendo mais eficientes.” (Cf. PINTO, Louis. In: *Vocabulário Bourdieu*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, p. 158).

reivindicações salariais e condições de trabalho²⁸, forçando as instâncias judiciais a prestarem atenção nas demandas oriundas de parte dos cidadãos.

IV.2 – ATUAÇÃO DO CAMPO ECONÔMICO PARA RETIRAR A EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO: JUROS REAIS E PRIVATIZAÇÕES.

Com a atuação desastrosa do Plano Collor e o sentimento de desorganização da vida cotidiana dos cidadãos, sob o ponto de vista econômico, o Brasil vivenciou nos anos noventa um período de desemprego, fechamento de empresas, queda no consumo, volta da inflação e, por consequência, diversos movimentos por reajustes salariais disseminaram-se²⁹. O cenário foi propício para atuação mais forte de agentes do campo econômico, com reflexos diretos sobre o campo jurídico. Por ocasião do julgamento da ADI nº 04-DF, Rel. Min. Sydnei Sanches, j. 07/03/1991, houve a discussão sobre a não auto-aplicabilidade do artigo 192, §3º, da Constituição Federal, que fixava a taxa de juros reais em 12% ao ano. Trata-se de nítido exemplo de como as influências externas ao Direito moldam o pensamento jurídico, cuja emergência gera algumas consequências para o âmbito de decisões judiciais, influenciadas pela lógica dos agentes do campo econômico que atuam no mundo social para defender interesses econômicos, calcular, obter lucro, acumular e explorar³⁰. É significativo destacar que, atendendo ou não a determinados interesses, o dispositivo constitucional resultou da constituinte e foi aprovado democraticamente, sendo posteriormente, retirado da Constituição Federal por força da Emenda Constitucional nº 40 de 2003.

28 – Cf. GOHN, Maria da Glória. *História dos Movimentos e Lutas Sociais. A Construção da Cidadania dos Brasileiros*, p. 145.

29 – Cf. SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma Biografia*, p. 493. Acrescentam as autoras: “O governo ainda tentou um novo plano econômico – o Collor II -, ao mesmo tempo que preparava a privatização das empresas estatais, fechava autarquias e fundações e abria as portas do país ao mercado internacional. A política econômica seguia desnorreada: para cada subida de preços, o governo adotava uma medida nova violenta e ineficaz – congelamento de salários, liberação de preços, aumento de impostos.” (p. 493-494).

30 – Cf. BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas. Sobre a Teoria da Ação*. 1ª Reimpressão. Campinas-SP: Papirus, 1997, p. 174. De modo expresso aduz o autor em outro texto: “O campo econômico se distingue dos outros campos pelo fato de que as sanções são especialmente brutais e que as condutas podem se atribuir publicamente com fim a busca aberta da maximização do lucro material individual.” (*O Campo Econômico*, Revista Política e Sociedade, Volume 4., n. 6, 2005, Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, p.22).

Em outra questão altamente polêmica durante a primeira década da Constituição constata-se a influência do campo econômico. Adotou-se o discurso das privatizações, a venda de patrimônio público como meio para salvar a economia. Assim, desde 1990, ao editar a Medida Provisória nº 155, de 15.03.1990, convertida na Lei nº 8.031/90, internalizou-se no Brasil a política de desestatização, “cuja fórmula aqui aplicada foi de privatização consistente na alienação de patrimônio público a grupos estrangeiros³¹”.

O tema chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de diversas ações, como a ADIN nº 5626/600-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 04.09.1991, na qual se buscava a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da lei mencionada e a consequente suspensão, com a paralisação do processo de privatização. O resultado foi o indeferimento da cautelar requerida, considerando-se não configurada a aparência do bom direito. Posteriormente, determinado partido político, por meio do Mandado de Segurança nº 22.764-8-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 28.04.1997, questionou o processo de alienação de ações da Companhia Vale do Rio Doce, alegando que o Edital, ao estabelecer, independentemente de lei, procedimentos relativos à alienação das ações de controle da citada companhia, de propriedade da União Federal, configurou abuso de poder, pois a competência para constituir e desconstituir entes públicos dependeria de lei específica, nos termos do artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal. No entanto, prevaleceu a análise formal de extinção do mandado de segurança por ilegitimidade ativa do Partido Político.

Muito embora as razões utilizadas no julgamento fossem dotadas de sentido normativo, como sustenta Francisco Gerson Marques de Lima, existiam argumentos contrários e capazes de sustentar a inconstitucionalidade das privatizações, não se podendo olvidar:

[...] o mercado internacional estava interessado nas privatizações e pressionava o Brasil para tanto. Os grandes empresários eram favoráveis à medida, desejando um Estado mais enxuto, com pouca interferência no mercado. Não estavam em jogo direitos fundamentais, nem liberdades públicas; mas razões mercantilistas, financeiras³².

31 – Cf. LIMA, Francisco Gerson Marques. *O STF na Crise Institucional Brasileira. Estudo de Casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 340.

32 – *O STF na Crise Institucional Brasileira. Estudo de Casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional*, p. 346.

Mas, os embates relacionados com a constitucionalização não ficaram restritos ao âmbito do Poder Judiciário. Diversas demandas para tornar o texto efetivo foram realizadas pelos cidadãos e alguns movimentos sociais, constituindo-se em importantes espaços para colocar na pauta questões sociojurídicas relevantes. Em 1995, por exemplo, houve a criação do Movimento pelas Reparações em São Paulo, criado a partir do núcleo da Consciência Negra da Universidade de São Paulo, reivindicando indenização do Estado brasileiro por crime imprescritível contra a humanidade. Também no período surgiram diversos movimentos sindicais, especialmente de petroleiros, categorias de trabalhadores do setor público, pois tiveram embates políticos com o governo de Fernando Henrique Cardoso, ao adotar como política pública a bandeira de reforma do Estado e revisão dos direitos conquistados na Constituição Federal de 1988³³. É relevante destacar os movimentos sociais pela moradia popular e antiglobalização e MST, pautando o problema dos conflitos no campo, com suas marchas a partir de 1997, tornando-se referencial das mobilizações e protestos pelo país.

V – O ESTADO SOCIAL DE DIREITO NA SEGUNDA DÉCADA DA CONSTITUIÇÃO: SAÚDE, MUNICIPALISMO E ATIVISMO JUDICIAL.

A segunda década da Constituição Federal foi marcada ainda pelo viés adotado pelo governo de Fernando Henrique Cardoso, cujo mandato foi até 2002, preponderando o discurso segundo o qual a Constituição Federal, de algum modo, atrapalhava o desenvolvimento nacional. Resultado, de 1999 até o final de 2002, o texto constitucional foi emendado 19(dezenove) vezes. Houve um intervalo longo de contextos democráticos para a constitucionalização e apesar da melhoria no padrão de vida dos brasileiros, o grande fantasma da desigualdade social persistia, reafirmando o *apartheid* informal, com alguns setores materialmente desenvolvidos, mas grandes contingentes de cidadãos com uma vida sem possibilidades³⁴.

Neste período destacaram-se os movimentos sociais em rede, cujo tema da desigualdade foi a tônica, por exemplo, na atuação do Movimentos de Igualdade Racial (Movimento Negro Unificado, Quilombação), Movimentos de Igualdade de Gênero (Movimento Mulheres em Luta, Movimento Mulheres Camponesas),

33 – Cf. GOHN, Maria da Glória. *História dos Movimentos e Lutas Sociais*, p. 220.

34 – Cf. MOTA, Carlos Guilherme e LOPEZ, Adriana. *História do Brasil: uma interpretação*. São Paulo: Editora 34, 2015, p. 932.

Movimento LGBT, Movimento das Pessoas com Deficiência, Movimento dos Trabalhadores Sem Teto, etc. Vale mencionar a atuação de tais movimentos sociais na denominada atuação extrainstitucional, cujo contributo foi acentuado relativamente ao sentido atribuído ao princípio da igualdade, possibilitando falar-se aqui em mutação constitucional por “mecanismos de permeabilidade social das instituições”³⁵

Em 2002 Luiz Inácio Lula da Silva elegeu-se Presidente da República, sem percalços com a ordem democrática. Com o propósito de materializar dispositivos da Constituição, em especial a dimensão do Estado Social de Direito, implementaram-se algumas medidas de combate à miséria, redução da pobreza, diminuição das desigualdades e expansão da inclusão social³⁶. No entanto, do ano de 2003 até 2008, a Constituição Federal foi emendada 18(dezoito) vezes, com destaque, pelas repercussões na vida cotidiana dos cidadãos, das Emendas Constitucionais nº 41 de 1998, instituindo modificações no sistema previdenciário, e nº 45, de 2004, modificando a estrutura e o funcionamento do Poder Judiciário. Em termos de contextos sociopolíticos, os anos de 2005 e 2006 foram difíceis para o Brasil e a Constituição, pois mergulhados no conjunto de denúncias sobre o Mensalão³⁷.

V.1 – MATERIALIZAÇÕES DO ESTADO SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: DERROTAS E VITÓRIAS.

No início dos anos 2000, o STF viu-se no meio de intensas discussões sobre aspectos da dimensão social do Estado, cujas pautas em regra giravam em torno do alcance do texto da Constituição e as repercussões econômicas dos gastos públicos. O Estado do Mato Grosso do Sul, no ano de 1999, aprovou a Lei nº 1.949, de 22.01.99, possibilitando a concessão de benefício assistencial para crianças geradas

35 – A questão, muito embora não possa ser aprofundada nesta investigação, merece destaque a partir do trabalho realizado por Juliana Cesario Alvim Gomes, no qual examina o papel desempenhado pelos movimentos sociais no processo de construção dos sentidos constitucionais: “Nesse processo, os movimentos sociais provocam e evidenciam mutações constitucionais, dando visibilidade para demandas e alterando os padrões de plausibilidade relacionados a determinados fatos e argumentos. Atuam, portanto, buscando moldar significados sociais compartilhados acerca do sentido da Constituição.” (*Por um Constitucionalismo Difuso. Cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 93.

36 – Cf. SCHWARCZ, Lília Moritz e STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma Biografia*, p.503.

37 – Cf. MOTA, Carlos Guilherme e LOPEZ, Adriana. *História do Brasil: uma interpretação*, p. 949.

a partir de estupro. A questão foi examinada por meio do julgamento da ADIN nº 2.109-6, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 02;08.2001, trazendo ao debate questões importantes sobre o papel do Estado e os critérios de ajuda para crianças geradas em tais circunstâncias. O autor da ADIn trouxe como argumentos a ofensa de diversos dispositivos da Constituição, não inclusão na lei orçamentária anual do Estado, estabelecendo plano plurianual sem a iniciativa do Chefe do Poder Executivo, com malferimento dos artigos 167, I e 165, I, CF. Outrossim, o benefício instituído pela lei seria discriminatório e violaria o princípio da isonomia, conforme linha de argumentação.

A tese foi acolhida pelo STF, pois o Ministro Relator, com base no art. 5º, LIV, CF, considerou “patente a ausência de qualquer razoabilidade na discriminação estabelecida pela lei impugnada, ao tomar para pressuposto da concessão de benefício assistencial pelo Poder Público as circunstâncias em que foram eles gerados e não o estado de necessidade dos beneficiários, o que, indubitavelmente, não faz sentido.” A questão não era evidente e ensejaria muitos pontos divergentes. Inclusive, no ano de 2007 houve a apresentação junto à Câmara dos Deputados do PL nº 1.763/2007³⁸, dispondo sobre a assistência à mãe e ao filho gerado em decorrência de estupro, atualmente apensado ao PL 478/2007, dispondo sobre o Estatuto do Nascituro, tramitando ainda na Câmara dos Deputados.

O tema da saúde, atual e com amplas controvérsias na sociedade e no campo jurídico, foi objeto de exame por ocasião do julgamento do RE 273.834, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.2000, debatendo-se o dever do Estado na distribuição gratuita de medicamentos em favor de pessoas carentes e com AIDS. O resultado do julgamento, com certeza, naquela quadra histórica, representou uma vitória, inclusive pelas repercussões sociais, pois existiam diversos setores da sociedade³⁹ reivindicando maior efetividade do texto da Constituição Federal de 1988.

38 – O projeto de lei possui na sua justificativa algumas considerações sobre o propósito da normativa no sentido de o Estado proteger as crianças concebidas em situações de estupro, propondo assisti-las durante a gestação, parto e puerpério, providenciando a adoção e concedendo um benefício mensal oriundo do Fundo Nacional de Amparo à Criança e ao Adolescente, a ser pago até que complete dezoito anos (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=490988&filname=PL+1763/2007).

39 – Sobre o tema, ver o texto de BARROS, Sandra Garrido de e Vieira-da-Silva, Lígia Maria, *A Terapia Antirretroviral Combinada, a Política de Controle da Aids e as Transformações do Espaço Aids no Brasil dos Anos 1990*, In: Saúde Debate, V. 41, N. Especial 3, Rio de Janeiro, 2017, p. 114-128.

No caso examinado pelo STF firmou-se o entendimento do direito à saúde como direito público subjetivo fundamental, devendo ser assegurado à generalidade das pessoas, a partir da compreensão do artigo 196 do texto constitucional. Sob a perspectiva da constitucionalização da Administração Pública a repercussão foi significativa, consignando-se o dever de o Poder Público garantir e implementar políticas sociais e econômicas de modo a garantir para os cidadãos, inclusive os portadores de HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. Como referência das discussões ocorridas na época, menciona-se o entendimento de Germano Schwartz, segundo o qual “a saúde, como direito público subjetivo e fundamental do ser humano que é, quando lesionada, não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Essa é, no constitucionalismo contemporâneo, a tarefa mais elevada do Poder Judiciário: garantir a observância e o cumprimento dos direitos fundamentais do homem.”⁴⁰

Com relação à efetividade do artigo 196 da Constituição Federal, em especial no que tange ao tratamento para portadores de HIV, houve amplo trabalho por parte de movimentos sociais, cuja composição foi variada, desde universitários, partidos políticos, igrejas, Organizações Não Governamentais, etc., no sentido de atribuir maior visibilidade ao tema e, após, reivindicar do Estado, com nítidos reflexos na atividade jurisdicional, políticas públicas de informações, prevenção e proteção⁴¹. Trata-se de mais um exemplo das potencialidades do denominado constitucionalismo difuso⁴², restrito ao âmbito da pesquisa, aplicado

40 – *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 163.

41 – Cf. BANDEIRA, Sílvia Maura de Alcântara. *Atuação dos Movimentos Sociais na Defesa dos Direitos e Mobilização dos Portadores de HIV/AIDS no Brasil*, Dissertação de Mestrado, Brasília, 2015, p. 59. Refere a autora de modo expresso: “Historicamente, os avanços no tratamento da aids e DST no Brasil foram alcançados, segundo Maira Amélia, porque os órgãos governamentais se abriram à sociedade civil e construíram programas de acesso à saúde em conjunto com as entidades representantes de segmentos marginalizados.” (p.61).

42 – Refere Juliana Cesario Alvim Gomes que “o constitucionalismo difuso sustenta, por um lado, que a participação social na construção do significado constitucional é extremamente importante como forma de democratizar as instituições e instâncias de decisão estatais, aperfeiçoar e atualizar a Constituição e o constitucionalismo, garantir e fazer avançar direitos, empoderar os cidadãos e inspirar uma narrativa comum para a transformação. Além disso, defende ser fundamental que o tratamento conferido aos diversos grupos sociais por parte do Estado, inclusive por meio dos canais de permeabilidade social das instituições estatais, funcione de maneira transparente e igualitária, plural e inclusiva.” (*Por um Constitucionalismo Difuso. Cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*, p. 188-189).

à constitucionalização do Direito Administrativo, para indicar o necessário caráter relacional da constitucionalização, dialogando com outros campos, além do campo de poder dos tribunais, como o campo social e de reivindicações dos cidadãos, colocando-se em cheque as taxionomias burocráticas de estruturação das práticas da Administração Pública.

V.2 – A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO PÚBLICO. A BURLA AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO POR CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS.

A Constituição Federal, ao entrar em vigor no ano de 1988, reafirmou alguns princípios republicanos e democráticos, dentre eles o do concurso público. Com efeito, o instituto do concurso público insere-se no horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), cujo princípio democrático, dentre outros aspectos, destaca-se como democracia participativa, ou seja, segundo alude J. J. Gomes Canotilho, “a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *imputs* políticos democráticos”⁴³.

O concurso público não deve ser vislumbrado como processo burocrático somente, mas autêntico “processo público” de democratização das estruturas de poder da Administração Pública, de modo que todos interessados em participar do certame aprendam com a fixação de regras para acesso aos cargos públicos e interajam no jogo de competição e sempre considerando o *ethos* da Administração construído intersubjetivamente com o diálogo constitucional. Ao mesmo tempo, uma vez obtida a investidura, o concurso alcança o propósito de participação do cidadão⁴⁴ na tomada de decisões administrativas, a partir dos espaços de competência regularmente fixados, esperando-se simultaneamente, considerando a qualidade do agente, colaboração para o aperfeiçoamento do *habitus* burocrático. No entendimento de Cármen Lúcia Antunes Rocha, o princípio da participação,

43 – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ªed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 282.

44 – Sobre o tema da participação na atividade administrativa ver COCCONI, Monica. *La partecipazione All’Attività Amministrativa Generale*. Padova: CEDAM, 2010, em especial o Capítulo I no qual a autora analisa a relação entre democracia participativa e o procedimento administrativo. No âmbito nacional PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática. Institutos de participação Popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

em termos de acessibilidade, significa que “a titularização dos cargos públicos constitui, assim, uma forma de participação na estrutura real do Poder”⁴⁵.

Quase vinte anos depois do texto constitucional, diversas Administrações Públicas, seja na esfera estadual ou municipal, ainda enfrentavam graves problemas com as denominadas contratações temporárias. O exame da ADI nº 3210-1, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 11/11/2004, possibilitou o debate ao discutir a inconstitucionalidade de duas leis do Estado do Paraná, dispondo ambas sobre a contratação de servidores públicos, em caso de excepcional interesse público, para atender temporária necessidade de serviço. O espaço normativo institucional das contratações temporárias, dado o número excessivo, transformava-se em perverso mecanismo antidemocrático, subjugando o princípio do concurso público às demandas de caráter utilitarista e de restrições orçamentárias.

Por ocasião do julgamento, firmou-se a tese de que, sob pena de romper com a própria concepção de república e Estado Democrático de Direito, a regra é o provimento de cargos públicos por concurso. O inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal excepciona a possibilidade de contratação temporária para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, mas quando observadas as seguintes condições: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado e c) necessidade temporária de interesse público excepcional. A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada procedente, aliás, reafirmando posicionamentos anteriores sobre o tema por parte do STF.

A questão decidida pelo STF estava conectada de modo direto com inúmeras reivindicações de movimentos grevistas de servidores públicos, protestando contra o conjunto de políticas neoliberais em andamento, de modo a enfraquecer os vínculos com o Estado, direcionados para a precarização do próprio serviço público. Conforme estudo realizado pelo DIEESE, em relação ao ano de 2004, foram registradas 302 greves, cuja característica do período foi exatamente o número elevado de paralisações realizadas no setor público - abrangendo servidores e empregados públicos, equivalente a 61% do total apurado no ano, 27% na esfera estadual, 16% na esfera municipal e 10% na federal. Outro dado relevante reside nas pautas dos movimentos grevistas, sendo que das greves realizadas por servidores públicos, conforme o aludido estudo, 69% foram motivadas por reajustes salariais e 32% continham como reivindicação a implantação ou revisão de Planos de Carreira, destacando-se ainda a pauta

45 – *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 145.

de abertura de concursos públicos (22%), além de melhoria das condições de trabalho (50%)⁴⁶.

V.3 – MUNICIPALIDADE E O ATIVISMO JUDICIAL: COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL E NÚMERO DE VEREADORES.

No plano da organização política, a segunda década da Constituição foi palco de grandes discussões em termos de representação política, bem como colocando em debate a própria concepção do STF sobre alguns temas relacionados com o municipalismo, tema igualmente capaz de gerar mobilizações. Como refere Valdemir Pires “o movimento municipalista no Brasil – assim entendido o discurso, as reivindicações, a articulação e as ações políticas de cunho local, ou referenciadas no nível inferior da estrutura federativa, com vistas ao empoderamento dos governos municipais e à destinação de recursos a eles – é antigo e permeia a política, as finanças e a gestão de políticas públicas ao longo de todo o período republicano.”⁴⁷

As profundas transformações do municipalismo antes da Constituição de 1988– seus atores e pautas de atuação – passaram desde a reivindicação da autonomia municipal e provincial durante o período do Império, o municipalismo ruralista da República Velha, a ação de elites governamentais durante o Estado Novo, à criação de entidades específicas como a Associação Brasileira de Municípios (ABM) e o Instituto Brasileiro de Administração Municipal (IBAM)⁴⁸. O texto da Constituição de 1988 foi, em alguma medida, resultado da atuação de tais atores da esfera política e organizacional dos municípios, institucionalizando ideias democráticas de descentralização e fortalecimento dos governos locais⁴⁹.

A bandeira municipalista, ainda que fortemente estruturada na segunda década da Constituição por frentes de integrantes do campo político⁵⁰, foi objeto de

46 – O Movimento Grevista em 2004. Estudos e Pesquisa, n. 12, outubro de 2005. São Paulo: DIEESE, p. 5, 18 e 19.

47 – Municipalismo no Brasil: origens, avanços pós-1988 e desafios atuais, In: *Cadernos ADENAUER*, XVII (2016), nº 3, Política Local e Eleições, p. 126.

48 – Cf. MELO, Marcus Andre B. C. de. Municipalismo, *Nation Bulidong e a Modernização do Estado no Brasil*, In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 8, n. 23. São Paulo, out. 1993, p. 3-4.

49 – Cf. PIRES, Valdemir. Municipalismo no Brasil: origens, avanços pós-1988 e desafios atuais, p. 131.

50 – A partir da perspectiva aqui adotada de considerar a constitucionalização como ação sociojurídica, é relevante destacar o papel de algum modo significativo do campo político propriamente dito, em especial relativamente ao problema da autonomia municipal. O campo político, como menciona Pierre Bourdieu, entendido ao mesmo tempo como campo de forças e como campo de lutas, com

diversos julgamentos no STF, como o Recurso Extraordinário nº 197.917-8-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, quando examinou o problema do número de vereadores proporcional à população, interpretando o artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal. Partindo da premissa de representação proporcional, firmou-se o entendimento de não poder, de modo legítimo, deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do dispositivo constitucional. A questão ensejou um grande confronto entre a jurisdição constitucional do STF e o campo político representativo dos Municípios. Por meio da decisão proferida exigiu-se a observância cogente de proporção com a respectiva população e descumprimento caracterizaria excesso do poder de legislar. O entendimento adotado ensejou críticas em relação ao ativismo judicial e a interferência na autonomia dos Municípios.

Ainda na esfera da municipalidade, não se poderia deixar de referir o julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.406-1-RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.11.2003, sobre o tema da competência municipal para legislar sobre a obrigatoriedade de colocação de portas eletrônicas em Bancos, prevalecendo o entendimento consoante o qual caberia ao Município legislar sobre questões relacionadas com edificações ou construções realizadas, sob o ponto de vista da exigência de equipamentos de segurança. A irrisignação era da FEBRABAN – Federação Brasileira das Associações de Bancos, indicando o resultado da atuação do campo econômico sobre o campo jurídico, muito embora se valendo do capital simbólico do campo do Direito. Alegou na ação proposta violação da competência privativa do Congresso Nacional para dispor sobre todas as matérias de competência da União, destacando a necessidade de Lei Complementar para dispor sobre modificação de normas de organização e funcionamento de instituições financeiras, configurando, portanto, legislação fora da competência municipal para tratar de assuntos de interesse local.

o propósito de transformar relações de força que confere ao próprio campo e sua estrutura. Aduz de modo expresso: “o campo político é o lugar em que se geram, na concorrência entre os agentes que nele se acham envolvidos, produtos políticos, problemas, programas, análises, comentários, conceitos, acontecimentos, entre os quais os cidadãos comuns, reduzidos ao estatuto de ‘consumidores’, devem escolher, com probabilidades de mal-entendido tanto maiores quanto mais afastados estão do lugar de produção.” (*O Poder Simbólico*, p.163-164). No entanto, com reflexos no distanciamento com a população, o municipalismo das Marchas dos Prefeitos, com periodicidade anual, centrou-se em reivindicações de ordem financeira, orçamentária e melhor distribuição da carga tributária.

No entanto, preponderou a tese de proteção dos cidadãos, considerando a questão de segurança assunto de interesse local dos Municípios, no caso, a possibilidade de o ente federativo editar lei e impor às instituições bancárias a obrigação de instalar portas eletrônicas, com detector de metais, travamento e retorno automático e vidros à prova de balas. A controvérsia foi interessante, pois a FEBRABAN, de um lado, adotou a estratégia de qualificar a exigência como regra do sistema financeiro nacional, motivo pelo qual somente a União poderia legislar, mas prevaleceu a legitimidade da atuação da Administração Pública municipal de proteger os usuários de serviços bancários.

VI – CONQUISTAS DA DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA TERCEIRA DÉCADA DA CONSTITUIÇÃO: NEPOTISMO, LIBERDADES PÚBLICAS E VULNERABILIDADES.

A terceira década da Constituição caracterizou-se por inúmeras mudanças no cenário do processo de constitucionalização do Direito Administrativo, erigido sobre as bases de uma reflexão dos primeiros anos da nova democracia do Brasil e as incapacidades da segunda década para realizar as promessas constitucionais. Ao longo da vigência do texto constitucional, como indica Luís Roberto Barroso, apontam-se alguns pontos altos, como a estabilidade institucional, ainda que com alguns percalços, a estabilidade monetária e o avanço, em alguma medida, da inclusão social, explicitando-se, em termos de jurisdição constitucional, o avanço em matéria de direitos fundamentais, especialmente como relação às liberdades individuais, moralidade administrativa, direito à saúde, direito à educação, direitos dos servidores públicos, deficientes e minorias⁵¹. O cenário social, por outro lado, apresentava diversos problemas na última década da Constituição, como a questão da violência, tanto urbana, quanto rural, os graves problemas de corrupção que assolavam a Administração Pública e as desigualdades, pois o Censo de 2010 mostrava ainda a presença de “miseráveis entre miseráveis”, mais de 10(dez) milhões de pessoas com apenas R\$ 39,00 mensais de renda, para os quais se voltam as ações do Programa Brasil Sem Miséria.

51 – Trinta Anos da Constituição: a República que ainda não foi, In: *A República que Ainda Não Foi* (Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello Organizadores). Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 41-45.

VI.1 – O FANTASMA DO NEPOTISMO, VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO DA REMUNERAÇÃO E O DIREITO DE GREVE.

No âmbito das relações jurídico-administrativas, as novas concepções de moralidade administrativa exigiam depurar algumas questões, como a nomeação de parentes para cargos de provimento em comissão, tema discutido no Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 579.951-RGN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20.08.2008, reafirmando o entendimento já esposado por ocasião da ADC nº 12/2006, na qual se reconheceu a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005 do CNJ, disciplinando o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário. Agora, a vedação do nepotismo estendia-se para toda a Administração Pública, pois prevaleceu o entendimento da não exigência de lei formal para coibir a prática. O STF consagrou a aplicação direta dos princípios do artigo 37 da Constituição Federal e posteriormente, ainda no ano de 2008, editou a Súmula Vinculante nº 13 vedando a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau⁵².

Os debates ainda eram intensos sobre as distorções remuneratórias no âmbito da Administração Pública, muitas vezes exercendo efeitos perversos e atingindo os servidores públicos com menores remunerações, sendo que o entendimento do STF, por ocasião da Repercussão Geral no RE nº 582.019-QO-SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.11.2008, aprofundou a desigualdade ao reafirmar a possibilidade de o vencimento básico dos servidores públicos ser inferior ao valor do salário mínimo, pois a garantia dos artigos 7º, IV e 39, §3º, CF, corresponde ao total da remuneração percebida pelo servidor.

Não se pode olvidar que no ano de 2008, conforme estudo realizado pelo DIEESE, registraram-se 411 greves, representando 24,6 mil horas com suspensão do

52 – A questão da proibição do nepotismo e aplicação da Súmula Vinculante nº 13 do STF até hoje enseja discordâncias, em especial devido à flexibilização realizada por alguns Ministros do STF, admitindo a possibilidade do exame em cada caso concreto, tratando-se de cargos políticos, para verificar a ocorrência de fraude à lei ou aos princípios constitucionais, devendo-se considerar a qualificação e capacidade técnica. O tema, de fato, sempre se atrelou à grande atuação dos campos de poder e político sobre o Poder Judiciário, no sentido de justificar a nomeação de parentes para cargos de provimento em comissão ou cargos de natureza política. De qualquer modo, o ano de 2008 foi importante por consagrar, ao menos em tese, a orientação jurisprudencial de não haver total liberdade do agente público para a nomeação em relação a tais cargos públicos.

trabalho em todo o país, cujos dados foram os mais significativos desde o ano de 2004. Dentro deste número ocorreram 184 greves só no setor público, seja no âmbito federal, estadual e municipal, além de movimentos desencadeados de modo conjunto pelas esferas dos servidores públicos estaduais e municipais. Conforme o estudo realizado, as greves do setor público foram as que mais representaram o número de horas paradas no ano de 2008, com o percentual de 68%, em especial as ocorridas no âmbito dos estados, com o percentual de 45%⁵³.

Em tal contexto, o tema da greve dos servidores públicos, já era debatido pelo STF desde o ano de 2007, por ocasião do julgamento do MI nº 708-0-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007, indicando a evolução da Corte sobre a garantia fundamental do mandado de injunção, reconhecendo a omissão do legislador ao regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, previsto no artigo 37, inciso VII, CF, acolhendo a pretensão veiculada na ação proposta para aplicar aos servidores públicos a Lei nº 7.783/89, enquanto a omissão não fosse devidamente regulamentada por lei específica.

No ano de 2016⁵⁴ o tema voltaria às discussões e resultou no exame do RE nº 693.456-RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/10/2016, em sede de repercussão geral, fixando-se a seguinte tese: “A Administração Pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público.”

A greve na Administração Pública proporciona complexos embates da ação constitucional sob o prisma sociojurídico, na linha da matriz teórica adotada neste breve estudo, pois é preciso investigar não somente os diversos contextos, social, político e jurídico, como capazes de influenciar os movimentos grevistas, além da atuação dos campos burocráticos e sindicais, cada um com suas lógicas próprias e capitais simbólicos atuando sobre as esferas administrativa e judicial. Destaca-

53 – *Estudos e Pesquisas. Balanço das Greves em 2008*, n. 45 – julho 2009, p.3. DIEESE(Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos). São Paulo.

54 – A questão de fato era e é de alta relevância para a própria sociedade, pois o mesmo instituto DIEESE registrou no ano de 2016 2.093 greves no país, sendo que os trabalhadores da esfera pública paralisaram suas atividades em mais ocasiões, com 1.100 registros, em relação aos da esfera privada com 986 registros. De modo mais específico, no âmbito do serviço público, conforme os critérios da pesquisa realizada, em 2016 foram registradas 979 nos três níveis administrativos. (*Estudos e Pesquisas, Balanço das Greves de 2016*, n. 84- agosto de 2017, DIEESE, p.6).

se, ainda, a omissão do campo político, considerando a existência de dezenas de projetos que tramitam no Congresso Nacional, mas até hoje sem a edição de lei específica.

VI.2 – A RECONSTRUÇÃO DA ISONOMIA, MANIFESTAÇÕES PÚBLICAS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO.

No campo da desigualdade, ou no sentido de reconstrução da isonomia no âmbito do regime jurídico dos servidores públicos, a questão mais uma vez ocupou o cenário social com as reivindicações e manifestações populares contra o Estatuto da Família, sendo que no ano de 2015 ocorreram articulações de movimentos sociais com protestos de diversos propósitos, dentre eles o retrocesso da desigualdade entre homens e mulheres⁵⁵. Assim, a questão com diversos desdobramentos no âmbito social chegou ao STF e restrita à Administração Pública, por meio do julgamento do RE 778.889, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10.03.2016, discutindo-se a compreensão da licença-maternidade prevista no artigo 7º, inciso XVIII, CF, abrangendo tanto a licença gestante quanto a licença adotante, destacando-se o entendimento de assegurar em ambas as hipóteses o prazo de 120 dias, resultado da interpretação sobre a aplicação da dignidade humana, igualdade entre filhos biológicos e adotados, doutrina da proteção integral e a prioridade e do interesse superior do menor.

A construção da juridicidade constitucional sobre a igualdade material é propícia para ensejar o debate sobre a dimensão social do sentido jurídico, na qual os movimentos sociais desempenharam importante tarefa de retirar o manto de invisibilidade que recobre certas questões, bem como nominar o que antes era inominado, contribuindo, mais uma vez, para a denominada mutação constitucional, como alude Juliana Cesario Alvim Gomes:

Numa primeira etapa do processo de mutação constitucional, os movimentos sociais agem para retirar o manto de invisibilidade que recobre certas questões chamando atenção para a existência de uma situação naturalizada de injustiça. Essa ação é voltada para potenciais manifestantes quanto para a sociedade em geral.

[...]

55 – CF. POST, Tayla e COSTA, Nathália. *O Estatuto da Família: disputa pelo conceito de entidade familiar*. In: I Seminário Internacional de Ciência Política. UFRGS, Porto Alegre, 2015.

Posteriormente, os contradiscursos são circulados na sociedade, dando o nome ao que antes era inominado: seja um determinado grupo que antes não era identificado como tal, sejam práticas opressivas que passavam despercebidas⁵⁶.

Mas além da igualdade, muito se discutiu neste período sobre as complexidades oriundas da liberdade de manifestação pública, tanto que, sob a perspectiva da democracia e de novos atores sociais, as manifestações de junho de 2013 foram o grande destaque, ensejando a afirmação de Ferreira Gullar nos seguintes termos: “até onde consigo compreender o quadro político brasileiro, percebo que nos aproximamos de uma mudança importante. É como se acabasse uma fase e começasse outra. A geração ideológica, que lutou contra a ditadura militar, já cumpriu seu papel e agora dará lugar a outra, posterior àquele conflito.”⁵⁷

O ano de 2013, como referem Carlos Guilherme Mota e Adriana Lopez⁵⁸, não foi somente um prolongamento de 2012, mas fatores de outra grande crise no Brasil, seja no plano político-institucional, econômico, e nas esferas social, da educação e da cultura. A crise na qual mergulhávamos acentuou-se com as jornadas de junho de 2013, cujos efeitos ainda se prolongariam por alguns meses e aumentando o descrédito no processo político avançando para o ano de 2014. Como refere Maria da Glória Guhn, “entre os saldos destacam-se a consciência do direito à manifestação e a visibilidade das desigualdades sociais e má performance das políticas públicas nas áreas da mobilidade urbana, educação e saúde.”⁵⁹

Poucos anos antes, o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre outra grande manifestação social ocorrida no Brasil, a Marcha da Maconha, culminando com o julgamento da ADPF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15.06.2016, cujo resultado foi unânime no sentido de retirar a possibilidade de criminalizar manifestações sobre a defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente, inclusive por meio de manifestações e eventos públicos. Independente da circunstância dos debates públicos sobre ser favorável ou não ao problema das drogas no país e a flexibilização normativa, a decisão do STF representou um

56 – *Por um Constitucionalismo Difuso. Cidadãos, Movimentos Sociais e o Significado da Constituição*, p. 93-94.

57 – *História do Brasil: uma interpretação*. São Paulo: Editora 34, p. 1.040.

58 – *História do Brasil: uma interpretação*, p. 1040.

59 – *Manifestações de Junho de 2013 no Brasil e Praças dos Indignados no Mundo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 88.

amadurecimento democrático, reafirmando relevantes princípios democráticos como a liberdade de reunião, liberdade de expressão e a liberdade de pensamento. O caso julgado foi de tal importância que promoveu diversos efeitos sobre o modo de agir dos cidadãos, pois, em última análise, discutiram-se os limites do controle social do Estado sobre a liberdade de manifestação, tema cada vez mais na órbita social nos anos posteriores⁶⁰.

VII.3 – VULNERABILIDADES (INDÍGENAS, NEGROS E DEFICIENTES) E AS CRÍTICAS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.

Mas o Brasil na terceira década da Constituição ainda possuía diversas questões sociais pendentes, inclusive de sujeitos submetidos a contextos de vulnerabilidades, como as populações indígenas. O debate realizado por ocasião do julgamento da Petição 3388/Roraima, Rel. Min. Carlos Britto, j. 19.03.2009, foi tema com alto nível de incompreensões. Tratava da demarcação de terras indígenas, o famoso Caso Raposa Serra do Sol, desafiando a concepção democrática de cidadania, os aspectos do Estado Constitucional Fraternal e a inclusão comunitária pela via da identidade étnica. O Ministro Relator consignou de modo expresso que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, “própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária.” O julgamento foi relevante por consignar a necessidade de ingressar na era constitucional de compensar as desvantagens historicamente acumuladas, de modo a viabilizar as ações afirmativas.

E de fato foi um período profícuo em termos de construção de políticas públicas para salvaguardar grupos de cidadãos em contextos de vulnerabilidade, seja de origem econômica, social, étnica ou de gênero. Em 2012 é fundamental lembrar o julgamento de outra questão que circulava nos debates da comunidade,

60 – O alcance da liberdade de reunião e manifestação, artigo 5º, inciso XVI, da Constituição Federal ainda é objeto de exame pelo STF, RE 806339, com Repercussão Geral Reconhecida, analisando-se a necessidade ou não de prévio aviso da autoridade competente por ocasião de manifestações e reuniões pacíficas. O Ministro Marco Aurélio, Relator, já proferiu seu voto no sentido de que a reunião em local aberto ao público deve ser comunicada previamente à autoridade competente. Após o pedido de vista, o Ministro Alexandre de Moraes acompanhou o Relator, assim como o Ministro Luiz Fux. No entanto, houve divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin, acompanhado pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, originando novo pedido de vista, agora pelo Ministro Dias Toffoli.

a ADPF nº 186/2012, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, sobre as cotas para negros e pardos institucionalizadas no sistema de reserva de vagas no processo de seleção para ingresso em Instituição Pública de Ensino Superior. Na ocasião, firmou-se que não contraria, pelo contrário, prestigia o princípio da igualdade material, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, a possibilidade de o Estado lançar mão de políticas públicas de cunho universalista, abrangendo número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, abarcando determinados grupos, de maneira pontual, atribuindo-lhe certas vantagens, por um tempo limitado, a fim de permitir-lhe a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

O entendimento foi consolidado, posteriormente, mas agora em matéria de garantia de vagas em concurso público, materializando a isonomia da Constituição Federal no julgamento da ADC nº 41-DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 08.06.2017, ao firmar-se a tese de constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014 com a reserva de 20 % das vagas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública Federal Direta e Indireta. O STF partiu do pressuposto da necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente, como aludiu o Relator.

Adotando raciocínio similar, em período anterior, no ano de 2014, o STF examinou o tema do percentual de vagas em concurso público para pessoas com deficiência, outra questão sempre em voga e com discussões alimentadas pelos movimentos sociais, culminando com o julgamento do ROMS nº 32.7322, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.06.2014. É relevante compreender o longo trabalho de mobilização e construção de identidades, desenvolvido por tais movimentos sociais, com atividades profícuas durante os anos 1970, reanimando o debate realizado por diversos atores sociais silenciados pelo autoritarismo, mas que com a gradual redemocratização voltaram à cena e influenciaram inclusive os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte com resultados no texto da Constituição Federal⁶¹.

O caso julgado pelo STF refirmou, de plano, a cláusula do artigo 37, inciso VIII, CF, impondo tratamento diferenciado em favor das pessoas com deficiência,

61 – História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil, Compilado por Mário Cléber Martins Lanna Júnior. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010, p. 35.

delimitando-se de modo específico o acesso ao serviço público, cujo propósito é, mediante ações afirmativas, compensar os desníveis que afetam os indivíduos em contextos de vulnerabilidade. Outro aspecto reside na utilização da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007, formalmente incorporada ao ordenamento positivo interno, com força de hierarquia constitucional, para atribuir maior densidade normativa à cláusula constitucional mencionada, culminando com a orientação para adotar o critério da norma mais favorável para a pessoa com deficiência, de modo a obter maior eficácia das declarações internacionais.

Outras polêmicas foram travadas nesta última década de constitucionalização do Direito Administrativo, mas o propósito deste breve estudo impossibilita referir⁶². De qualquer modo, para finalizar, impõe-se a menção sobre as críticas realizadas ao Supremo Tribunal Federal em termos de ativismo judicial e a excessiva judicialização da vida dos cidadãos. Reflexo de tais discussões, no ano de 2015 houve um julgamento controvertido e importante para a Administração Pública, RE 632.853-CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.04.2015, sobre a amplitude do controle jurisdicional de concursos públicos, no qual se discutiu a existência da denominada reserva de administração, e que controle não poderia ser concretizado pelo Poder Judiciário, sob pena de violação da separação de poderes. Em matéria de concursos públicos, adotando uma tese minimalista, prevaleceu a posição de não competir ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas atribuídas, pois excepcionalmente é permitido ao Poder Judiciário o juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do certame com o previsto no edital, na linha, inclusive, de outras decisões anteriores do STF.

VIII – CONCLUSÃO.

O estudo realizado demonstrou a permanente relevância de discutir a constitucionalização do Direito Administrativo. Trata-se, portanto, de excelente

62 – Sobre a constitucionalização na Administração Pública, a obra organizada por Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello, *A República Que Ainda Não Foi: Trinta Anos da Constituição de 1988 na Visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*, traz estudos interessantes no campo do Direito Administrativo e Administração Pública, como o texto “A Administração Pública na Constituição de 1988 – 30 Anos Depois: disputas, derrotas e conquistas”, Patrícia Baptista e João Pedro Accioly, p. 69-94.

oportunidade para refletir sobre os paradigmas dominantes do Direito Constitucional e do modo de construção e exercício da própria função administrativa, considerando as três décadas do processo de constitucionalização, cuja Constituição Federal completou trinta anos em outubro de 2018.

A pesquisa privilegiou o olhar interdisciplinar, preocupando-se com outras dimensões do fenômeno, seja sob o ponto de vista social e das consequências para os diversos contextos jurídicos dos institutos. A constitucionalização, assim, não se reduz ao âmbito de estruturas formais e os temas sobre a materialização da Constituição Federal na Administração Pública, considerando os inúmeros casos aludidos na investigação, demonstram a necessidade de ampliar o leque epistemológico.

As primeiras controvérsias sobre a efetividade do mandado de injunção para garantir o exercício de direitos fundamentais, por exemplo, refletem as dificuldades da época para ultrapassar o modo categorizado de compreender o texto da Constituição. Com efeito, para o futuro, a fim de evitar reducionismos, é crucial debater a aplicação normativa como resultante de um trabalho de construção social e não de categorizações textuais, pois a institucionalização, tornar efetiva a normatividade constitucional, impõe olhar para o trabalho realizado por diversos campos de poder, com interesses e lógicas bem específicas de funcionamento. A previsão constitucional dos juros reais é ilustrativa da força não apenas simbólica, mas materializada, ensejando a retirada da previsão, do papel dos atores do campo econômico, via atuação no campo do Direito.

A constitucionalização como ação sociojurídica, deste modo, também chama atenção para a relação entre o Direito Administrativo, objeto específico aqui colocado, e os problemas sociais, na linha do entendimento de Pierre Bourdieu. Um dos instrumentos mais poderosos para a ruptura epistemológica, e tal direção é inevitável para pensar o espaço do Direito no século XXI, reside na história social dos problemas jurídicos, tanto relativamente às nomeações dos institutos, como as inúmeras classificações realizadas pelos agentes. Basta recordar as incontáveis divergências sobre o artigo 196 da Constituição Federal tratando do direito à saúde e o alcance de suas disposições. Programar, em alguma medida o futuro, exige ter consciência histórica e aprender com a tradição, escutando-a naquilo que possui de autêntica e democrática.

Por fim, colocar entre parênteses os trinta anos da Constituição funciona como espaço privilegiado para vislumbrar a linguagem da constitucionalização, o enorme depósito de compreensões naturalizadas, responsáveis por taxionomias

e categorizações dos conceitos jurídico-administrativos. Dar-se conta é relevante em questões há muito discutidas, como a igualdade, não com os instrumentos voltados para a regulação formal, mas com mecanismos capazes de erigir a dimensão material, retratada, de algum modo, no caso da licença-maternidade, assegurando o prazo de 120 dias para servidores públicos em casos de adoção. Tal mister, exige exatamente reconstruir a linguagem para lidar com novos contextos sociais, sendo esse outro desafio permanente da tarefa de atribuir sentido ao texto constitucional.

IX – REFERÊNCIAS.

BANDEIRA, Sílvia Maura de Alcântara. *Atuação dos Movimentos Sociais na Defesa dos Direitos e Mobilização dos Portadores de HIV/AIDS no Brasil*, Dissertação de Mestrado, Brasília, 2015.

BARROS, Sandra Garrido de e Vieira-da-Silva, Lígia Maria, *A Terapia Antirretroviral Combinada, a Política de Controle da Aids e as Transformações do Espaço Aids no Brasil dos Anos 1990*, In: Saúde Debate, V. 41, N. Especial 3, Rio de Janeiro, 2017.

BARROSO, Luiz Roberto. *Dez Anos da Constituição de 1988: foi bom para você também?*, Revista de Direito Administrativo, v.214, 1988.

BARROSO, Luiz Roberto. *Trinta Anos da Constituição: a República que ainda não foi*, In: A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Luiz Roberto Barroso, Patrícia Perrone Campos Mello (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luiz Roberto. *Vinte Anos da Constituição de 1988: o Estado a que chegamos*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, jan./jul.. 2008.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3ªed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *Esboço de uma Teoria da Prática*, In: Pierre Bourdieu. Sociologia. Renato Ortiz (Organizador). Ática: São Paulo, 1994.

BOURDIEU, Pierre. *Espaço Social e Poder Simbólico*, In: Coisas Ditas, São Paulo: Brasiliense, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *Las Formas del Capital. Capital Económico, Capital Cultural y Capital Social*, In: Poder, Derecho y Clases Sociales. 2ªed. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *O Campo Econômico*, Revista Política e Sociedade, Volume 4., n. 6, 2005, Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina.

BOURDIEU, Pierre. *Poder Simbólico*, DIFEL/BERTRAND: Lisboa/Rio de Janeiro, 1989.

BOURDIEU, Pierre. *Questões de Sociologia*. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero, 1983.

BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas. Sobre a Teoria da Ação*. 1ª Reimpressão. Campinas-SP: Papirus, 1997.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado. Cursos no Collège de France(1989-92)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BRASIL, História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil, Compilado por Mário Cléber Martins Lanna Júnior. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ªed. Coimbra: Almedina, 1999.

COCCONI, Monica. *La partecipazione All'Attività Amministrativa Generale*. Padova: CEDAM, 2010.

Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FERNANDES, Florestan. *Primeira Intervenção no Grande Expediente dos Temas Constitucionais no Parlamento*, 12/02/1987. Revista Tempo Social, 1(1): 47-56, I-sem. 1989, São Paulo.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo. Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

GOHN, Maria da Glória. *Historia dos Movimentos e Lutas Sociais. A Construção da Cidadania dos Brasileiros*. 6ªed. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um Constitucionalismo Difuso. Cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ªed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUHN, Maria da Glória. *Manifestações de Junho de 2013 no Brasil e Praças dos Indignados no Mundo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LIMA, Francisco Gérson Marques. *O STF na Crise Institucional Brasileira. Estudo de Casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO, Marcus Andre B. C. de. *Municipalismo, Nation Building e a Modernização do Estado no Brasil*, In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 8, n. 23. São Paulo, out. 1993.

MOTA, Carlos Guilherme e LOPEZ, Adriana. *História do Brasil: uma interpretação*. São Paulo: Editora 34, 2015.

OHLWEILER, Leonel Pires. *Os (Des)Caminhos Hermenêuticos do Direito Administrativo. Historicidade e Constitucionalização para a Efetividade dos Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ORTIZ, Renato. *A Procura de uma Sociologia da Prática*, In: Pierre Bourdieu. São Paulo: Ática, 1994.

PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática. Institutos de participação Popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

PINTO, Louis. In: Vocabulário Bourdieu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

PIRES, Valdemir. *Municipalismo no Brasil: origens, avanços pós-1988 e desafios atuais*, In: *Cadernos ADENAUER*, XVII (2016), nº 3, Política Local e Eleições.

POST, Tayla e COSTA, Nathália. *O Estatuto da Família: disputa pelo conceito de entidade familiar*. In: I Seminário Internacional de Ciência Política. UFRGS, Porto Alegre, 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SÃO PAULO, *Estudos e Pesquisas. Balanço das Greves em 2008*, n. 45 – julho 2009, p.3. DIEESE (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos). São Paulo.

SÃO PAULO, *O Movimento Grevista em 2004*. Estudos e Pesquisa, n. 12, outubro de 2005. São Paulo: DIEESE.

SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHIMIDT-ABMANN, Eberhard. *El Concepto de la Constitucionalización del Derecho Administrativo*. In: *La Constitucionalización del Derecho Administrativo*. La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Alberto Montaña Plata, Andrés Fernando Ospina Garzón Editores. Bogotá: Universidad Extremado de Colombia, 2014.

SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma Biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SCHWARTZ, Germano.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 11ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

WACQUANT, Loïc. *Hacia una Praxeologia Social: la estructura y la lógica de la sociología de Bourdieu*, In: BOURDIEU, Pierre e WACQUANT, Loïc. *Una Invitación a la Sociología Reflexiva*. 2ªed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, Argentina, 2008.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito I*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

O INTERROGATÓRIO DO RÉU ESTÁ SUJEITO À SISTEMÁTICA DO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL?

Mauro Borba¹

RESUMO. O presente trabalho aborda a alteração introduzida pela Lei 11.690/2008, no artigo 212 do Código de Processo Penal. Examina os limites e extensão da alteração legislativa no sistema de produção de prova oral no processo penal brasileiro, bem aborda a função do interrogatório do acusado e analisa seus limites e possibilidades à luz daquela alteração sistêmica.

I – INTRODUÇÃO

A modificação legislativa introduzida pela Lei 11.690/2008 no Código de Processo Penal, no tocante à inquirição de testemunhas, (re)introduzindo o Princípio Acusatório no sistema do CPP, se estende também ao interrogatório do réu? Ou, ao contrário, o interrogatório tem sistema próprio?

A questão não despertou maior interesse nem na doutrina e muito menos na jurisprudência. Não obstante, o tema é da maior relevância, afinal altera profundamente o modo de produção da prova testemunhal no processo penal brasileiro, merecendo uma reflexão que possa apontar para um (resgate do) processo penal democrático.

1 – Juiz em Porto Alegre; Doutor (UFRGS) e Mestre em Direito (UNISC).

II – O ARTIGO 212 E A PRODUÇÃO DA PROVA ORAL NO PROCESSO PENAL

O debate em torno da gestão ou da iniciativa da prova no processo penal moderno, apesar das posições consolidadas, reclama uma necessária rediscussão, principalmente a partir de recente decisão do Pretório Excelso.

No Brasil, o ponto que concentra a temática é o debate em torno do art. 212 do CPP, cuja redação, de modo inequívoco, foi alterada pela Lei nº 11.690/08, passando a assim dispor:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Nesse contexto, tanto no caso de ausência do representante do Ministério Público, quanto na situação em que o juiz, afora presidir o ato, conduza toda a instrução criminal, inquirindo *stricto sensu* as testemunhas arroladas pelas partes, há(haveria) violação ao postulado nesse dispositivo legal.

Contudo, a redação dada ao artigo 212 do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690/2008, introduzindo um novo sistema de inquirições de testemunhas (acusatório), ainda é causa de divergência doutrinária, tanto no que respeita à possibilidade, ou não, de formulação de perguntas pelo magistrado em momento anterior às partes, quanto em relação às consequências da inobservância da regra do parágrafo único do mencionado dispositivo legal, as quais poderão resultar nulidade absoluta, relativa ou mera irregularidade do ato.

Parte da doutrina compartilha o entendimento de que a inovação trazida pela suprarreferida lei alterou a ordem de inquirição das testemunhas, passando a prever que primeiro serão inquiridas as testemunhas arroladas pela acusação e depois aquelas arroladas pela defesa, assim como modificou a ordem de formulação das perguntas, segundo a qual as partes – primeiro, aquela que arrolou a pessoa que prestará o depoimento; em seguida, a parte contrária – iniciam a inquirição direta da testemunha, e o juiz a complementar, se for o caso, ao final, com o intuito de esclarecer pontos obscuros. Divergem, no entanto, quanto às consequências da inobservância da regra do parágrafo único do referido dispositivo legal.

GIACOMOLLI e DI GESU² lecionam que:

A formulação de perguntas pelo magistrado, antes das partes, ultrapassa a mera irregularidade da metodologia da inquirição, pois o defeito atinge uma formalidade essencial, por não ter sido observado o devido processo legal, no plano formal (ordem de inquirição) e material (vício substancial, por ofensa ao contraditório e a distribuição das funções entre os sujeitos processuais).

Para eles, a utilização dos depoimentos defeituosos, no julgamento, contaminam o *decisum*, invalidando o ato processual e vedando a utilização do depoimento no processo. Segundo eles, o desrespeito a nova sistemática macula os processos e decisões de vício insanável, gerando nulidade absoluta.

Também no sentido de que se trata de nulidade absoluta, MARCÃO afirma que:

“[...] é necessário que se observe o disposto no art. 212 do CPP, em homenagem ao princípio do devido processo legal, [...]”³ evitando, com isso, que se exponha o processo à nulidade absoluta. Ressaltando que o prejuízo é indemonstrável, esclarece que “Não se pode exigir do acusado a demonstração, na prática impossível, do prejuízo acarretado à sua defesa em razão do desrespeito, por parte do Estado, às regras do procedimento tipificado.”⁴

Nessa linha de entendimento de que a nulidade é sempre absoluta, Lenio Luiz STRECK e André Karam TRINDADE⁵ afirmam que se trata de uma imposição constitucional de respeito ao devido processo legal (*due process of law*).

2 – GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. Nova metodologia de inquirição das testemunhas e consequências de sua inobservância. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 17, n. 201, p. 16-17, ago. 2009.

3 – MARCÃO, Renato. Inquirição de testemunha diretamente pelas partes: o artigo 212 do CPP. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**. São Paulo: Síntese, ano 14, n. 79, p. 212-215, abr./maio 2013.

4 – MARCÃO, Renato. O sistema acusatório e os artigos 212 e 310, II, do CPP. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**. São Paulo: Síntese, ano 15, n. 88, p. 214-219, out./nov. 2014.

5 – STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Produção de prova cabe ao MP e à Defesa**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-11/producao-prova-processo-penal-cabe-mp-defesa>>. Acesso em 20/10/2016.

LOPES JÚNIOR⁶ também participa da corrente que entende que a inobservância à nova regra é causa de nulidade absoluta.

Em seu texto, MACHADO⁷ reflete sobre as três interpretações dadas a este dispositivo legal – (a) não houve alteração; (b) acarreta nulidade relativa; e (c) configura nulidade absoluta –, concluindo que a sua ofensa viola o sistema acusatório e o próprio princípio do devido processo legal, razão por que deve ser reconhecida a nulidade absoluta do ato⁸:

Acreditar que a nova redação do art. 212 em nada mudou na sua aplicação prática é desprezar os 20 anos de constitucionalismo democrático, com todas as suas conquistas na luta pela afirmação e concretização do sistema acusatório.

[...]

Se os tribunais continuarem a entender que o novo art. 212, do CPP, nada trouxe de novo, isso significará que os juízes estão liberados para atuarem como bem entenderem, de acordo com a velha tradição ou com a nova redação.

Uma segunda parte da doutrina entende que se trata de nulidade relativa. Nesse sentido, Norberto Cláudio Pâncaro Avena⁹, Eugêncio Pacelli de Oliveira¹⁰

6 – LOPES JUNIOR, Aury. Ausência do Ministério Público na audiência de instrução e a postura do juiz à luz do art. 212 do CPP. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 19, n. 229, p. 3-5, dez. 2011.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional, volume I**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

7 – MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Nulidade na oitiva de testemunhas por uma interpretação conforme o Art. 212 do CPP. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, ano 58, n. 395, p. 125-147, set. 2010, p. 138-139.

8 – Sobre a atuação do magistrado, o autor observa: “[...] No atual paradigma constitucional, o magistrado se coloca na posição de garante do Estado democrático e dos direitos fundamentais dos cidadãos, sendo esta a função que lhe exige a nova exegese do art. 212 do CPP. [...] Em sua atuação como garante, não cabe ao juiz produzir provas para a defesa e para a acusação.” (MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Nulidade na oitiva de testemunhas por uma interpretação conforme o Art. 212 do CPP. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, ano 58, n. 395, p. 125-147, set. 2010, p. -139).

9 – AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 606.

10 – OLIVEIRA, Eugêncio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 414.

e Mônica Silveira Vieira¹¹ ponderam que a decretação de nulidade, cuja arguição deve ser feita no momento oportuno, está sujeita à demonstração do prejuízo ou efetiva violação da imparcialidade do julgador.

A esse entendimento, BARROS¹² acrescenta:

[...] a parte interessada deve arguir a ocorrência do vício processual imediatamente. E, se não for corrigido *incontinenti* pelo juiz, recomenda-se que tudo fique constando do termo de audiência, a fim de se reiterar a ocorrência do prejuízo a ser reparado em grau de recurso.

Tal nulidade só é sanável – e assim, pode ser o ato convalidado – se as partes concordarem com a deliberação do juiz que não observar a ordem de inquirição estabelecida no Código.

Aduz que a nulidade relativa deve ser arguida pela parte interessada na primeira oportunidade em que se manifestar no processo, tão logo tenha ciência da sua existência. Complementa, referindo que:

[...] a nulidade pode não ser declarada pelo Tribunal em grau de recurso. Especialmente se o ato tiver atingido a sua finalidade, ou, quando se verificar, ainda que tacitamente, que a parte recorrente aceitou os seus efeitos, situação esta que inevitavelmente enfraquece eventual alegação de prejuízo¹³.

Sobre o momento para a arguição da nulidade relativa, Renato Brasileiro de LIMA, explica que o artigo 571, II, do CPP¹⁴, sugere “[...] que toda e

11 – VIEIRA, Mônica Silveira. Alteração na forma de inquirição de testemunhas no processo penal: a nova redação do art. 212 do CPP. **Jurisprudência Mineira**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ano 60, n. 188, p. 29-31, jan./mar. 2009.

12 – BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 264.

13 – BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 331.

14 – O inciso II do artigo 571 do CPP possui a seguinte redação: “Art. 571. As nulidades deverão ser arguidas: [...] II - as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título II do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500;”. O autor explica: “o art. 500 a que se refere este dispositivo, hoje revogado, referia-se às alegações finais apresentadas ao final do procedimento comum dos crimes punidos com reclusão. Com o advento da Lei nº 11.719/08, as alegações

qualquer nulidade relativa ocorrida durante a instrução criminal dos processos de competência do juiz singular deve ser arguida por ocasião da apresentação das alegações orais (ou memoriais).¹⁵ Mais adiante esclarece, quando da análise do inciso VII do mencionado dispositivo legal, que embora ele se refira

[...] às nulidades relativas verificadas após a decisão de primeira instância, é de todo evidente que aquelas anteriores a essa decisão poderão ser impugnadas novamente como preliminares do recurso interposto, desde que, obviamente, já tenham sido arguidas no momento oportuno, inviabilizando, assim, o reconhecimento da preclusão.¹⁶

O citado autor elucida, em seu estudo, que ocorre a preclusão lógica quando há incompatibilidade da prática de um ato processual em relação a outro já praticado, acrescentando que as nulidades serão consideradas sanadas se a parte tiver aceito os seus efeitos, ainda que tacitamente. Exemplifica:

[...] se, por ocasião da oitiva das testemunhas, as partes não se insurgirem quanto à colheita da prova testemunhal por meio do sistema presidencialista, contrariando a regra do exame direto e cruzado ao art. 212 do CPP, não poderão se insurgir contra a nulidade relativa a posteriori, visto que, tacitamente, aceitaram seus efeitos.¹⁷

Ainda com relação ao momento de arguição das nulidades¹⁸ relativas, BADARÓ¹⁹ ensina:

finais foram substituídas por alegações orais, que devem ser apresentadas ao final da audiência de instrução e julgamento (CPP, art. 403). A depender da complexidade da causa ou do número de acusados, ou quando for deferida a realização de diligências, o juiz poderá deferir a substituição das alegações orais por memoriais.” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 1506).

15 – LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 1506-1507.

16 – LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 1509.

17 – LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 1521.

18 – Sobre nulidades absolutas, lecionada o autor: “[...] Já as nulidades absolutas podem ser alegadas a qualquer tempo, não se sujeitando à sanatória, por não ter sido alegada. [...] No caso de nulidade absoluta, é possível a alegação de nulidade direta e originariamente nas razões de apelação, pois não há que se cogitar de preclusão. O Tribunal, reconhecendo a nulidade, baixará o processo ao primeiro grau de jurisdição para que seja corrigido o *error in procedendo*, com a prática do ato válido em lugar do ato viciado.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 597)

19 – BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 597.

[...] as nulidades são alegadas durante o processo por **simples petição**, durante todo o processo, ou mesmo **oralmente**, durante as audiências ou sessões de julgamento. Também poderão ser arguidas nas **alegações finais** ou reiteradas nas **razões recursais** (CPP, art. 571).

[...]

Embora as nulidades possam ser alegadas assim que praticadas, tratando-se de nulidade relativa, elas deverão ser arguidas até as **alegações finais**, sob pena de serem consideradas sanadas.

[...]

A **apelação** é o segundo meio adequado para se alegar a ocorrência de nulidade. No caso de nulidade relativa, o recurso servirá para reiterar alegação de nulidade que já deverá ter sido veiculada, até as alegações finais, sob pena de preclusão.

LIMA, também acrescenta²⁰:

[...] se as partes se sentirem melhor com o sistema anterior, pode-se, nesta fase de transição e mudanças no processo penal brasileiro, combinarem com o juiz presidente no início da audiência que preferem seguir o sistema presidencialista. Acertado, nenhuma nulidade poderá ser alegada e o ideal é que a deliberação seja registrada em ata.

Uma terceira parte da doutrina, porém, sustenta que, em que pese o legislador tenha autorizado a formulação de perguntas diretas às testemunhas, sem a intervenção do juiz, tal inovação não alterou o sistema inicial de inquirição, de modo que ainda é o juiz que começa a indagar, passando, em seguida, a palavra à parte que arrolou a pessoa depoente e, após, à parte contrária. Nesse diapasão, o descumprimento da regra do parágrafo único acarreta mera irregularidade.

Nessa linha, observando que o magistrado pode, por vontade própria, deixar às partes o início da inquirição e ao final, complementá-la, ALVES, afirma que “O que não se pode impedir é que ele *desde logo* busque as provas necessárias ao princípio da verdade real, extremamente caro ao processo penal, sem que isso seja visto como quebra de sua imparcialidade.”²¹

20 – LIMA, Rogério Montai de. Ordem de perguntas às testemunhas no processo penal. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**. São Paulo: Síntese, ano 11, n. 69, p. 53-57, ago./set. 2011.

21 – ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **A oitiva das testemunhas e o papel do juiz no Código de Processo Penal reformado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 99, n. 895, p. 445-469, maio 2010, p.467.

NUCCI²² afirma que “[...] nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição, iniciando sempre pelo magistrado.” Referindo-se ao sistema anterior, como aquele no qual o juiz começa a inquirição, que finda com as reperguntas diretas pelas partes, e ao novo sistema, cuja colheita da prova oral inicia pelas partes, diretamente às testemunhas, sem que o magistrado interfira, podendo, este, formular perguntas ao final, esclarece:

[...] *qualquer* dos sistemas escolhidos não autoriza, em hipótese alguma, considerar como falha irreparável ao processo, logo, nulidade absoluta. Adotar essa visão significa um retrocesso inimaginável na estrutura do moderno processo penal brasileiro, que busca celeridade, economia processual e respeito aos direitos individuais. Pregar a nulidade de toda a inquirição porque o juiz inquiriu em primeiro lugar e as partes, depois, ou porque as partes o fizeram em primeiro plano e o magistrado, na sequência, quer demonstrar ser o processo um fim em si mesmo.²³

GOMES, CUNHA e PINTO ainda acrescentam que “[...] conceder-se, desde logo, a palavra às partes, para que o juiz, por último, pudesse perguntar à testemunha.”²⁴ afronta a *praxis* forense.

III – O INTERROGATÓRIO NO SISTEMA DO CPP.

O interrogatório é o principal meio de autodefesa previsto no direito processual penal. É quando o sujeito passivo atua fazendo valer seu critério individual e seu interesse privado. O interrogatório é o momento em que o réu (o uso dessa expressão não exclui, obviamente, a mesma possibilidade para o interrogatório na esfera policial) tem a oportunidade de atuar de forma efetiva, expressando os

22 – NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 523-524

23 – Idem

24 – GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da lei de trânsito: novo procedimento do júri (Lei 11.689/2008), nova disciplina das provas (Lei 11.690/2008), novas regras procedimentais (Lei 11.719/2008), “Lei seca” – alterações penais do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 11.705/2008)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 302.

motivos e as justificativas, ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa.

Ao lado desse atuar, também é possível uma completa omissão, um atuar negativo através do qual o imputado pode se nega a declarar. Não só pode se negar a declarar, como também pode se negar a dar a mais mínima contribuição para a atividade probatória realizada pelos órgãos estatais de investigação.

Essa autodefesa pode ser renunciada pelo sujeito passivo, mas é indispensável para o juiz, de modo que o órgão jurisdicional sempre deve conceder a oportunidade para que aquela seja exercida, cabendo ao imputado decidir se aproveita a oportunidade para atuar seu direito de forma ativa ou omissiva.

Como meio de prova e deixando de lado qualquer discussão estéril sobre sua natureza, pois a dicotomia “meio de defesa”/”meio de prova” não são excludentes (DUCLERC²⁵), senão que coexistem de forma inevitável, é relevante ressaltar a lição de PELLEGRINI GRINOVER no sentido de que através do interrogatório o juiz (e a polícia) pode tomar conhecimento de elementos úteis para a descoberta do delito mas não é para esta finalidade que o interrogatório está orientado. Pode constituir fonte de prova, mas não serve para provar o fato, podendo fornecer elementos outros de prova que possam conduzir à sua comprovação.

O interrogatório está disciplinado nos artigos 185 a 196 do CPP e para o âmbito do presente trabalho, importa o interrogatório em si, previsto no artigo 187 e seus incisos, haja vista a discussão doutrinária acerca do momento em que ele é feito, ou se a regra prevista no artigo 212 com as partes (acusação e defesa) intervindo diretamente.

Antes das alterações promovidas pela Lei nº 11.792/2003, o interrogatório era considerado um ato privativo do juiz, sem que houvesse a possibilidade de intervenção das partes. Com a redação dada por essa lei ao artigo 188, do Código de Processo Penal, o referido ato passou a se submeter ao princípio do contraditório.

À luz dessa modificação, alguns doutrinadores entendem que compete ao juiz dar início ao interrogatório, sendo seguido pelas partes; havendo divergências, no entanto, sobre a forma como estas realizam as perguntas: se as formulam diretamente ao interrogando ou se as fazem com a intermediação daquele. Outros, porém, sustentam que ao juiz cabe o papel de complementação da prova, elaborando suas perguntas após as indagações das partes.

25 – DUCLERC, Emir. Direito Processual Penal, v. 2 p. 252

No sentido de que o ato de interrogar tem início com o magistrado, o qual intermediará as eventuais indagações da acusação e defesa ao acusado, é o ensinamento de AVENA²⁶:

Anteriormente à alteração introduzida ao Código de Processo Penal pela Lei 10.792/2003, considerava-se o interrogatório como ato personalíssimo do juiz em razão da circunstância de que, além dos questionamentos determinados pela antiga redação do art. 188 (hoje correspondente ao art. 187), unicamente ao magistrado cabia eleger as perguntas a serem realizadas ao interrogado. Na atualidade, o art. 188 do CPP passou a contemplar às partes a faculdade de realizarem questionamentos ao acusado.

[...]

De qualquer sorte, a par desta alteração introduzida ao Código, cabe lembrar que as intervenções realizadas ao interrogado pelas partes deverão ser feitas por **intermédio do juiz**, o qual poderá indeferir determinadas perguntas se as entender impertinentes (sem nenhuma relação com o fato investigado) ou irrelevantes (relativas ao fato apurado, mas sem nenhuma importância no respectivo esclarecimento). Mantém-se, então, aqui, o **sistema presidencialista** de inquirição. Atente-se, porém, que, no interrogatório realizado no curso do julgamento pelo júri, as perguntas serão realizadas diretamente ao réu pela acusação e pela defesa (art. 474, § 1.º). Já quanto a eventuais indagações dos jurados ao acusado permanece a sistemática de que sejam feitas por intermédio do juiz (art. 474, § 2.º).

Na mesma linha de entendimento leciona LENZA²⁷:

Importa registrar que, até o advento da Lei n. 10.792/2003, o interrogatório realizava-se com a intervenção exclusiva do juiz, sem que a acusação e o defensor pudessem interferir no ato (falava-se, por isso, em *judicialidade* do ato). Com as alterações introduzidas pelo citado diploma

26 – AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**: esquematizado. 7. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 561.

27 – LENZA, Pedro (Coord.); REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 151

legal, as **partes** passaram a ter a possibilidade de, após as indagações do juiz, **sugerirem perguntas ao magistrado** (art. 188 do CPP), sem que possam, porém, interrogar diretamente o acusado. Manteve-se, portanto, o **sistema presidencialista de inquirição** em relação ao interrogatório.

NUCCI²⁸, por sua vez, entende que a alteração introduzida pela Lei nº 10.792/2003 no artigo 188, do CPP, deu às partes, tão somente, o direito de colaborar com o juiz ao final do interrogatório, [...] lembrando-o de que alguma indagação importante deixou de ser feita, dentre tantas previstas no art. 187. Ou mesmo alguma outra questão, ali não relacionada, mas fundamental para o esclarecimento da verdade”. Afirma, porém, que não se trata de um direito absoluto à obtenção de respostas, uma vez que acabe ao magistrado, no uso de seu poder discricionário, deliberar sobre aquelas que são pertinentes e relevantes. O referido autor pondera:

Ainda assim, dado o direito às partes para colaborar com o juiz, não deixa de ser uma posição arriscada, pois nada impede que o magistrado, menos interessado em filtrar tais questões, proporcione verdadeira situação de *reperguntas*, como se faz com qualquer testemunha, gerando prejuízo à ampla defesa.

[...]

Porém, na contramão do direito à ampla defesa, a Lei 11.689/2008 introduziu a possibilidade das partes dirigirem, em plenário do Tribunal do Júri, perguntas diretas ao acusado (art. 474, § 1.º, CPP).

Há, na doutrina, quem entenda que as partes poderão formular perguntas diretamente ao interrogando. Nesse sentido, são os ensinamentos de LIMA²⁹:

Ao contrário do que se dá com os depoimentos de testemunhas e do ofendido, em relação aos quais vigora o sistema do exame direto e cruzado (CPP, art. 212), o interrogatório continua submetido ao sistema presidencialista, devendo o juiz formular as perguntas antes das

28 – NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 457.

29 – LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 633.

reperguntas das partes. Apesar de a maioria da doutrina entender que o interrogatório tem natureza jurídica de meio de defesa, tem prevalecido o entendimento de que quem repergunta primeiro é a acusação (Ministério Público, querelante, ou assistente), seguindo-se as perguntas da defesa.

Também dessa forma entende FARIAS³⁰:

Em relação ao interrogatório, não vislumbramos nenhuma alteração, eis que tal ato continuará sendo realizado da mesma forma, conduzido pelo magistrado, que formulará as questões que entender relevantes, e, após, abrirá ao autor (Ministério Público ou querelante) e ao réu a possibilidade de formulação de perguntas complementares.

Em sentido oposto, porém, afirmando que o interrogatório não é mais um ato privativo do juiz, a quem cabe uma atuação complementar, OLIVEIRA³¹ sustenta que deve haver uma unificação dos procedimentos de inquirição, dizendo que:

- a) Em qualquer interrogatório, as partes (Ministério Público, assistente, defesa) deve iniciar a inquirição, cabendo ao juiz complementá-lo, querendo;
- b) As perguntas devem ser feitas diretamente, sem a intermediação pelo juiz;
- c) Igual procedimento deve ser adotado em relação à inquirição das testemunhas (art. 212, CPP); as partes, diretamente, iniciam as perguntas, cabendo ao juiz a complementação que se fizer necessário. As testemunhas de defesa serão inquiridas primeiro pelo defensor, seguindo-se o Ministério Público e o assistente.

No interrogatório, a inquirição deve iniciar-se com o Ministério Público, já que se trata, essencialmente, de um meio de defesa do acusado.

30 – FARIAS, Wilson. **Considerações em torno da Lei 11.690, de 09.06.2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 99, n. 896, p. 383-444, jun. 2010, p. 419.

31 – OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2012, p. 377.

IV – BREVE OLHAR SOBRE A JURISPRUDÊNCIA.

No tocante às alterações trazidas ao sistema com a nova redação do art. 212, a jurisprudência pátria tem se orientado basicamente a partir de três julgados do STJ no sentido de que tal violação, seja em relação à ordem de inquirição das testemunhas, seja em face da colheita da prova diretamente pelo Juiz, ausente o MP, enseja mera nulidade relativa, na forma do art. 565 do CPP:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS PELO MAGISTRADO E AUSÊNCIA DO MP NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. Não gera nulidade do processo o fato de, em audiência de instrução, o magistrado, após o registro da ausência do representante do MP (que, mesmo intimado, não compareceu), complementar a inquirição das testemunhas realizada pela defesa, sem que o defensor tenha se insurgido no momento oportuno nem demonstrado efetivo prejuízo. Destaca-se, inicialmente, que a ausência do representante do Ministério Público ao ato, se prejuízo acarretasse, seria ao próprio órgão acusatório, jamais à defesa, e, portanto, não poderia ser por esta invocado, porquanto, segundo o que dispõe o art. 565 do CPP, “Nenhuma das partes poderá arguir nulidade (...) referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”. De mais a mais, as modificações introduzidas pela Lei n. 11.690/2008 ao art. 212 do CPP não retiraram do juiz a possibilidade de formular perguntas às testemunhas, a fim de complementar a inquirição, na medida em que a própria legislação adjetiva lhe incumba o dever de se aproximar o máximo possível da realidade dos fatos (princípio da verdade real e do impulso oficial), o que afasta o argumento de violação ao sistema acusatório. Na hipótese em análise, a oitiva das testemunhas pelo magistrado, de fato, obedeceu à exigência de complementaridade, nos termos do que determina o art. 212 do CPP, pois somente ocorreu após ter sido registrada a ausência do *Parquet* e dada a palavra à defesa para a realização de seus questionamentos. **Vale ressaltar, ainda, que a jurisprudência do STJ se posiciona no sentido de que eventual inobservância ao disposto no art. 212 do CPP gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a alegação no momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo** (REsp nº 1.348.978-SC, 6ª Turma, STJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Rel. para acórdão Min. Nefi Cordeiro, julgado em 17/12/2015). (Grifado)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 212, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. AUSÊNCIA DO MP NA AUDIÊNCIA. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. *PAS DENULLITÉ SANS GRIEF*. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Esta Corte sufragou entendimento de que “a ausência do Ministério Público na audiência de instrução constitui nulidade relativa que, para ser declarada, deve ser alegada em momento processual oportuno e demonstrado o efetivo prejuízo ao réu. Aplicação do princípio *pas nullité sans grief*.” (REsp 174.290/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa). 2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp nº 885.644/RS, 6ª Turma, STJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 02/6/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSOPENAL. NULIDADE. DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. I - A alegada inobservância do preceituado no art. 212 do Código Processual Penal, no que se refere à ausência do Ministério Público na audiência de oitiva de testemunha, configura nulidade relativa que, diante do princípio *pas de nullité sans grief*, deve ser argüida em momento oportuno, com a efetiva demonstração do prejuízo sofrido (precedentes). Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp nº 655.690/RS, 5ª Turma, STJ, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 05/5/2016).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, segue essa orientação jurisprudencial, expressada em diversos acórdãos de forma pacífica (Ap. Crim. 70072195639, 8ª CCrim. Rel. Fabianne Breton Baisch, Julgado em: 16-08-2017; Ap. Crim. 70070801709, 8ª CCrim. Rel. Fabianne Breton Baisch, Julgado em: 29-03-2017; Ap. Crim. 70055018956, 2ª CCrim. Rel. Sandro Luz Portal, Julgado em: 18-08-2016) e em outros de forma não tão pacífica (Ap. Crim. 70064502073, 3ª CCrim. Rel. João Batista Marques Tovo, julgada em 25.2.2016; 70054047923, 3ª CCrim. Rel. João Batista Marques Tovo, Julgado em 23/05/2013).

V – CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Ao dispor sobre a ordem de inquirição das testemunhas, começando pelas partes e facultando que estas perguntem diretamente à testemunha, sob a fiscalização do juiz, que perguntará depois delas e de forma complementar sobre os pontos não esclarecidos, a modificação legislativa, de modo inequívoco, alterou e limitou a posição do juiz na gestão da prova no processo penal.

De um “juiz-ator-inquisidor”, “destinatário” e “dono da prova”, ativo na busca da prova, inclusive de ofício (marca indelével de uma estrutura inquisitória, própria da estrutura do código de processo), passa a um juiz coadjuvante, que deixa de ter o papel de protagonismo na realização das oitivas, para ter uma função completiva, subsidiária³². Não mais, como no modelo anterior, terá o juiz aquela postura proativa em relação à prova.

A mudança foi muito importante e adequada, para conformar o CPP à estrutura acusatória desenhada na Constituição, demarcando a separação das funções de acusar e julgar e, principalmente, atribuindo a gestão da prova às partes, como efetivamente deve ser num processo penal acusatório e democrático³³. É uma verdadeira guinada no interior do processo penal, que nada tem a ver com uma “doutrina contrária aos poderes instrutórios do juiz”, mas, sim, com a tensão – contemporânea – entre democracia e jurisdição, entre o Estado das Leis (Gesetzstaat) e o Estado dos Juízes (Richterstaat)³⁴.

Não se trata de diminuir a função do juiz no processo, mas adequá-la ao (nem tão) novo sistema. O juiz não perde importância, ele preside o ato, controlando a atuação das partes para que a prova seja produzida nos limites legais e do caso penal, sem contar que continua sendo de sua exclusiva competência o ato, talvez mais relevante do processo que é a sentença. Ele apenas deixa de ter o papel de protagonismo na realização das oitivas, para ter uma função completiva, subsidiária.

32 – LOPES JÚNIOR, Aury. **Consultor Jurídico**, 17.11.2017, disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-17/limite-penal-finalmente-cumprirao-artigo212-cpp#author>; acessado em 20.11.2017.

33 – LOPES JÚNIOR, Aury. **Consultor Jurídico**, 17.11.2017, disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-17/limite-penal-finalmente-cumprirao-artigo212-cpp#author>; acessado em 20.11.2017.

34 – STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Produção de Prova cabe ao MP e à Defesa**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jan-11/producao-prova-processo-penal-cabe-mp-defesa>, Acesso em 20/10/2016.

Neste novo modelo, o juiz abre a audiência, compromissando (ou não, conforme o caso) a testemunha, e passa a palavra para a parte que a arrolou (MP ou defesa). Caberá à parte interessada na produção da prova efetivamente produzi-la, sendo o juiz — neste momento — o fiscalizador do ato, filtrando as perguntas ofensivas, sem relação com o caso penal, indutivas ou que já tenham sido respondidas pela testemunha. Após, caberá à outra parte fazer suas perguntas.

Saliente-se, para não deixar dúvida, que o juiz não está impedido de fazer perguntas à testemunha, mas, como regra, questionará ao final, perguntando apenas sobre os pontos relevantes não esclarecidos e não mais, como no modelo anterior, terá aquela postura proativa, de fazer dezenas de perguntas, esgotar a fonte probatória, para só então passar a palavra às partes, para que, com o que sobrou, complementar a inquirição³⁵.

Ora, se a reforma tem essa profundidade, adequando a legislação ordinária ao modelo constitucional, como entender a posição da jurisprudência, que parece, *data vênia*, estar optando por andar na contramão da luta travada nesses últimos 28 anos pela afirmação de um constitucionalismo democrático e concretização no ponto, do princípio constitucional acusatório, ao menos no que se refere ao papel exercido durante a produção da prova.

Faz sentido falar em nulidade relativa quando se está a tratar da imposição constitucional de respeito ao devido processo legal³⁶?

A propósito, Auri Lopes Júnior³⁷ diz que:

O CPP e os atores do processo penal lidam com as categorias de meras irregularidades, nulidades relativas e nulidades absolutas (...). Mas o ponto nevrálgico da discussão situa-se no tensionamento dessas duas categorias: nulidade absoluta e nulidade relativa.

Infelizmente no Brasil a moda é relativizar todas as nulidades, tendo gente ainda a sustentar que a categoria de nulidades absolutas acabou. Existe

35 – LOPES JÚNIOR, Aury. **Consultor Jurídico**, 17.11.2017, disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-17/limite-penal-finalmente-cumprirao-artigo212-cpp#author>; acessado em 20.11.2017.

36 – STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Produção de prova cabe ao MP e à Defesa**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-11/producao-prova-processo-penal-cabe-mp-defesa>>. Acesso em 20/10/2016.

37 – LOPES JÚNIOR, Aury. O sistema de nulidades “a la carte” precisa ser superado no processo penal. **Consultor Jurídico**, 5 set. 2014, Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal>>. Acesso em: 01 set. 2017.

uma errônea importação de categorias do processo civil (mais uma fatura da Teoria Geral do Processo), que distingue (ilusoriamente) as nulidades absolutas das relativas a partir na natureza da norma (tutela de interesse público ou privado); conhecimento ou não de ofício; possibilidade ou não de convalidação e a necessidade ou não de demonstração de prejuízo.

Os problemas dessa pseudocategorização são muitos no processo penal. Primeiro, porque no processo penal forma é garantia. Forma é limite de poder, pois o processo penal é um ritual de exercício de poder e todo poder tende a ser autoritário. Existe uma saudável desconfiança em relação ao poder.

Não podemos esquecer que estamos tratando de normas de direito público, regidas por uma principiologia constitucional que não se insere na dicotomia público-privado importada do direito civil e processual civil. Ou alguém vai me dizer que direitos fundamentais podem ser vistos como ‘normas que tutelam interesse privado’? Inviável.

Do mesmo modo, não é possível exigir a demonstração de prejuízo para a decretação da nulidade, uma vez que, pela filtragem constitucional do processo penal, forma é garantia, e se existe um tipo processual que determina/ garante certa forma de prática do ato e se essa forma é desrespeitada ou violada, o prejuízo, por óbvio, é presumido. Nesse contexto, o “princípio” (*sic*) *pas de nullité sans grief* não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, de maneira que toda nulidade pressupõe um prejuízo, sendo antigarantista e metafísico qualquer entendimento em contrário³⁸.

Tampouco é cabível alegar que as partes, em determinados casos, convalidaram os atos instrutórios, sob pena de se passar de um “processo de partes” para um “processo das partes”, no qual elas disponibilizariam do seu próprio manejo, e, assim, colocar em xeque a função jurisdicional³⁹. O conceito de convalidação, como decorrência da preclusão, é inadequado, pois convalidar como o “tornar válido pelo decurso do tempo” é o mesmo absurdo de tornar legal um ato absolutamente ilegal porque ninguém reclamou no “momento oportuno”. Ora, o processo penal não pode chancelar ilegalidades praticadas por agentes do Estado usando esse subterfúgio. Estamos tratando da violação

38 – STRECK, Lenio L. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

39 – STRECK, Lenio L. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

de garantias constitucionais e não de irregularidades contratuais ou discussões “privadas”⁴⁰.

São quase 10 anos de vigência do artigo 212, cuja redação é claríssima e não dá margem para a interpretação (absurdamente restritiva) que vem sendo feita, que nada mais faz do que negar o novo e perpetuar as velhas práticas, no mais puro decisionismo⁴¹.

Enfim, depois de tantos anos (mais de 60) de utilização do sistema presidencialista, a ruptura com tal prática, é sabido, não ocorrerá da noite para o dia e requererá, para sua real efetivação, um esforço dos tribunais, na assunção da nova interpretação, mas há esperança que tal mudança possa ocorrer em tempo menor.

No HC 111.815/SP⁴², julgado no dia 14/11/2017, a 1º Turma do STF (por maioria, houve divergência em relação à extensão do HC) decidiu que, “na audiência de instrução e julgamento, o juiz deve observar o disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal (CPP), a fim de que, primeiramente, as partes interroguem as testemunhas, podendo o magistrado formular perguntas apenas quando algum esclarecimento for necessário”. A turma acolheu o HC para determinar a nova inquirição das testemunhas, observada a regra do artigo 212 do CPP.

A propósito, do voto do relator, Ministro Marco Aurélio, no sentido de anular todo o processo-crime, a partir da audiência de instrução e julgamento, destaco interessante manifestação: “(...) a praxe da referida juíza é no sentido de dar início às perguntas a serem formuladas para as testemunhas e depois dar a palavra às partes, sem prejuízo de complementação de novas perguntas pelo juiz. (...) fica difícil para o Estado-juiz, iniciando o interrogatório, manter a equidistância”.

Com relação ao interrogatório, em que pese o dissenso doutrinário, acerca de quem dará início aos questionamentos – se o juiz ou se as partes, aqui se questionamento o papel daquele –, bem como a forma de realização das perguntas pela acusação e defesa: se feitas diretamente ao interrogando ou por intermédio

40 – LOPES JÚNIOR, Aury. O sistema de nulidades “a la carte” precisa ser superado no processo penal. **Consultor Jurídico**, 5 set. 2014, Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal>>. Acesso em: 01 set. 2017.

41 – LOPES JÚNIOR, Aury. **Consultor Jurídico**, 17.11.2017, disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-17/limite-penal-finalmente-cumprirao-artigo212-cpp#author>; acessado em 20.11.2017.

42 – <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=361859>

do magistrado, deve ser pacífico que o interrogatório deva ser orientado pela presunção de inocência, visto ser ele o principal meio de exercício da autodefesa e que tem, por isso, a função de dar materialmente vida ao contraditório, permitindo ao sujeito passivo refutar a imputação ou aduzir argumentos para justificar sua conduta⁴³.

Atendo a isso, certo é que o juiz deve informar sua ação nos estritos termos que dispõe o art. 187 do CCP, especialmente para o § 2º e seus incisos, lembrando que o interrogatório deve ser tratado como um verdadeiro ato de defesa, em que se dá oportunidade ao imputado para que exerça sua defesa pessoal. Para isso deve ser considerado como um direito e não como um dever, assegurando-lhe o direito ao silêncio e de não fazer prova contra si, sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico. Além disso deve ser visto como um ato livre de qualquer pressão ou ameaça. Quando o imputado submete-se a algum ato destinado a constituir uma prova de cargo, colaborando com a acusação, essa atividade não deve ser considerada como autodefesa positiva, mas sim como renúncia à autodefesa negativa, pois o imputado deixa de exercer seu direito de não colaborar com a atividade investigatória estatal (e a própria acusação em última análise)⁴⁴.

VI – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio (Coord.). DAOUN, Alexandre Jean. As recentes alterações no processo penal (Leis n. 11.689/08, n. 11.690/08 e n. 11.719/08). **Nova redação do art. 201 do Código de Processo Penal**. Redescobrimto e participação do ofendido na ação penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 63-75.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **A oitiva das testemunhas e o papel do juiz no Código de Processo Penal reformado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 99, n. 895, p. 445-469, maio 2010.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

43 – FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, p. 608

44 – LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal, p. 241-242

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Análise do valor probatório das declarações do ofendido no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 90, n. 784, p. 474-482, fev. 2001.

FARIAS, Vilson. **Considerações em torno da Lei 11.690, de 09.06.2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 99, n. 896, p. 383-444, jun. 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. Nova metodologia de inquirição das testemunhas e consequências de sua inobservância. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 17, n. 201, p. 16-17, ago. 2009.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da lei de trânsito: novo procedimento do júri (Lei 11.689/2008), nova disciplina das provas (Lei 11.690/2008), novas regras procedimentais (Lei 11.719/2008), “Lei seca” – alterações penais do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 11.705/2008)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LENZA, Pedro (Coord.); REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Víctor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

LIMA, Rogério Montai de. Ordem de perguntas às testemunhas no processo penal. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**. São Paulo: Síntese, ano 11, n. 69, p. 53-57, ago./set. 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Consultor Jurídico**, 17.11.2017, disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-17/limite-penal-finalmente-cumprirao-artigo212-cpp#author>; acessado em 20.11.2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. O sistema de nulidades “a la carte” precisa ser superado no processo penal. **Consultor Jurídico**, 5 set. 2014, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal>>. Acesso em: 01 set. 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. Ausência do Ministério Público na audiência de instrução e a postura do juiz à luz do art. 212 do CPP. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 19, n. 229, p. 3-5, dez. 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional, volume I**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal. 4ª ed. Lumen Iuris, Rio, 2006.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Nulidade na oitiva de testemunhas por uma interpretação conforme o Art. 212 do CPP. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, ano 58, n. 395, p. 125-147, set. 2010.

MARCÃO, Renato. Inquirição de testemunha diretamente pelas partes: o artigo 212 do CPP. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**. São Paulo: Síntese, ano 14, n. 79, p. 212-215, abr./maio 2013.

MARCÃO, Renato. O sistema acusatório e os artigos 212 e 310, II, do CPP. **Revista Síntese de direito penal e processual pena**. São Paulo: Síntese, ano 15, n. 88, p. 214-219, out./nov. 2014.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; prado, Geraldo Luiz Mascarenhas; BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy; santos, Leandro Galluzzi dos; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. O ofendido no processo penal. **Revista magister de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, ano 12, n. 70, p. 5-12, fev./mar. 2016.

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Produção de prova cabe ao MP e à Defesa**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-11/producao-prova-processo-penal-cabe-mp-defesa>>. Acesso em 20/10/2016.

STRECK, Lenio L. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VIEIRA, Mônica Silveira. Alteração na forma de inquirição de testemunhas no processo penal: a nova redação do art. 212 do CPP. **Jurisprudência Mineira**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ano 60, n. 188, p. 29-31, jan./mar. 2009.

O PREJUÍZO AO ERÁRIO DECORRENTE DA INADIMPLÊNCIA DO ENTE PÚBLICO E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Caroline Muller Bittencourt¹

Janriê Rodrigues Reck²

I – INTRODUÇÃO

Trata-se de artigo cujo objeto é o estabelecimento das premissas da responsabilização do gestor público quando é causado prejuízo ao erário através da inadimplência por falta de planejamento, a partir da jurisprudência do Tribunal de Contas e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O tema está delimitado espacialmente na Constituição de 1988, a partir da experiência recente, e com enfoque na jurisprudência do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, comparando-os.

O problema regente do trabalho é: em que medida o gestor público deve ser responsabilizado pela inadimplência do ente público, tendo por base a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e o Tribunal de Justiça?

1 – Doutora em Direito. Professora do Programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Chefe do departamento de direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Advogada.

2 – Doutor em Direito. Professor do Programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Procurador Federal.

A hipótese é a de que a melhor interpretação do Direito caminha para a responsabilização do gestor público, muito embora a jurisprudência do tribunal seja vacilante sobre o tema.

Para fins de preenchimento da hipótese, conjugar-se-á uma leitura compreensiva e integrativa da Constituição, combinado com os princípios da efetividade, bom governo e planejamento. Da conjugação destes princípios pretende-se formar uma leitura que entenda que a inexistência de planejamento, com a consequente colocação do ente público na posição de devedor pagando de multas e juros moratórios, implica em improbidade administrativa e crime de responsabilidade.

Justifica-se socialmente o tema diante de uma certa prática de não planejamento da Administração Pública. A Administração Pública passa a dever, paga multas e, assim, gera prejuízo ao erário. Cientificamente o tema justifica-se diante da inexistência de abordagens específicas ligando improbidade e atraso pelo pagamento.

A metodologia será a hipotético-dedutiva, testando-se hipóteses previamente construídas com a melhor interpretação do Direito. Em termos de metodologia de procedimento, será utilizada a pesquisa qualitativa de decisões jurisprudenciais.

Objetiva-se, em um primeiro momento, estabelecer as bases das regras de responsabilidade fiscal das organizações públicas. Estabelecidas estas bases, parte-se para o exame das competências tanto dos Tribunais de Justiça como dos Tribunais de Contas, tendo em vista a improbidade administrativa. Finalmente, em um último momento, tem-se a análise da jurisprudência de ambos os tribunais.

II – EFICIÊNCIA E RESPONSABILIDADE FISCAL

É sabido que no mundo todo o Estado sempre esteve em crise. Estas crises são de diversas ordens, mas tem base na escassez de recursos. A crise de legitimidade envolve dificuldades para o poder político se firmar como tal, a crise política em governabilidade e, finalmente, a crise financeira. Foi uma evolução natural que surgirem complexos doutrinários e normativos tais como o bom governo e o princípio da eficiência (MORAIS, 2002). Este movimento foi plural e esteve representado em diversas vertentes, incluindo o gerencialismo (BRESSER-PEREIRA, 1996). Tudo isto, evidentemente, como forma de realização dos objetivos da Constituição de 1988:

Neste quadro, mais do que novas respostas institucionais; e mais do que reformas jurídicas; torna-se necessária uma verdadeira revolução no plano das mentalidades, condicionada pelo reconhecimento de princípios cuja força normativa, se aceita, não pode ser desconsiderada. Reafirmar as tarefas não cumpridas pela modernidade; lembrar as suas promessas. Eis a nova utopia constitutiva do modelo de Estado social contemporâneo e que guarda correspondência com o sistema constitucional estabelecido (GABARDO, 2018, p. 102).

A responsabilidade no pagamento das dívidas da Administração Pública faz parte do conceito de bom governo. Trata-se de um direito que apareceu na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, estando, contudo, presente na Constituição Brasileira até mesmo antes, pelo menos de modo implícito. Trata-se de direito fundamental voltado cuja titularidade é do cidadão (FREITAS, 2009). Bom governo significa um governo honesto, que toma decisões justas, proporcionais e motivadas. O bom governo possui tanto uma dimensão política como uma dimensão administrativa (FRIEDRICH, LEAL, 2014; RODRIGUEZ-ARANA, 2006). Para fins deste trabalho entenda-se que os limites entre dimensão política e administrativa são de certo modo cinzentos, sendo a decisão de não pagamento pontual uma decisão de certo modo mista, com colorações políticas na perspectiva de conteúdo e administrativa na sua forma (BITENCOURT e RECK, 2018).

A eficiência administrativa implica em diversas dimensões, os quais conformam uma complexa rede de sentidos. Para Gabardo, é possível identificar quatro atributos da eficiência administrativa: racionalização, produtividade, economicidade e celeridade, sendo que, os três últimos, entretanto, decorrem da racionalização. A eficiência e suas expressões afins referem-se a um ideal de racionalização da ação humana “(..) denota-se a racionalização como um processo de busca do modo ótimo ou do melhor modo possível na realização do fim. (...)” (GABARDO, 2017). O conceito de produtividade ser descrito em um sentido equivalente, ou seja, descrita através da relação entre o produto final e os fatores utilizados na produção; mais amplo, quando é consequência da soma entre eficácia (sendo esta efeito da divisão do produto final pelo objetivo/meta) e eficiência”; ou mais restrito que o de eficiência, especialmente quando a produtividade (ou rendimento) é analisada como o próprio produto. Alerta que alguns autores entendem eficiência atrelada a dois conceitos como celeridade, ora como economicidade, o que é absolutamente equivocado. O conceito de eficiência

não pode ser reduzido a economicidade em termos somente de custo/benefício, haja vista que o interesse público requer as vezes que o menor valor não gere os melhores benefícios sob a lógica do interesse público e coletivo (a exemplo do que ocorre nos custos de uma proteção ambiental), da mesma forma que celeridade sob a perspectiva do conceito de “tempo” também não é garantia de eficiência em termos de interesse público.

A Administração Pública no Brasil sempre foi regida por uma ideia de equilíbrio entre receitas e despesas. Trata-se de um princípio basilar, como será visto, e que estrutura o desenho constitucional brasileiro (LEAL, 2007, p. 53). Mesmo na redação original da Constituição tem-se os seguintes dispositivos:

Art. 165 [...]

§ 6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

Além da previsão do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e do Orçamento anual, a Constituição previu que o orçamento anual há de prever o efeito que as isenções, anistias, remissões e despesas irão causar no equilíbrio entre receitas e despesas. Ainda, há de se notar o art. 167 da Constituição Federal:

Art. 167. São vedados:

- I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;
- II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;
- VII - a concessão ou utilização de créditos ilimitados;

Da redação destes artigos é possível notar a existência de uma tentativa de busca de equilíbrio entre receitas e despesas, já que a Constituição impede a assunção de obrigações que excedam os créditos orçamentários. Conectando-se com estes dispositivos já tradicionais, tem-se o princípio da eficiência, adicionado posteriormente na Constituição Federal. A Constituição, é sabido, tenta criar uma nova ordem dentro de um contexto anteriormente inexistente (HESSE, 1991, p. 24). O que há de passado constitucional é precisamente dificuldades financeiras e

ineficiência, razão pela qual se estabeleceu com afincos regras de responsabilidade fiscal.

O § 9º do mesmo artigo remeteu à Lei Complementar o estabelecimento de regras de reponsabilidade fiscal. De certo modo, já existiam normas de responsabilidade fiscal na Lei 4.320. Aliás, esta lei traz já um conceito de controle orçamentário:

Art. 75. O contrôlle da execução orçamentária compreenderá:

I - a legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações;

II - a fidelidade funcional dos agentes da administração, responsáveis por bens e valores públicos;

III - o cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços.

Mas é na Lei Complementar 101 que efetivamente são estabelecidos os princípios de gestão fiscal. A referida lei possui coeficiente de federalidade, isto é, obriga a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal.

A próprio lei possui um conceito de responsabilidade fiscal, a saber:

Art. 1º § 1o A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Isso significa dizer que a responsabilidade na gestão fiscal vai significar um efetivo planejamento no sentido do equilíbrio entre receitas e despesas. O equilíbrio entre receitas e despesas é importante para fins de planejamento e saúde financeira da Administração Pública, assim como, evidentemente, o seu controle (MILESKI, 2011). A responsabilidade fiscal é, evidentemente, um dos mecanismos de atendimento do interesse público. O interesse público pode ser caracterizado como aquele que se contrapõe ao interesse privado (individual -relacionado ao

desejo pessoal e interesse de cada um) pois se constitui no interesse do todo, do que compõe o próprio conjunto social e as opções jurídicas e constitucionais eleitas. Tal conceito para Hachem e Gabardo poderia ser resumido como “(...) aquele resultante da parcela coincidente dos interesses individuais de determinada sociedade, externado pela dimensão coletiva desses interesses e fixado pelo próprio Direito positivo cuja ontologia é constitucional” (GABARDO, HACHEN, 2010. p.157).

O planejamento é uma das diretrizes fundamentais da Administração Pública. Conforme Lígia Casimiro, o administrador que age de acordo com a probidade administrativa, em consonância com a impessoalidade e mesmo eficiência, observa o comando do planejamento na contemporaneidade como a tarefa “que, no exercício de sua função elabora e organiza estratégias de enfrentamento dos problemas sociais, constrói metas e define recursos para, por meio de políticas públicas e prestação de serviços viabilizar e garantir o exercício dos direitos fundamentais”. (CASIMIRO, 2016, p. 67)).

O pagamento pontual das obrigações passa a ser um dos importantes vetores interpretativos da Administração financeira. O atraso das obrigações, além de afetar a fama de bom pagador da Administração Pública, gera prejuízo ao erário. Não pagar pontualmente é, portanto, um causador de danos. Se há danos, é por que há uma ilicitude. De fato, dispõe ainda o art. 73 da Lei de Responsabilidade Fiscal:

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

O pagamento pontual está ligado ao planejamento. Pares e Valle entendem que ‘O Estado que escuta e negocia demanda ferramentas fortes de planejamento e de programação, em que diretrizes, objetivos e resultados se vinculam de forma transparente aos meios de que dispõe o setor público para cumprir suas funções’. Organizar a agenda dos compromissos financeiros do ente público é exercício de gestão pública. (2006, p. 2378).

Há uma clara sistematização da responsabilidade fiscal (ARAÚJO, 2010, p. 248) no ordenamento jurídico, proibindo o atraso no pagamento. Toda e qualquer

ofensa às leis de responsabilidade fiscal são ilicitudes e devem ser punidas tanto como improbidade como também crimes de responsabilidade.

Torres expõe que o controle e acompanhamento do orçamento público sempre foi resultado de uma constante tentativa de controle do Estado a partir do exercício democrático da sociedade, sendo que o tema orçamentário ganha cada vez mais notoriedade e importância, pois guarda justamente o planejamento e controle financeiro do estado, o que é absolutamente essencial para o exercício do interesse público, “ (...) E isso porque, para o orçamento, convergem as mais importantes instituições do Estado e da Constituição, na sua permanente relação com a sociedade, quanto ao financiamento do Estado e a atuação na economia”. (TORRES, 2014, P.342). Não há como não considerar o planejamento e o controle orçamentário como um dever da probidade administrativa e da responsabilidade do gestor público no exercício de sua função, sem falar que também é através dos orçamentos que é possível também “(...) controlar as escolhas democráticas, ante às preferências reveladas no processo eleitoral, no que concerne à realização contínua dos fins do Estado, da efetividade dos direitos e da apuração do cumprimento dos programas dos governantes eleitos pelo voto popular’ (2014, p. 342).

Claro que é necessário que existam órgãos para a fiscalização de tais ilicitudes, razão pela qual será trabalhado o Tribunal de Contas e o Tribunal de Justiça a seguir. Objetiva-se verificar qual a postura do órgão de controle de contas e do órgão jurisdicional em relação a responsabilidade do gestor, apontando possíveis diálogos e divergências nas decisões do Tribunal de Justiça e nos apontamentos do Tribunal de Contas.

III – DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE CONTAS E A POSSÍVEL RESPONSABILIZAÇÃO DO GESTOR

A competência é um poder-dever para tomar uma decisão sobre algo. A competência estreita o campo das decisões possíveis e, ao mesmo tempo, liga a decisão ao órgão, legitimando ambos (RECK, 2013, p. 276).

A competência evita que determinado órgão tenha de decidir sobre tudo. Permite que os órgãos se especializem, e com isto diminuindo os excedentes de informação. A competência conecta a decisão à especialização do órgão. É, assim,

um elemento de justificação da decisão. A competência seleciona as possibilidades de decisão e ao mesmo tempo as limita.

Os Tribunais de contas não exercem função jurisdicional, conforme Brito (2002), mas realizam um julgamento administrativo com um caráter especial, tanto sob o prisma técnico, como sob o prisma constitucional.

O Tribunal de Contas é um órgão autônomo de extração constitucional. Suas decisões, se bem que guardam certas peculiaridades, ainda são decisões administrativas. Sua competência está prevista no art. 70 da Constituição Federal. Senão observe-se as distinções lá utilizadas:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

O Tribunal de Contas exerce controle tanto concomitante como posterior ao ato. Trata-se de controle externo (FERRAZ, 1999, p. 95). Quando a Constituição estabelece que a legalidade será uma das dimensões a ser protegida, estabeleceu, obviamente, a legalidade em sentido amplo (FERNANDES, 2016, p. 35). A legalidade em sentido amplo significa o pagamento pontual das obrigações públicas. Pagar pontualmente, portanto, significa adimplir pontualmente e, deste modo, evitar as obrigações decorrentes de multas. O Tribunal de Contas poderá sancionar, assim, diante das irregularidades, o agente público que causa atraso.

O Tribunal de Contas irá elaborar um parecer, o qual será aprovado ou reprovado pelo órgão legislativo respectivo, nos termos do art. 71 da Constituição Federal. São as chamadas contas de governo.

O Tribunal de Contas também irá apreciar as contas de gestão, isto é, as contas do ordenador de despesa. Ao apreciar as contas do ordenador de despesa, fará a apreciação da legalidade do ato. Como o pagamento em dia, sem atraso, é um elemento da legalidade, logo estará sujeito o gestor em atraso a sanções. Tradicionalmente o Tribunal de Contas poderia aplicar as penas de ressarcimento, apontamento e multa (RE 132.747).

Quando um gestor deixa de pagar pontualmente as suas obrigações, tem-se uma conduta que se amolda a diversos tipos no ordenamento jurídico, gerando diferentes responsabilidades.

Em caso de conduta do ordenador de despesa que atrasa pagamento, há prejuízo para a Administração Pública. Em existindo prejuízo para a Administração Pública, tem-se, assim, a necessidade da imputação de débito, correspondente, precisamente, ao prejuízo causado. Há, ainda, a aplicação de multa pelo erro cometido.

Entretanto, o STF no RE 132.747 decidiu que somente o Poder Legislativo pode punir o Executivo, razão pela qual existiu esvaziamento do papel do TCE. Há diversas tentativas de modificação deste entendimento, contudo.

Os crimes de responsabilidade são tradicionalmente entendidos como crimes de caráter eminentemente político, no sentido de que se trata mais de um juízo político que um juízo jurídico. Tal foi reforçado pelo STF na Medida Cautelar da ADIN 5.498, onde foi reforçado que o Poder Judiciário fará um exame das formalidades do processo, não do conteúdo. Há um distinto regime jurídico, contudo, para os prefeitos e para as demais autoridades. Enquanto que Presidente e Governadores tem seus crimes de responsabilidade regidos pela Lei 1.079, os Prefeitos tem sua regulamentação no Decreto-Lei 201. Este diploma normativo é dividido em duas partes, a saber, crimes de responsabilidade que são julgados pela Câmara de Vereadores e crimes de responsabilidade que são julgados pelo Poder Judiciário. Os crimes de responsabilidade a serem julgados pela Câmara de Vereadores possuem caráter mais discricionário, e punem o Prefeito com a perda do cargo. Já os crimes de responsabilidade com julgamento pelo Poder Judiciário preveem penas privativas de liberdade, algumas inclusive com bastante relevo.

Há a possível presença do crime de responsabilidade previsto no art. 1º do Decreto Lei 201.

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: [...]

III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas; [...]

XII - Antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário;

É claro que depende das circunstâncias que ocorreram o atraso. Entretanto, há diversas possibilidades de tipicidade legal:

1. o administrador público simplesmente deixa atrasar e causa mora por desleixo. O administrador público simplesmente deixaria de providenciar o

pagamento das obrigações do ente público e, assim, causaria a sua mora, com o consequente prejuízo.

2. o administrador gera prejuízo por falta de planejamento. Neste caso, o administrador gera prejuízo à Administração Pública por faltar com planejamento básico, tais como o equilíbrio entre receitas e despesas. Há que ressaltar, como é visto mais abaixo, que uma linha de defesa muito comum é a ausência

3. o administrador público prioriza outra despesa e causa mora, por outro lado.

Neste tipo de situação, o administrador público pretende inovar, gerando novas despesas não previstas e, com isto, causando a inadimplência da Administração Pública.

Note-se que tais crimes são punidos com detenção de três meses a três anos.

O crime de responsabilidade, como crime que é, será processado perante o Tribunal de Justiça, já que o art. 29, X, da Constituição, estabelece a prerrogativa de função para os prefeitos.

Já em termos de improbidade administrativa, tem-se uma responsabilidade diferenciada da penal. Muito embora se tenha debatido a natureza penal ou administrativo especial da lei de improbidade administrativa, atualmente a posição predominante é a de que se trata de uma responsabilidade civil-administrativa, e não penal.

A Constituição estabeleceu a probidade administrativa como um dos valores fundamentais, nos termos de seu “§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. A Constituição definiu a sanção, mas não explicitou nem atos de improbidade e tampouco as características da improbidade. Os atos de improbidade administrativa, para se configurarem como tal, estão sempre conectados aos outros princípios da Administração Pública, como a legalidade, a moralidade e a publicidade (FERNANDES, 1997).

Nos termos deste trabalho, a eficiência nos pagamentos também seria um princípio, se não com conteúdo próprio mas pelo menos fazendo parte da eficiência administrativa. A Lei de improbidade administrativa prevê três tipos de improbidade, sendo que se trata de punir agentes por incompetência, mas sim por uma verdade intenção de improbidade (LEAL, 2013b).

A lei de improbidade administrativa, Lei 8.429, visa repreender condutas danosas ao erário, tipifica as condutas aqui descritas tanto no art. 10 como no art. 11, a saber:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

O não pagamento pontual e deliberado das obrigações do Município implica em improbidade administrativa, uma vez que enseja perda patrimonial do ente público. A conduta se amolda ao inciso XI, já que o pagamento com atraso é um pagamento irregular. Como o próprio art. estabelece, a conduta pode ser culposa, amoldando-se ao conceito de falta de planejamento.

Ainda, o art. 11 também prevê a conduta danosa:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

Há claramente a violação dos princípios estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal, os quais são, evidentemente, princípios da Administração Pública, já que a legalidade é atingida.

Há ainda mais dois tipos de consequências pelo atraso, além dos adicionais decorrentes da mora. Estas consequências são mais voltadas ao ente que ao agente, mas denotam a presença de prejuízo para a Administração Pública, a saber, a inscrição do ente público em cadastros de inadimplentes e a possibilidade de intervenção estadual nos municipais, nos termos do art. 35, III, da Constituição Federal.

IV – JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Este capítulo visa analisar a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça sobre o tema da responsabilização da inadimplência.

Há muitas decisões do Tribunal de Contas imputando responsabilidade pela inadimplência do administrador público.

Utilizando-se os termos “inadimplência e planejamento” no sistema de buscas do Tribunal de Contas obteve-se 157 decisões na jurisprudência do TCE³. Na maior parte delas, o termo inadimplemento se referia a obrigações de terceiros para com o ente público, razão pela qual são excluídos da pesquisa. Melhor sorte foi obtida através do uso dos termos “inadimplência” e “não pagamento”, com 177 resultados. Apesar de ainda a maior parte da pesquisa encontrar não pagamento de fornecedores à Administração Pública, e não o contrário, o volume de decisões encontradas foi maior, mas não o suficiente para a formação de uma pesquisa por amostragem. O presente trabalho teve de se resumir, assim, a um exame qualitativo das decisões.

Dada a tipicidade em abstrato, e a imputação, mesmo que apenas para fins somente científicos, não serão identificados os casos aqui narrados.

O primeiro processo versa sobre uma situação inadimplência de contribuições patronais como das advindas de retenção dos salários dos servidores e, finalmente, com o Fundo de Aposentadoria e Pensão do Servidor – FAPS.

Os recursos que deveriam ter sido dirigidos ao financiamento da aposentadoria dos servidores foram direcionados a outras despesas. Há, aqui, clara incidência do Art. 10, caput, da Lei 8429/92, já que há a presença de prejuízo ao erário por falta de planejamento. Incide, também, o disposto no Decreto-Lei 201/67, Art. 1º “ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou”.

Vê-se que se trata de conduta grave, que dá oportunidade para diversos tipos de responsabilização, tanto pelo Judiciário estadual de primeiro grau como pelo Tribunal de Justiça.

Em outra situação, também comum, há o não o repasse devido aos regimes próprios de previdência. O ente público tem instituído regime próprio para a aposentadoria de seus servidores mas não realiza os devidos repasses, prejudicando a saúde financeira do Município.

O Município alega que tanto o fundo de participação municipal advindo dos Estados como da União atrasam seus repasses, sendo que este argumento comove o tribunal. Pode-se generalizar, assim, que os casos de inadimplência do Município

3 – As técnicas de busca da jurisprudência estão devidamente descritas neste livro, conforme RECK e MULLR.

envolvem o não repasse de recursos aos regimes próprios. Os regimes próprios são os primeiros a sofrer quando a crise financeira se abala por sobre os Municípios. Os argumentos de defesa envolvem, por outro lado, a transferência de culpa aos atrasos nos repasses dos Estados e Municípios.

Há tipicidade tanto em termos de improbidade administrativa como em crimes de responsabilidade. O Tribunal de Contas se comove, contudo, com o argumento do atraso.

No que toca ao Tribunal de Justiça, foram utilizadas no sistema de busca do Tribunal os termos “inadimplência da Administração pública e responsabilidade”, onde apareceram 24 resultados. Entretanto, de todos os 24 resultados, nenhum deles indicava julgamento específico sobre a responsabilização do gestor em caso de inadimplência do ente público.

Ainda, utilizando-se os termos “improbidade administrativa e inadimplência”, tem-se 3 resultados, sendo que nenhum deles indica a responsabilização do gestor público. Os termos “crimes de responsabilidade” e “atraso no pagamento” não indicam resultado. Já utilizando os termos “improbidade” e “atraso de pagamento”, já há o aparecimento de 12 resultados, sendo que a maior parte excluídos por não amoldarem ao atraso do poder público. Desta última pesquisa serão comentadas decisões abaixo. Ainda, a partir da reprodução do inciso XII do art. 1º do Decreto-lei 201 “Antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário;” apareceram 4 decisões, relacionados com o objeto do artigo, e que serão tratados abaixo.

Novamente, o caso se refere ao inadimplemento de obrigações trabalhistas. Ver, para tanto, a emenda:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. [...] ENCARGOS SOCIAIS. INADIMPLEMENTO. CRÉDITOS. COBRANÇA. ATRASO. MÁ GESTÃO. O inadimplemento de obrigações legais (FTGS, contribuição previdenciária, PIS e outras) decorrentes de dificuldades financeiras na gestão de empresa estatal - sociedade de economia mista - não configura ato de improbidade administrativa. A falta de pagamento somente se convola em ato de improbidade administrativa em caso de má-fé ou incúria do dirigente na gestão da entidade. É ônus de o autor provar que o atraso no pagamento das obrigações decorreu de gestão ruinosa do diretor da empresa. Igualmente, qualificar a demora na cobrança de créditos oriundos da

devolução de cheque sem fundos como ato de improbidade administrativa depende da prova da má-fé do administrador. Ausência, no caso, ainda, de provas de que tenha havido gestão temerária a atrair a responsabilidade por improbidade administrativa. Hipótese em que o tomador dos serviços da empresa era o próprio Município, sócio majoritário da entidade, que prestava serviços de limpeza pública e coleta de lixo, e não há notícia de que os serviços não foram prestados ou prestados precariamente na gestão do réu. Recursos desprovidos

Note-se que não existiu responsabilização, já que foi adotada a teoria clássica da ausência de dolo ou culpa grave. Quando não há dolo ou culpa grave não há responsabilização administrativa.

Em outro interessante caso, prefeito atrasou o pagamento de energia elétrica precisamente em época de eleições. Este atraso no pagamento de energia elétrica gerou multas para a administração pública, e, assim, prejuízo para a Administração Pública:

Ementa: DANO. RESSARCIMENTO. PREFEITO. ENERGIA ELÉTRICA. PAGAMENTO. ATRASO. ENCARGOS. PERÍODO ELEITORAL. DOAÇÕES. RECURSOS PÚBLICOS. 1. Não é de se conhecer do recurso na parte em que pede o ressarcimento de valores que não foram objeto da petição inicial. 2. É cabível o ajuizamento de ação civil pública para condenar agente público ao ressarcimento dos danos causados ao erário por dolo ou culpa. O pedido de ressarcimento de danos causados ao erário municipal por ex-Prefeito não está restrito ao ajuizamento de ação de improbidade administrativa. Precedentes do STJ. 3. O Prefeito candidato à reeleição que, no período vedado pela legislação eleitoral, distribui gratuitamente casas e materiais de construção com recursos públicos, responde pelos encargos de mora resultantes do atraso no pagamento das tarifas mensais pelo consumo de energia elétrica nos próprios municipais. Fatos que excluem a alegada insuficiência de recursos para pagar as despesas. Recurso conhecido, em parte, e, na parte conhecida, provido.(Apelação Cível, Nº 70024656787, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em: 28-08-2008)

Em outro caso, o atraso do desconto sindical não levava à improbidade:

Ementa: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI Nº 8.429/92. ATRASO. TRANSFERÊNCIA. SINDICATO. SERVIDORES. VENCIMENTOS. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS. APLICABILIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. ATOS DE ADMINISTRAÇÃO. 1. A Lei nº 8.429/92 aplica-se aos Prefeitos e Vice-Prefeitos que tenham participado da prática de atos de improbidade no exercício da função administrativa. Há de alcançar, todavia, apenas a conduta ímproba própria na prática de atos de administração e de uso de recursos públicos. 2. O atraso na transferência dos vencimentos descontados dos servidores públicos ao respectivo Sindicato para pagamento de terceiros conveniados com a entidade sindical (estabelecimentos comerciais) não configura ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92. Hipótese em que a demora resultou das dificuldades financeiras do ente público, não havendo prova da intenção do agente público encarregado de prejudicar a entidade sindical nem de desonestidade no trato da coisa pública. Recurso provido.(Apelação Cível, Nº 70028982155, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em: 16-04-2009). Assunto: Direito Público. Ato de Improbidade administrativa.

No que toca aos crimes de responsabilidade, o Tribunal de Justiça tem absolvido autoridades que eventualmente atrasem pagamentos:

Ementa: LEI 8.038/90. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DECRETO-LEI Nº 201/67, ART. 1º, INCISO XII. ANTECIPAR OU INVERTER A ORDEM DE PAGAMENTO A CREDITORES DO MUNICÍPIO, SEM VANTAGEM PARA O ERÁRIO. O expediente deve ser arquivado, pois não se demonstrou que o Prefeito Municipal tenha agido com dolo ao tardar no adimplemento das obrigações com os fornecedores. Promoção do Ministério Público pelo arquivamento, por ausência de dolo. ARQUIVAMENTO DEFERIDO.

Ementa: PROCESSO-CRIME. PREFEITO MUNICIPAL. ART. 1º, INCISO XII DO DECRETO-LEI 201/67. Antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário.

Dúvida sobre a existência de dolo. Apelo improvido. Unânime.(Apelação Crime, Nº 70052745809, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em: 21-03-2013). Assunto: Direito Criminal. Prefeito Municipal. DLF-201 de 1967 art-1 inc-XII. Inversão da ordem cronológica de pagamento a credores do Município sem vantagem para o erário. Dúvida. Dolo. Existência. Absolvição. CPP-386 inc-VII. Aplicação.

Há que ressaltar, ao cabo, que não há correspondência entre as autoridades julgadas pelo Tribunal de Contas e o Tribunal de Justiça. Assim, pode-se concluir que não existiu comunicação entre o Tribunal de Contas e o Ministério Público. E, mesmo que houvesse, o Tribunal de Justiça não considera a má-gestão como improbidade e crime de responsabilidade.

Tem-se, assim, como conclusão parcial e inicial, a de que efetivamente não há fluxo comunicativo entre o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e o Tribunal de Justiça. Como não existem decisões do tribunal, a conclusão forçosa é a de que os membros do Ministério Público não estão ajuizando as ações respectivas de responsabilização.

Há de ser trabalhado, entre os membros do Ministério Público, a valorização do princípio do planejamento orçamentário, combinado com uma melhor comunicação e informação, para fins de geração de denúncias.

V – CONCLUSÃO

O presente artigo visava estabelecer, em um primeiro momento, se a falta de planejamento por parte do gestor público implicava em improbidade administrativa e em crime de responsabilidade. Para tanto, seria necessário para fazer uma leitura conjunta destas normas a partir tanto da eficiência como do planejamento, sendo estes princípios do Estado Democrático de Direito, do bom governo e do próprio Direito Financeiro.

A partir da leitura conjunta destes elementos, foi possível constatar que há sim tanto a presença da improbidade administrativa como do crime de responsabilidade, já que as condutas de não planejamento se amoldam aos respectivos tipos.

É possível notar que há pouca jurisprudência tanto do Tribunal de Contas como do Tribunal de Justiça. As decisões existentes, por outro lado, ainda não

fixaram uma linha ideológica coerente sobre a respectiva responsabilização, muito embora tendam para a não responsabilização no caso dos crimes de responsabilidade como no caso dos crimes de improbidade, dada a ausência de dolo de corrupção. Poder-se-ia criticar tal posição, uma vez que existiria um dolo de atrasar o pagamento e isto seria suficiente para caracterizar a improbidade. Já o Tribunal de Contas tende a emitir parecer pela rejeição das contas e pelo apontamento quando há atraso, principalmente quando se trata de prática reiterada, existindo punição.

Não foi possível concluir, contudo, que existiu comunicação entre as decisões do tribunal de contas e do tribunal de justiça.

VI – REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Julio Cesar Manhães. *Controle da Atividade Administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988*. Curitiba : Juruá, 2010.

BITENCOURT. Caroline Müller. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013

BRITO, Carlos Ayres. *O regime constitucional dos Tribunais de Contas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2002.

CASIMIRO, Ligia Maria Silvia Melo. *Administração Pública e Planejamento No Estado Brasileiro: Qual a Contribuição a ser feita pelo Direito Administrativo?* In: Revista Jurídica. vol. 04, n°. 45, Curitiba, 2016.

FERNANDES, Flávio Sátiro. *Improbidade Administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio Janeiro, n. 2, p. 171-181, out./dez., 1997. FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: mandamentos, 1999.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e direito fundamental à boa administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. *Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação*. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, n. 1, p. 65-84, abr./jun. 1996.

FRIEDRICH, D.B.; LEAL, R.G. *Fundamentos interlocutivos da boa administração público: algumas reflexões*. In: XXIII encontro nacional CONPEDI/

UFSC, 2014, Florianópolis. (RE) pensando o direito. Desafios para a construção de novos paradigmas, 2014. p. 472-489.

GABARDO, Emerson. *Princípio da eficiência*, O. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia,-o>

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. Os bens jurídicos tutelados na Lei de Improbidade Administrativa e o dever de correspondência dos agentes públicos em face das responsabilidades jurídicas consectárias. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 53, p. 75-103, jul./set., 2013b.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

RECK, Janriê Rodrigues. *Resgate do direito administrativo: extensão das obrigações de moralidade administrativa ao direito privado*. In: BITENCOURT, C.M.; _____. Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do direito administrativo no Brasil. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018. p. 21- 31

DELIMITAÇÃO DA POSTURA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL FRENTE ÀS IRREGULARIDADES APONTADAS: ANÁLISE ACERCA DA COERCIBILIDADE DAS SUAS DECISÕES E A CAPACIDADE DE INDUÇÃO DE BOAS PRÁTICAS DE GESTÃO

Caroline Andressa Rech¹

Rogério Gesta Leal²

I – INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição de 1988 simbolizou a fixação de uma série de metas e objetivos a serem alcançados pelo Estado através de suas ações, os quais visam garantir, em última instância, a vida digna de seus cidadãos, consubstanciadas sobretudo na forma de direitos fundamentais de cunho individual, social ou transindividual. Muito mais do que mera previsão normativa, sua materialização é requisito basilar do Estado Democrático de Direito e dever daqueles que agem em seu nome, gerando um ônus ao poder público, tornando premente a sua estruturação para que implemente medidas que permitam a fruição de tais direitos aos seus cidadãos. Neste sentido, tanto os direitos de natureza positiva, isto é, que se concretizam com uma prestação por parte do Estado, quanto os de natureza

1 – Acadêmica do 8º semestre do curso de Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul, bolsista de iniciação científica FAPERGS/PROBIC. Contato: ca.rech@hotmail.com

2 – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Docente do Departamento de Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul, contato: gestaleal@gmail.com

negativa, que exigem uma abstenção, demandam ações planejadas e estratégicas, bem como a alocação de recursos financeiros e materiais para a sua concretização.

Entretanto, a descentralização traz consigo a necessidade de mecanismos de controle capazes de verificar a conformidade do exercício da Administração Pública, enquanto gestão dos interesses da coletividade, para com as normas constitucionais, princípios da administração e ao ordenamento jurídico como um todo, sobretudo em nome da manutenção da finalidade pública das ações e gastos.

Neste sentido, pergunta-se: à luz das decisões prolatadas pelo Tribunal de contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCERS), as quais julgaram irregulares as contas de gestão, sua postura é de mero sancionador ou há dinamismo na aplicação da norma, induzindo o gestor a boas práticas e correção das irregularidades?

Com o presente estudo, objetiva-se, a partir da análise das decisões do TCERS em matéria de contas de gestão municipais dos Poderes Executivo e Legislativo, tecer um panorama e: I) determinar quais são as irregularidades mais recorrentes flagradas pelo órgão, e quais os dispositivos legais violados; II) julgadas irregulares as contas, apontar qual é a medida adotada pelo órgão; III) analisar se houve postura ativa do Tribunal em propor soluções às irregularidades ou se apenas impôs sanções já previstas em lei.

Para tanto, a pesquisa está assentada no método de abordagem indutivo, partindo da análise de um rol de decisões proferidas pelo TCERS, de modo a determinar se o seu papel como órgão de controle externo é passivo-sancionador ou se possui postura ativa e dinâmica, propondo soluções para as irregularidades apontadas, à luz do caso concreto. No mesmo sentido, a técnica de pesquisa adotada foi a bibliográfica, por meio de livros, artigos, revistas e dispositivos legais para tecer um panorama teórico acerca do controle externo e competências do órgão de contas, mas também exploratória, em função da análise de um conjunto de decisões coletadas.

Ainda quanto à metodologia adotada, o método de procedimento possui três etapas distintas da pesquisa. Na primeira etapa, a partir da análise do texto constitucional, do ordenamento jurídico e da doutrina, teceu-se um panorama de atuação do Tribunal de Contas à nível municipal, explicitando os fatores que tornam premente o exercício do controle da administração, seus diversos mecanismos, a competência do referido órgão e como se dá o exercício de suas atribuições.

Na segunda etapa, foi realizada a análise quantitativa das decisões coletadas no sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul da seguinte forma: foi acessado o endereço eletrônico *<<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/inicial>>*, no canto superior direito da sua página inicial foi selecionada

a opção “*Consultas*”, e dentro do rol de opções decorrentes foi selecionado o item “*Contas Julgadas Irregulares e Pareceres Prévios Desfavoráveis*”. Deste modo, ocorreu o encaminhamento a um menu onde foi possível realizar a busca de decisões através de filtros, e para tanto, no campo “*ações*”, localizada na barra de pesquisa, foi selecionada a opção “*filtro*”, a qual abriu um novo menu para aplicação de novos filtros, sendo selecionados os seguintes: no quesito “*esfera*” aplicou-se “=*Municipal*”, pois o presente estudo restringiu sua análise ao referido ente; no quesito “*natureza decisão*” aplicou-se “=*Contas Irregulares*”, visto que a análise objetiva verificar os ilícitos recorrentes em contas de gestão julgadas irregulares; no quesito “*trânsito em julgado TCE-RS*” foi aplicado, primeiramente “>= 25/08/2017” e, posteriormente “<= 25/08/2018”, visto que o período de análise se restringiu a decisões proferidas em 1 ano. Assim, foram obtidas 50 decisões, das quais foram excluídas 20, visto que não se referiam a julgamento de contas de gestão de Poderes do Estado, mas sim de pessoas jurídicas públicas e entidades da administração indireta, remanescendo 30 decisões proferidas contra os gestores das cidades de: Machadinho (2013), Cerro Grande (2016), Barra Funda (2014), Tramandaí (2012), Gramado dos Loureiros (2015), Agudo (2012), Charqueadas (2015), São Leopoldo (2015), Ubiretama (2014), Ubiretama (2013), Dom Feliciano (2013), Encantado (2010), Coxilha (2012), Santa Vitória do Palmar (2013), Porto Lucena (2015), Triunfo (2011), Alvorada (2012), Rio Pardo (2012), Triunfo (2013), Paraí (2012), Porto Lucena (2015), Sagrada Família (2015), Rosário do Sul (2014), Cerro Branco (2014), Jaboticaba (2014), Capão da Canoa (2015), Rolante (2012), Chuí (2015), Carazinho (2014) e São Gabriel (2014).

Na terceira etapa, coletadas as 30 decisões, passou-se à sua análise qualitativa e individual, verificando quais foram as irregularidades apontadas em cada uma delas e quais dispositivos legais violados. Após finalizar tal descrição, foram elaboradas duas tabelas de resultados que listavam, uma em ordem crescente as irregularidades mais recorrentes, e outra as sanções aplicadas, bem como as respectivas taxas de incidência, as quais serviram de base para as conclusões obtidas.

Assim, o presente estudo se estrutura em mais cinco capítulos seguintes: o segundo trata da organização do Estado como meio de exercício descentralizado da atividade administrativa, esmiuçando a relação entre os mecanismos de limite e distribuição do poder estatal através do Pacto Federativo e Separação dos Poderes para com o exercício da Administração Pública a nível municipal; o terceiro trata da natureza da atividade de gestão do interesse público e a obrigação de prestar contas, bem como o exercício do controle externo e interno da Administração; o quarto trata da competência constitucional, estadual e regimental do TCERS para

exercício do controle externo dos entes municipais, bem como o procedimento para sua execução; o quinto trata da análise das decisões coletadas, elencando as irregularidades mais recorrentes e as medidas adotadas pelo órgão de contas ao julgar irregulares as contas de gestão; por fim, o sexto descreve os resultados da pesquisa e tece as considerações finais.

II – A ORGANIZAÇÃO DO PODER ESTATAL COMO MEIO DE GARANTIR O EXERCÍCIO DESCENTRALIZADO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA:

A premência de ações planejadas e estratégicas, e a consequente alocação recursos financeiros e materiais a nível local para a concretização dos direitos fundamentais e metas constitucionais impôs a necessidade da descentralização do poder estatal. Com este objetivo, o texto constitucional estruturou o Estado através de dois mecanismos que limitam e redistribuem o poder: um de cunho eminentemente geográfico e outro de cunho funcional.

A estruturação geográfica do poder estatal se desenvolveu através da adoção do Sistema Federativo, o qual foi responsável por ampliar consideravelmente a autonomia dos entes que o compõe, sobretudo dos Municípios, consoante o artigo 1º do texto constitucional. Trata-se de uma técnica de distribuição de poder através da fixação de competências expressas à cada um dos entes federativos, de forma a gerar sua ação descentralizada, mas sistêmica.

Tal modelo é pautado em três critérios centrais, conforme preleciona o art. 18 da Constituição: autonomia política, financeira e administrativa dos seus entes. Neste sentido, consoante Bulos³, além de fomentar a autonomia política dos entes que compõe o sistema federativo, conferiu-lhes também a capacidade de autogoverno, autoadministração e auto-organização. A capacidade de autogoverno se refere à possibilidade de eleger representantes nos Poderes Executivo e Legislativo de cada um dos três níveis federativos. A capacidade de autoadministração confere a cada ente o poder de gestão dos seus interesses na sua órbita de atuação, de forma que nele possa realizar as próprias escolhas orçamentárias, a sua execução, aplicação local de verbas públicas, bem como prestar serviços. Já a capacidade de

3 – BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 932-933.

auto-organização reflete a autonomia normativa, podendo criar normas válidas em seu território aos seus cidadãos, sempre observando as normas gerais, emanadas do ente federal e válidas em todo seu território, e ao texto constitucional.

Criou-se assim uma pluralidade de esferas políticas no território de um único Estado, o que, segundo Justen Filho⁴, permitiu uma limitação de poder através da redução de competências do ente federal e sua redistribuição em nível estadual e municipal, de forma que não exista hierarquia entre eles. Corroboram com este entendimento Alexandrino e Paulo⁵, segundo os quais a relação entre os entes federativos não é de subordinação, mas sim de cooperação e coordenação, tendo em vista a autonomia política, econômica e administrativa de cada um deles, o que consolidou “administrações públicas autônomas” nas três esferas da Federação.

Logo, por se consolidar como mecanismo limitador de poder e, ao mesmo tempo, como fonte de autonomia dos entes federativos, o âmbito de cada um deles deve ser bem delineado. Suas competências e, por consequência, suas ações devem ser pautadas no que Silva⁶ denominou de critério de preponderância de interesses e, neste sentido, preleciona Justen Filho⁷:

Em princípio, o critério de discriminação de competências se relaciona com o interesse de cada ente federativo. [...] Por isso, cada entidade federativa é titular do poder de auto-organização. A autonomia subjetiva de cada ente federativo acarreta a titularidade de bens e interesses, tal como previsto constitucionalmente. A gestão do seu próprio patrimônio e o atendimento dos interesses diretamente a tanto referidos é, em princípio, de titularidade de cada ente federativo. Poder-se-ia aludir, a esse propósito, a um critério de pertinência espacial. Esse critério significa que a competência federativa é influenciada pela pertinência geográfica do interesse.

Tal segmentação do poder tem como objetivo proporcionar a ação descentralizada e harmônica dos entes à luz das necessidades locais de cada um

4 – JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 76-81.

5 – ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, p. 14.

6 – SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 478.

7 – JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 81.

deles, sendo investidos de poderes para a consecução das demandas inerentes à sua esfera. Assim, busca evitar a sobreposição de esforços e garantir a concretização do interesse público de forma mais eficaz, sem perder de vista as peculiaridades de cada ente que exigem ações que lhe são específicas.

Quanto ao mecanismo de limitação do poder de cunho funcional, tem-se que além de segmentado em três níveis federativos autônomos, o Estado é integrado por Poderes, os quais visam simultaneamente o exercício especializado das funções estatais, bem como impedir a concentração do poder nas mãos de uma única pessoa ou órgão. Para grande parte da doutrina, este modelo não é pautado em uma divisão rígida das funções à cada um dos Poderes, tendo em vista que cada um deles exerce uma função predominante, denominada típica, e outras suplementares, denominadas atípicas. Tal flexibilização foi incorporada pela Constituição de 1988, e, neste sentido, concluem Alexandrino e Paulo⁸:

Assim, tanto o Judiciário quanto o Legislativo desempenham, além de suas funções próprias ou típicas (jurisdicional e legislativa, respectivamente), funções atípicas administrativas, quando, por exemplo, exercem a gestão de seus bens, pessoal e serviços. [...] O desempenho dessas funções administrativas, seja qual for o poder que as esteja exercendo, deverá sempre observar as normas e princípios pertinentes ao direito administrativo.

Desse modo, não se fala em uma separação absoluta do poder em três órgãos fixos, mas sim no princípio da segregação de funções, que importa na outorga de atividades precípua à órgãos que, apesar de sua natureza independente, possuem ação harmônica e coordenada. Por este motivo, segundo Meirelles⁹, a interação entre eles é essencial para a eficiência do sistema de controle do poder conhecido como Freios e Contrapesos, que objetiva verificação de um pelo outro quanto a observância dos deveres que lhes são outorgados, suas competências constitucionais e das normas jurídicas.

Logo, partindo-se do pressuposto de que as ações públicas que objetivam a concretização das competências e metas traçadas no plano constitucional se

8 – ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, p. 15-16.

9 – MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 201, p. 62.

desenvolvem, de modo geográfico, através da organização do poder estatal nos três níveis federativos autônomos, bem como de modo funcional através da outorga de funções específicas aos Poderes do Estado, é correto afirmar que a Administração Pública está presente nos três níveis e nos três Poderes. Esta, bem como o exercício da função administrativa que a caracteriza, são outorgadas de forma típica ao Poder Executivo, mas não lhe são exclusivas. Significa dizer que ambas são exercidas inclusive Judiciário e pelo Legislativo, de forma atípica, tanto a nível federal, estadual quanto municipal.

Nesta senda, preleciona Bulos¹⁰ que, materialmente, Administração Pública consiste no “conjunto de atividades concretas do Estado, exercidas de forma imediata para atender as necessidades e interesses do povo”. Sendo tal natureza dos interesses que fundamentam o agir público, deve-se ter em mente que o administrador não é seu titular, tampouco o é a Administração, e por este motivo atuam como meros gestores da coisa pública, assim entendida como direitos, bens e valores, não podendo dela dispor.

Por este motivo, em função de sua natureza de gestores dos interesses alheios, todas suas ações devem ser orientadas pelos princípios da Administração Pública e pelas normas jurídicas, pois conforme aduz Lima (2007)¹¹, em relação à atividade administrativa pressupõe-se a “preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria”, ficando seu exercício a ela adstrito, em função deste ser o seu sustentáculo.

II – OS MECANISMOS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO COMO MEIO DE VERIFICAÇÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DE ACORDO COM O INTERESSE PÚBLICO E O ORDENAMENTO JURÍDICO

Neste cenário, tem-se clara a possibilidade do exercício da função administrativa por todos os Poderes do Estado em seus três níveis federativos, tendo em todos eles a característica comum de atuarem como meros gestores do interesse

10 – BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1001.

11 – LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 39-40.

coletivo, não podendo dele dispor em função de não ser seu titular. Sempre que dele o administrador se desviar, seja pela busca de finalidade diversa da prevista em lei, pela renúncia a direitos e deveres legalmente impostos ou inobservância das normas balizadores, seu ato será ilícito, em vista do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Logicamente, os gestores da coisa pública devem agir com zelo, máxima transparência e obediência aos princípios da administração, sobretudo em função do caráter de *múnus público* da atividade que exercem. Por conseguinte, tem-se como indissociável do exercício da função pública o dever de prestar contas quanto à aplicação de verbas, uso de bens e atos administrativos em geral, de forma que os titulares do interesse, quais sejam, os cidadãos, possam verificar se esta está sendo executada da forma mais adequada e eficaz.

Tal dever encontra-se cristalizado no art. 70, parágrafo único da Constituição, segundo o qual prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. Inclusive há previsão infraconstitucional através do art. 11, inciso VI, da Lei 8429/92, da configuração como ato de improbidade administrativa a conduta do gestor que se opõe a prestar contas quando obrigado a fazê-lo, bem como previsão do art. 1º, incisos VI e VII do Decreto-Lei 201/67, de crime de responsabilidade do prefeito ou vereador que deixar de fazê-lo.

Concomitantemente, prevê o texto constitucional uma série de mecanismos de controle da Administração Pública, que visam garantir a adequada gestão dos interesses coletivos e a observância do ordenamento jurídico. Prelecionam Alexandrino e Paulo¹² que controle administrativo viabiliza ao próprio Poder que exerce a função administrativa, aos Poderes exógenos ou ainda aos cidadãos, diretamente ou através de órgãos especializados, a capacidade de fiscalizar a atuação administrativa quanto à legitimidade dos seus atos, a conduta dos seus agentes e a observância do direito dos administrados.

Para o recorte proposto pelo presente estudo, tecer-se-á a diferenciação entre as duas modalidades de controle pertinentes: o controle interno e o controle externo.

O controle interno da atividade administrativa é realizado pelo próprio Poder que a executa, seja ele o Executivo, Judiciário ou Legislativo, em relação

12 – ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, p. 812-813.

aos seus próprios atos, configurando-se como mecanismo de auto verificação. Tal modalidade encontra previsão nos artigos 31, 70 e 74 da Constituição, e tem como escopo a avaliação da execução das leis e planos orçamentários, a análise de resultados da gestão quanto à eficácia e eficiência, em matéria financeira, patrimonial e das ações implementadas e apoio ao controle externo. Ademais, em tomando conhecimento de irregularidades ou ilegalidades no exercício de suas funções, os responsáveis pelo controle interno deverão dar ciência ao Tribunal de Contas competente, sob pena de responderem solidariamente, consoante art. 74, §1º do Constituição.

O controle externo, por sua vez, tem como fundamento o já referido Sistema de Freios e Contrapesos, sendo realizado por Poderes ou órgãos diversos do fiscalizado. As três modalidades principais de tal categoria é o controle exercido pelo Judiciário, pelo Legislativo e pelo Tribunal de Contas. O presente estudo vai tratar especificamente dos dois últimos. Neste sentido, preleciona Meirelles¹³:

O controle externo visa a comprovar a probidade da Administração e a regularidade de guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, assim como a fiel execução do orçamento. É, por excelência, um controle político de legalidade contábil e financeira, o primeiro aspecto a cargo do Legislativo; o segundo, do Tribunal de Contas.

A competência para o controle externo é atribuída ao Legislativo através dos artigos 31, 49, 70 e 71 da Constituição, sendo desempenhada pelo Congresso Nacional à nível federal e, com base no princípio da simetria, pela Assembleia Legislativa à nível Estadual e pela Câmara de Vereadores à nível Municipal. Sua atribuição, conforme o artigo 70, caput, do referido texto, é a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, devendo verificar os atos em matéria de legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. As hipóteses de sua atuação encontram-se expressamente elencadas no artigo 49 da Constituição, dentre elas lhe cabe: sustar os atos normativos do Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou limites de delegação, julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios de execução

13 – MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo Brasileiro. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 201, p. 741.

de planos de governo e fiscalizar; e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Executivo, incluídos os da administração indireta.

Em matéria de controle externo do Executivo, preleciona o art. 49, IX, do texto constitucional que é competência exclusiva do Congresso Nacional o julgamento das contas prestadas pelo Presidente da República na qualidade de chefe do referido Poder, chamadas contas de governo. Para tanto dispõe do auxílio do Tribunal de Contas, responsável por analisar as contas prestadas e emitir um parecer prévio de caráter técnico, mas opinativo, no qual analisa os macroefeitos da gestão, os resultados das ações implementadas e a obediência ao orçamento público fixado. Significa dizer que o parecer prolatado não vincula o Legislativo, vez que apenas ele detém competência de julgamento das contas do Chefe do Executivo. Assim, munido da referida peça técnica, cabe a ele valorar as informações levantadas pelo órgão especializado e aprova-las ou não, com base em seus próprios fundamentos, não possuindo qualquer força decisória tal parecer sem a sua confirmação por decisão do Legislativo. Em função de tal decisão não estar adstrita à análise técnica, sua natureza é eminentemente política.

Já a competência do Tribunal de Contas para o exercício do controle externo não é adstrita à fiscalização dos atos do Poder Executivo, ainda que possa fazê-lo em sede de contas de governo. Encontra previsão constitucional nos artigos 70, parágrafo único, e 71 da Constituição, segundo os quais lhe cabe 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. Neste caso, o referido órgão tem competência de apreciar as contas de gestão prestadas, levando a crivo cada ato administrativo praticado e, a partir de sua análise, aprová-las ou não, não se limitando à emissão de parecer opinativo como na hipótese supracitada, tendo suas decisões eficácia plena independente de confirmação pelo Legislativo, consoante manifestação do Supremo Tribunal na apreciação da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3715-3/TO¹⁴.

14 – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.715-3 Tocantins*. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON). Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Relator: Ministro Gimar Mendes. Brasília: 24 de maio de 2006.

Assim, ainda que exerça o papel de auxiliar do Legislativo no exercício de suas próprias atribuições, o Tribunal de Contas é órgão autônomo, sendo a sua independência pressuposto essencial ao controle que exerce em relação a todos os Poderes do Estado. Caso fosse vinculado a qualquer deles, sua imparcialidade e isenção, que configuram requisitos adstritos ao pleno exercício de suas atividades, ficariam comprometidos, bem como a eficiência dos seus resultados. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal no referendo em Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.190/RJ¹⁵ que inexistente qualquer vínculo de subordinação institucional entre o órgão de contas e o Legislativo, sendo-lhe outorgada autonomia na forma de capacidade de autogoverno por expressa outorga constitucional e prerrogativas próprias da magistratura aos seus membros.

Tal entendimento ganha espaço na doutrina, visto que, consoante Justen Filho¹⁶, a natureza autônoma do órgão de contas, bem como do Ministério Público, os configura como Poderes de Estado, juntamente com o Executivo, Legislativo e Judiciário, em função de que a independência é requisito essencial para o desempenho de suas funções de forma isenta, possuindo atribuições próprias e que lhes são privativas, não podendo, por isso, serem exercidas por quaisquer outros. Neste sentido, entende que “é evidente a existência de cinco Poderes”¹⁷.

IV – COMPETÊNCIA DO CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

O presente estudo visa tecer um panorama acerca da postura adotada pelo TCERS, em sede de contas de gestão julgadas irregulares no período de 2017 e 2018, verificando quais os ilícitos mais recorrentes e a resposta adotada.

Para tanto, primeiramente é necessário tecer uma delimitação teórica acerca dos elementos que fundamentam o agir do referido órgão, extraídos da norma constitucional supracitada, com base no princípio da simetria, a qual se aplica aos Estados e Municípios como lhe couber, bem como da Constituição

15 – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.190 Rio de Janeiro*. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON). Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília: 10 de março de 2010.

16 – JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 26.

17 – JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 26.

Estadual, das normas infraconstitucionais e internas. Esta se organizará em cinco eixos: demarcação de quem são os administradores sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas; descrição das competências constitucionais, reproduzidas pela Constituição Estadual, Lei Orgânica do TCERS (Lei nº 11.424/2000) e Regimento Interno (Resolução nº 1028/2015); diferenciação da natureza do controle exercido; elucidação do trâmite do processo de julgamento de contas; e, por fim, previsão da resposta a ser dada frente às irregularidades apontadas, à luz do ordenamento jurídico.

A jurisdição do Tribunal de Contas, consoante art. 34 da Lei Orgânica do TCERS engloba, essencialmente: todos os responsáveis que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem verbas e bens de natureza pública; todos que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade que gere prejuízo ao erário; todos aqueles que tem o dever de prestar contas e que estão sujeitos à fiscalização; os responsáveis pela aplicação de recursos repassados de um ente ao outro. Significa dizer que, em síntese, todos aqueles que tem poder de gerir o patrimônio público estão sujeitos a referida modalidade de controle.

Em regra, a fiscalização atribuída ao Tribunal de Contas em matéria Estadual e Municipal será realizada pelo órgão Estadual, salvo se constituído o referido órgão em nível municipal. Neste sentido, o artigo 33 da Lei Orgânica do TCERS dispõe sobre as suas competências no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, são elas, exemplificativamente: emitir parecer prévio acerca das contas de governo prestadas pelo Chefe do Executivo Estadual (governador) e Municipal (prefeito); julgar as contas de gestão, prestadas por administradores e quaisquer responsáveis de verbas e bens públicos; apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, bem como a concessão de aposentadorias, reformas e pensões; realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, bem como acompanhar a execução de programas de trabalho e avaliar a eficiência e eficácia dos sistemas de controle interno dos órgãos e entidades fiscalizados; controlar os contratos administrativos firmados.

O controle exercido pelo Tribunal de Contas tem duas naturezas distintas. Pode se desenvolver em forma de controle concomitante, também denominado sucessivo, quando a fiscalização se desenvolve durante a execução do ato, de forma a garantir a sua regularidade, como no caso de realização de inspeções e auditorias. Entretanto, na maioria dos casos exerce o controle subsequente, também denominado corretivo, o qual ocorre após a conclusão do ato controlado,

podendo apontar e corrigir as falhas verificadas, impor sanções ou sustar atos. Tal espécie se verifica quando o órgão analisa as contas de determinado exercício que lhe são prestadas.

Em sede de análise de contas de gestão à nível municipal, objeto do presente estudo, o trâmite processual tem seu início com o relatório auditoria, por meio do qual o corpo técnico analisa os atos praticados na gestão do Município em determinado período, apontando as irregularidades que afrontam o ordenamento jurídico. Posteriormente, o relator intima o gestor fiscalizado para que este apresente a sua defesa no prazo fixado, esclarecendo os apontes, em observância aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, obrigatórios inclusive em processos de contas. Apresentada a defesa, os esclarecimentos são analisados por uma segunda equipe, de forma a determinar a possibilidade de exclusão de algum apontamento, sendo então encaminhado ao Ministério Público de Contas. A este compete a emissão de parecer opinativo acerca das contas prestadas, bem como a defesa da ordem jurídica e promoção de medidas protetivas da juridicidade, da probidade e da eficiência na gestão da coisa pública, por este motivo, se manifesta acerca da aprovação ou não das contas, bem como as possíveis sanções aplicáveis ao caso.

Feito isso, o processo é levado à julgamento pela corte de contas, a qual possui competência própria para tanto. Poderá, com fulcro no art. 75 do Regimento Interno do TCERS julgar as contas regulares, regulares com ressalvas ou irregulares. Cabe salientar que, ainda que tenha autonomia decisória, para que seja decretada a irregularidade das contas de gestão, bem como o parecer prévio desfavorável em sede de contas de governo, o sujeito fiscalizado deverá praticar algum dos atos previstos na Resolução nº 10009/2014 do TCERS, a qual arrola as espécies de irregularidades que culminam na desaprovação das contas, em expressão do princípio da legalidade. Em suma, consubstanciam violações às normas financeiras e orçamentárias, ao Direito e princípios constitucionais.

Como consequência do julgamento pela irregularidade das contas ou regularidade das contas com ressalvas, os dispositivos legais supramencionados que fundamentam o agir do Tribunal de Contas fixam a resposta de acordo com a irregularidade verificada.

A resposta de cunho sancionatório é a possibilidade de aplicação de multa aos gestores em caso de infração à Constituição, às leis e regulamentos. Em o sendo em matéria de administração contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, preleciona o art. 67 da Lei Orgânica do TCERS que esta não poderá

ter valor superior à 1.500 (um mil e quinhentas) Unidades Fiscais de Referência, independentemente das sanções disciplinares aplicáveis. Ademais, poderá ainda representar ao Poder competente sobre as irregularidades ou abusos apurados.

Quanto à proteção do erário público, a Constituição Federal, e por simetria a Lei Orgânica do TCERS e seu Regimento Interno, prevê que se no exercício de sua competência fiscalizatória for verificada a ocorrência de prejuízo financeiro decorrente da má gestão da coisa pública, poderá o Tribunal de Contas fixar o débito e determinar o devido ressarcimento por parte do gestor analisado, se fora ele quem lhe deu causa ou corroborou para sua consumação. Poderá, ainda, determinar providências acautelatórias do erário, caso ainda não tenha sido consumado o dano. Cabe salientar que, em matéria de prejuízo ao erário tem-se conduta que configura ato de improbidade administrativa, conforme dispõe a Lei 8.429/92, tendo o órgão de contas competência regimental para remeter os autos ao Ministério Público caso verifique fundados indícios de prática de ilícito penal ou ato ímprobo.

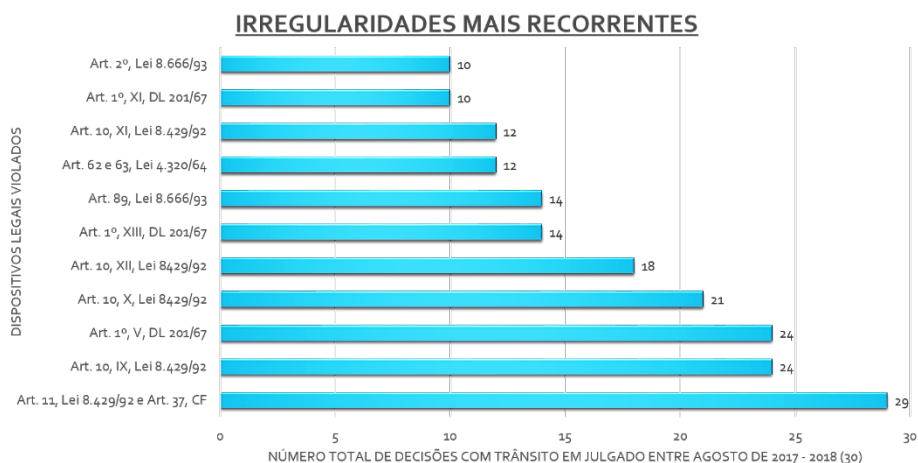
Já a resposta de cunho educativo às irregularidades verificadas é que, tanto o Ministério Público de Contas, ao emitir seu parecer, quanto o juízo monocrático ou colegiado do Tribunal de Contas em sede de julgamento, devem fundamentar sua manifestação, seja por meio de parecer, no caso do primeiro, ou decisão, no caso do segundo. Esta se dá através de uma reorientação, vez que expõe como deveria ter sido realizado o ato se em observância às normas jurídicas. Assim, poderá assinar prazo para que o gestor fiscalizado adote as providências necessárias para o exato cumprimento da lei, bem como poderá determinar que este corrija as irregularidades que ainda sejam sanáveis. Caso o gestor não o faça, poderá o referido órgão sustar a execução do ato impugnado, comunicando ao Legislativo da respectiva esfera federativa, e em matéria de contratos administrativos, requerê-la a este.

É neste cenário de descentralização da função administrativa, a qual é executada a nível federal, estadual e municipal pelos três Poderes do Estado que se insere a competência do Tribunal de Contas para o controle dos atos de todos os administradores de dinheiro público. Com base nos dispositivos legais descritos, tem-se o panorama que envolve a sua atividade de controle, e com base nos parâmetros teóricos e no ordenamento jurídico, passemos à análise de como se dá na prática a ação do referido órgão em sede de contas de gestão municipais.

V – ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL EM MATÉRIA DE JULGAMENTO DE CONTAS DE GESTÃO

Conforme já explicitado, foram selecionadas no site do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul um rol de 30 decisões em sede de contas de gestão julgadas irregulares. São contas prestadas pelos administradores municipais do Executivo e do Legislativo, quais sejam, prefeito, vice-prefeito e presidente da Câmara Municipal.

Para elaborar a listagem das irregularidades que mais foram verificadas, levou-se em conta o número mínimo de ocorrência em, pelo menos, 10 decisões, utilizado no presente estudo como forma de limitação. Esta teve como objetivo determinar as práticas mais reiteradas pelos gestores que afrontam as normas jurídicas, cabendo salientar que muitos outros ilícitos, bem como infringência à outras diversas normas legais, sendo possível obter os seguintes resultados:



A irregularidade mais apontada nos processos de contas foi a violação dos princípios da Administração Pública, inculpidos exemplificativamente no art. 37, caput, da Constituição Federal, sem prejuízo de muitos outros que podem ser depreendidos da leitura sistemática do texto. Das 30 decisões analisadas, em 29 delas foram verificadas tais condutas, o que totaliza a ocorrência em 96,66% dos casos estudados.

Tal prática reiterada se fundamenta no fato de que a Administração Pública, *latu sensu*, seja quando exercida tipicamente pelo Poder Executivo ou de forma atípica pelo Legislativo e Judiciário ao desempenhar a função administrativa, deve ser pautada pelas normas jurídicas em função do princípio da vinculação positiva à lei, e sobretudo aos princípios. Tal orientação abarca desde a estruturação de determinado ato administrativo, ao pensar seus fundamentos e objetivos a serem alcançados, até a sua execução e conclusão, de forma a verificar possíveis desvios de função e finalidade no seu curso. Tal afronta poderá constituir, inclusive, ato de improbidade administrativa, conforme preleciona o art. 11, caput, da Lei 8.429/92, devendo, para tanto, a conduta ter como elemento subjetivo o dolo, pois, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹⁸, tal norma “visa a resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas”.

Em segundo lugar, tem-se a assunção ou execução de despesa desprovida de fundamento legal, irregularidade esta que configura ato de improbidade administrativa que gera prejuízo ao erário, conforme art. 10, IX, da Lei 8.429/92, bem como crime de responsabilidade de prefeitos e vereadores, consoante art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/67. Tal conduta estava presente em 24 decisões, num percentual de incidência de 80% dos casos estudados, e tinha por fundamento tanto a realização desta pelo gestor sem a existência prévia de norma legal que a autorizasse, bem como quando o tinha, a forma como foi executada afrontou o ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, da hipótese verificada de concessão de horas extra a servidores sem que a referida jornada de trabalho tenha sido cumprida.

Em terceiro lugar, tem-se a conduta do gestor que gerou prejuízo ao erário ao agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, prevista como ato de improbidade administrativa pelo art. 10, X, da Lei 8.429/92. Tal conduta esteve presente em 21 decisões, com percentual de ocorrência de 70% dos casos, e deu-se sobretudo, na forma de renúncia de receitas, violando inclusive os deveres de responsabilidade fiscal na gestão. Foi possível verifica-la através da negligência do gestor na estruturação do setor tributário, o que inviabilizou a cobrança de dívidas atrasadas, a inscrição de novos devedores em dívida ativa, a utilização valores base

18 – BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.245.622/RS*. Agravante: Ministério Público. Agravado: Alberto Olivier. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília: 16 de junho de 2011.

de cálculo do IPTU desatualizadas, tudo isso culminando em recolhimentos a menor de tributos de direito do ente municipal.

Em quarto lugar, tem-se a conduta do gestor que gera ou corrobora com o enriquecimento ilícito de terceiros em detrimento do prejuízo ao erário, prevista como ato de improbidade administrativa pelo art. 10, X, da Lei 8.429/92. Tal conduta esteve presente em 18 decisões, com percentual de ocorrência em 60% dos casos estudados. Incidiu, sobretudo, nas hipóteses em que o gestor efetuou pagamentos a servidores, contratados ou terceiros sem que estes tivessem o direito de receber tais valores, ou que existisse qualquer fundamento legal para fazê-lo, igualmente nos casos de concessão de horas extra em inobservância aos requisitos legais e pagamento a maior por bens e serviços.

Em quinto lugar, tem-se duas condutas distintas que estiveram presentes em 14 decisões, isto é, com percentual de ocorrência em 46,6% dos casos estudados. A primeira delas é a contratação, nomeação ou designação de servidor contra expressa disposição em lei, a qual configura crime de responsabilidade de prefeitos e vereadores consoante art. 1º, XIII, do Decreto-Lei 201/67. Esta se deu, sobretudo, através da criação de cargos de comissão, os quais são de livre nomeação, mas restritos a atividades de chefia, assessoramento ou direção, consoante art. 37, V, do texto constitucional. Estes eram criados com atribuições e natureza de provimento efetivo, os quais apenas poderiam ser providos por sujeitos aprovados em concurso público, consoante art. 37, II, da Constituição. Logo, utilizou-se de tais cargos como tentativa de burlar o requisito constitucional do concurso público, não sendo possível que tal natureza de atribuições fosse de livre nomeação, visto que cargos para desempenho de atividade permanente devem obrigatoriamente serem providos em caráter efetivo.

A segunda conduta com tal grau de incidência foi a compra de bens ou contratação de serviços pela Administração Pública para com terceiros de forma direta, através de procedimento de dispensa ou inexigibilidade fora das hipóteses legais ou ainda em inobservâncias às formalidades relativas a eles, consoante dispõe o art. 89 da Lei 8.666/93, configurando crime de licitações. Esta se deu, sobretudo, através da contratação através de inexigibilidade sem qualquer fundamento que a justificasse e comprovasse o enquadramento nas hipóteses legais do art. 26 da referida lei, sobretudo sem a comprovação de que só poderia ser adquirido de um único fornecedor, quando da compra de bens, ou da comprovação da natureza singular e necessidade de notória especialização, quando da contratação de serviços. Ademais, também se verificou tal conduta quando, além de não comprovar tais circunstâncias,

a Administração Pública sequer deu início a procedimento administrativo, requisito obrigatório previsto no art. 26 da referida lei, em matéria de dispensa ou inexistência de licitação. Em concomitante, tem-se também a violação dos artigos 2º e 3º da Lei 8.666/93, sendo que o primeiro exige o procedimento licitatório sempre que a Administração contratar com terceiros, e o segundo preconiza o respeito dos princípios da administração e a seleção da proposta que lhe é mais vantajosa.

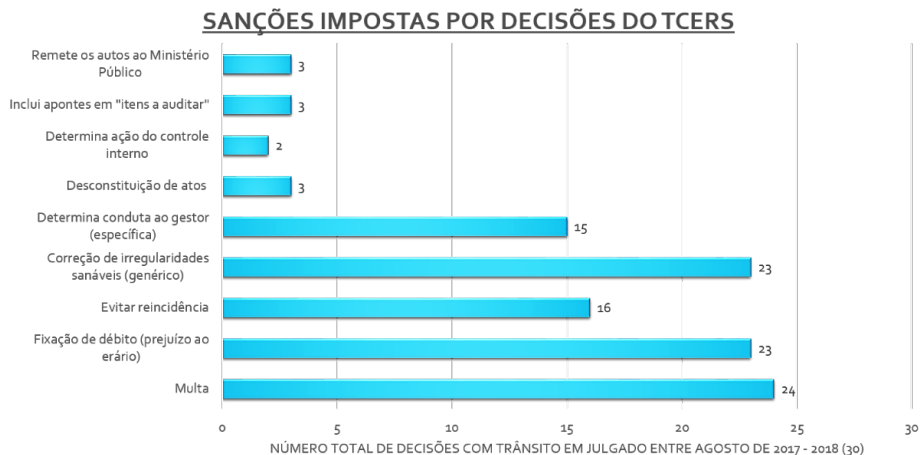
Em sexto lugar, tem-se novamente duas condutas distintas, as quais foram verificadas em 12 decisões analisadas, sendo o percentual de incidência em 40% dos casos. A primeira delas é o pagamento de despesas sem a sua prévia liquidação, em afronta aos artigos 62 e 63 da Lei 4.320/64, a qual se deu em função de o gestor o efetuar sem que o credor ou indivíduo com créditos contra a Administração demonstrasse seu direito adquirido de receber tais valores. Na prática, foi verificada em sede de contratos administrativos, em que o ente público contratava a prestação de serviços ou adquiria bens, efetuando os pagamentos ao prestador ou fornecedor ainda que não comprovada a efetiva prestação ou entrega do bem, bem como na forma de pagamentos a maior aos fornecedores e prestadores contratados, à servidores e funcionários, demonstrando a falta de controle e de zelo pela coisa pública.

A segunda conduta que teve tal grau de incidência foi a conduta do gestor de liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes, a qual configura ato de improbidade administrativa que gera prejuízo ao erário, consoante art. 10, XI, da Lei 8.429/92. Esta se deu, sobretudo, nos casos em que o ente municipal celebrou convênios para com determinadas instituições, por meio dos quais a municipalidade mantinha os repasses de verbas públicas a elas ainda que: descumprissem seu dever legal de prestar contas quanto à sua aplicação; não detivessem plano de trabalho que fixasse quais as contraprestações da beneficiária em proveito dos munícipes, isto é, retorno a coletividade dos valores repassados; quando vigente o plano de trabalho, este era descumprido; ou, ainda, quando as verbas repassadas tinham sua finalidade pública desvirtuada. Tal irregularidade se deu em afronta ao disposto no art. 116 da Lei 8.666/93, o qual dispõe que a celebração de convênios exige a prévia aprovação de plano de trabalho, e em não sendo possível constatar sua boa e regular aplicação, verificado desvio de finalidade, atrasos injustificados no cumprimento das metas propostas ou sua inexecução, o gestor tem o dever de reter as parcelas do convênio até a regularização da situação, como forma de evitar gastos públicos infrutíferos e sem qualquer interesse público.

Por último, em sétimo lugar, tem-se conduta do gestor que adquire bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em

lei, a qual configura crime de responsabilidade de prefeitos e vereadores, consoante art. 1º, XI, do Decreto-Lei 201/67. Esta foi verificada em 10 das decisões analisadas, tendo a porcentagem de ocorrência em 33,3% dos casos. Verificou-se, sobretudo, nos casos em que o gestor promovia a contratação direta de serviços ou compra de bens, sem o prévio procedimento licitatório, tendo o agravante de o valor dos contratos serem superiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), para os quais o art. 23, II, da Lei 8.666/93 fixa obrigatoriamente a sua realização na modalidade tomada de preços ou concorrência. Em função disso, não é possível verificar se o objeto do contrato foi apresentado à Administração no valor e condições mais vantajosas, como preconiza o art. 3º da Lei 8.666/93, violando diretamente o princípio da isonomia, vez que obsta a concorrência entre os possíveis contratados, e o requisito legal do necessário procedimento licitatório prévio à contratação, consoante art. 2º da referida lei. Ademais, verificou-se tal hipótese, ainda, através do expediente denominado “fracionamento de licitações”, por meio do qual o gestor divide a compra de produtos de um mesmo gênero, que deveriam ser licitados em conjunto, em vários contratos de menor valor, com o intuito de burlar o requisito legal do prévio procedimento licitatório nas modalidades apontadas.

Assim, julgadas irregulares as contas dos gestores analisados, o órgão de contas em sua decisão elencava quais as sanções aplicadas em decorrência da violação da norma jurídica, bem como qual conduta deveria ser tomada pelo gestor, pelo sistema de controle interno do Poder analisado, bem como pelo próprio Tribunal de Contas em futura auditoria. Com a análise prática, observadas as medidas impostas, foram obtidos os seguintes resultados:



Quanto às sanções de natureza pecuniária, verificou-se que, na prática, em 80% dos casos analisados, foi aplicada multa por violação das normas jurídicas, no montante de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Em menor proporção, aplicou-se multas de valores entre R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos) e R\$ 1.000,00 (mil reais). Já nos casos em que foi constatada conduta lesiva ao erário público, houve a fixação do débito na medida do prejuízo causado, o qual deveria ser ressarcido aos cofres públicos pelo gestor analisado, sanção esta que fora verificada em 76,66% dos casos.

Em matéria de orientação da conduta do gestor, em 53,33% dos casos analisados houve a recomendação para que este (e em caso de este não mais estar em exercício do mandato analisado, ao referido Poder) evite a reincidência nas falhas apontadas no processo de contas.

Além de advertir o gestor, foi verificada também uma postura ativa quando o órgão impõe ao gestor que adote determinado modelo de conduta ou execute atos por ele fixado, podendo tal exigência ter natureza genérica ou específica. Em 76,66% dos casos analisados foi verificada a imposição de que o gestor corrija as falhas apontadas que sejam passíveis de regularização, isto é, orienta uma conduta genérica, vez que não especifica como deverá fazê-lo, nem indica com exatidão em relação à quais atos, tendo sido verificada sobretudo em matéria normativa, através de adequação de dispositivos legais editados em nível municipal à Constituição, ou adequação de atos administrativos à norma vigente.

Não obstante a isso, em 50% dos casos analisados, foi verificada na decisão a determinação ao gestor quanto à adoção de uma conduta específica como forma de adequação das irregularidades apontadas, determinando claramente a qual aponte se referia e o procedimento a ser adotado pelo gestor para tanto. Exemplificativamente verificou-se a exigência das seguintes condutas: controlar os estoques da municipalidade; promover as adequações da estrutura organizacional e funcional da administração fazendária e tributária, bem como a gestão de receitas tributárias; abrir procedimento administrativo para apurar a situação de permissionários em débito com o Município; reanalisar o quadro de pessoal, para a redução do número de cargos comissionados em relação aos efetivos.

Outrossim, ainda em matéria de imposição de condutas, em 10% dos casos analisados verificou-se que a exigência de desconstituição de atos administrativos em função de que estes violavam o ordenamento jurídico, sobretudo a norma constitucional. Esta se deu, sobretudo, através da negativa de executoriedade de leis que criavam cargos comissionados com natureza de permanentes e atribuições

que deveriam ser providas em caráter efetivo, mediante concurso público. Assim, por violar diretamente o art. 37, incisos II e V da Constituição, o órgão de contas exigiu a desconstituição dos atos de admissão, e, dentro das imposições explicitadas no parágrafo anterior, exigiu a adequação do quadro de pessoal, por meio da criação de nova lei que disciplinasse o exercício de tais atribuições mediante provimento efetivo, bem como a abertura de concurso público, ou então de cargos comissionados com funções de chefia, direção ou assessoramento.

Em matéria de orientações para futuros expedientes fiscalizatórios, em 10% dos casos analisados, a decisão fixou determinados apontes verificados como “itens a auditar”, isto é, que seriam verificados nas próximas análises de contas de gestão por meio do controle externo à cargo do Tribunal de Contas. No mesmo sentido, em 6,66% dos casos foram fixados apontes sob os quais deveria recair a fiscalização do controle interno, devendo manter o órgão de contas informado acerca das regularizações solicitadas, sob pena de responsabilidade solidária.

Por fim, quanto à previsão do art. 5º, XIV, do Regimento Interno do TCERS, a qual fixa a possibilidade de remessa dos autos ao Ministério Público em função de fundados indícios de ilícitos penais ou atos de improbidade, os quais, consoante listagem das irregularidades mais recorrentes, foram verificados em grande parte dos processos de contas, em apenas 10% deles houve a concretização de tal previsão.

VI – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado o exposto, é possível afirmar que o Tribunal de Contas tem contato direto com um balanço geral dos atos administrativos praticados em determinado exercício financeiro, tendo competências constitucionalmente atribuídas para apontar aqueles que afrontam as normas em que se assenta a Administração Pública.

Foi possível constatar que a natureza das falhas apontadas abarca, primordialmente, atos de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), crimes de responsabilidade (Decreto-Lei 201/67), crimes e ilicitudes em matéria de licitações (Lei 8.666/93), violações das normas financeiras e orçamentárias (Lei 4.320/64), sem prejuízo de todas as demais normas e princípios consequentemente afrontados. Isso demonstra que, no exercício de suas funções, o órgão estudado se consolida como tutor do interesse público, visto que controla a correspondência entre os atos praticados e este que é seu fundamento.

Em matéria de penalidades pecuniárias aplicadas, o referido órgão atua como reprodutor da lei, visto que as sanções devem ter prévia previsão normativa, em nome do princípio da legalidade. No entanto, o problema reside no fato de que as multas têm valor irrisório se comparado à gravidade dos atos praticados, tendo em vista que ainda que não gerem diretamente o prejuízo ao erário, as condutas desviantes e violadoras das normas jurídicas atacam o fundamento do agir público, isto é, o interesse da coletividade. Enquanto isso, a fixação de débito geralmente tem valor mais alto, o que não é um indicativo benéfico à municipalidade, visto que é proporcional ao montante do prejuízo causado ao erário.

Logo, nessa seara as decisões do Tribunal de Contas são incapazes de gerar um mecanismo de coercibilidade adequado à lesão dos bens jurídicos tutelados, tendo em vista que são praticadas por gestores da coisa pública investidos do *múnus público* de zelar e administrar os interesses alheios da forma mais eficiente, econômica e isonômica, sempre dentro dos parâmetros legais fixados.

É possível inferir que, a despeito do poder sancionatório reduzido do Tribunal de Contas, este afere uma série infrações às normas legais, ilícitos penais e atos de improbidade durante o trâmite dos processos de contas. Acrescenta-se a isso a competência regimental para remeter os autos ao Ministério Público se presentes tais indícios, e tem-se um mecanismo capaz de promover a responsabilização dos gestores que praticam tais condutas de forma proporcional à violação causada. Entretanto, tal expediente ainda é pouco utilizado, consoante resultados dos levantamentos que evidenciam a remessa expressa em apenas 10% das decisões, em clara desproporção em relação ao índice de 76,66% dos processos nos quais houve a fixação de débito por prejuízo ao erário, e conseqüentemente, ato improbo.

Já em matéria de indução de boas práticas dos gestores fiscalizados, a fundamentação decisória explícita como a conduta do gestor deveria ter sido realizada se em observância do ordenamento e dos princípios da administração, de forma que o julgador confronta a conduta praticada com a norma jurídica posta. Entretanto, essa é apenas uma orientação de posturas a serem adotadas pelo gestor na iminência de realização dos mesmos atos futuramente, tendo um caráter instrutivo, mas incapaz de consolidar boas práticas de gestão ao fiscalizado. Tal fato é evidenciado pela verificação dos mesmos apontes em exercícios sucessivos, sem que o órgão de contas possa adotar medida coercitiva mais gravosa, o que faz com que os gestores, a despeito do julgamento pela irregularidade das contas, perpetuem tais condutas. Essa circunstância demonstra que, na prática, a simples recomendação para que o fiscalizado evite a reincidência nas falhas apontadas não

gera resultado algum, ainda que expressa em 76,66% das decisões estudadas.

Ademais, a prescrição de ações a serem adotadas se deu em 76,66% dos casos de forma genérica, uma espécie de fórmula para resolver todas as irregularidades sanáveis, que depende, para tanto, da iniciativa do próprio gestor. A simples imposição de conduta indeterminada igualmente não é medida capaz de instituir novas práticas de gestão, visto que não orienta o responsável acerca de quais falhas podem e devem ser regularizadas, nem qual procedimento a ser adotado para fazê-lo. Enquanto isso, as determinações precisas de condutas a serem realizadas quanto aos apontes fixados, verificadas em proporção bem menor ao anterior, isto é, em 50% dos casos, impõe ao gestor ou à Administração o dever de rever seus atos, orientando qual a prática a ser adotada para tanto.

Um fato agravante em tal conjuntura é que o controle externo é exercido, primordialmente, de forma sucessiva e corretiva. Isso é evidenciado ao investigar a demora do trâmite dos processos de contas, tendo em vista que do recorte dos processos transitados em julgados em 1 ano, entre 2017 e 2018, tem-se contas referentes aos exercícios de 2010 a 2016. O controle essencialmente corretivo permite a perpetuação de gastos públicos infrutíferos, indo de encontro aos princípios da Administração, sobretudo da economicidade e da eficiência. Em contraponto, um controle concomitante da execução orçamentária seria mais eficiente, pois permitiria a verificação dos desvios e sua regularização antes de sua consolidação, postura essa que corroboraria para a melhora das práticas de gestão dos fiscalizados.

Em função da amplitude dos jurisdicionados, o controle concomitante hoje se tornou inviável, não podendo ser exercido exclusivamente pelo órgão de contas, o que culmina em um expediente fiscalizatório vários anos após o encerramento do exercício analisado. Nesse cenário, é imprescindível uma atuação integrada de todos os mecanismos de controle, entre o interno, capaz de acompanhar concomitantemente a execução das medidas implementadas pela Administração, e o externo, pelo Tribunal de Contas, capaz de analisar os atos praticados no exercício financeiro e julgar as contas, e pelo Judiciário, capaz de promover a responsabilização civil e criminal proporcionalmente à lesão do bem jurídico tutelado.

Assim, o controle eminentemente corretivo perpetrado pelo Tribunal de Contas anos após a consolidação das irregularidades, as sanções pecuniárias irrisórias, as prescrições de condutas genéricas e a inutilização do instrumento de remessa dos autos ao Ministério Público obstam os resultados do controle

exercido, e conseqüentemente inviabiliza sua capacidade de repressão aos desvios da finalidade pública dos atos administrativos. Entretanto, a fundamentação das decisões serve de norte à readequação da conduta do gestor, e, no mesmo sentido, as determinações de condutas específicas à regularização de falhas são posturas dinâmicas adotadas pelo órgão de contas que contribuem para a reorientação da atividade administrativa, mas não em proporção suficiente para consolidar boas práticas de gestão.

Por esse motivo, conclui-se que o Tribunal de Contas manifesta, diante das irregularidades verificadas, postura sancionadora legalista em matéria de imposição e penalidades, mas com baixíssimo poder de coercibilidade, e demonstra esforços iniciais da adoção de um viés dinâmico na aplicação da norma ao propor soluções à luz do caso concreto.

VII – REFERÊNCIAS:

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário

Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 25 de mar. de 2019.

BRASIL. Decreto Lei nº 201 de 27 de fevereiro de 1967. *Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm > Acesso em 27 de mar. de 2019.

_____. Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964. *Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm > Acesso em 23 de mar. de 2019.

_____. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992. *Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm > Acesso em 27 de mar. de 2019.

_____. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em 27 de mar. de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.245.622/RS*. Agravante: Ministério Público. Agravado: Alberto Olivier. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília: 16 de junho de 2011. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21110598/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1245622-rs-2011-0046726-8-stj/inteiro-teor-21110599?ref=juris-tabs>> Acesso em 6 de ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.715-3 Tocantins. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON). Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Relator: Ministro Gimar Mendes. Brasília: 24 de maio de 2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387270>> Acesso em 4 de ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.190 Rio de Janeiro*. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON). Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília: 10 de março de 2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612217>> Acesso em 26 de mar. de 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Milene. O controle da Execução orçamentária como meio garantidor de direitos fundamentais. In. CAMRGO, João Batista; LIMA, Luiz Henrique; OLIVEIRA, Weder (Coord.) *Contas governamentais e responsabilidade fiscal: desafios para o controle externo – estudos de ministros e conselheiros substitutos dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 187 – 216.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 39-40.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Constituição (1989). *Constituição do Estado do*

Rio Grande do Sul. Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 3 de out. 1989. Disponível em < http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X_3esaNg%3d&tabid=3683&mid=5358> Acesso em 26 de mar. de 2019.

_____. Lei nº 11.424/2000. *Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado*. Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 07 jan. 2000. Disponível em < http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/legislacoes/atos_normativos_tcers/lei_organica/LOTCERS-LE11424-LE14571-2014be.pdf> Acesso em 26 de mar. de 2019.

_____. Tribunal de Contas. Resolução nº 1021/2014. *Dispõe sobre a organização do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul – TCE-RS e dá outras providências*. Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado, Rio Grande do Sul, 16 de dez. de 2014. Disponível em < https://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/textos_diversos_pente_fino/resolucao.pdf> Acesso em 26 de mar. de 2019.

_____. Tribunal de Contas. Resolução nº 1028/2015 com redação atualizada até a Resolução nº 1090/2018. *Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado*. Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado, Rio Grande do Sul, 19 de mar. 2015. Disponível em < <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consu>

[Itas/legislacoes/atos_normativos_tcers/regimento_interno/3NovoRIR1028RetRes1090.pdf](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/legislacoes/atos_normativos_tcers/regimento_interno/3NovoRIR1028RetRes1090.pdf)> Acesso em 26 de mar. de 2019.

_____. Tribunal de Contas. *Contas Julgadas Irregulares e Pareceres Prévios Desfavoráveis*. Disponível em <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/contas_julgadas_irregulares> Acesso em 06 de ago. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

A PROGRAMAÇÃO NA COMPRA DE MEDICAMENTOS PELOS MUNICÍPIO: ANÁLISE DE DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Ana Cristine Dias Silva¹

Daiane Milani²

I – INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar as decisões do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, que exerce um papel fundamental como órgão auxiliar do controle externo, no que concerne a compra de medicamentos pelos municípios selecionados. Inicialmente, traçam-se breves considerações sobre o princípio da anualidade do orçamento previsto no artigo 2º da Lei Federal nº 4.320/64, de ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade estabelecidos no caput do art. 37 da Constituição Federal. Em seguida examina-se a possibilidade de Infringência ao disposto nos artigos 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, e nos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.666/1993.

1 – Psicóloga. Advogada. Mestranda em Direito pelo PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante dos Grupos de Pesquisas Controle Social e Estado Pós-democrático e Direito, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul.

2 – Graduada em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa Controle Social e Estado Pós-democrático da Universidade de Santa Cruz do Sul.

O objetivo da pesquisa é realizar a análise dos fundamentos ao julgamento desfavorável de contas referente a aquisição de medicamentos frente aos Poderes Executivos Municipais do Estado do Rio Grande do Sul, pelo TCE/RS, do período de 25.08.2016 até 25.08.2018. Os resultados revelam que no período analisado as principais irregularidades apontadas pelo TCE/RS, relacionam-se à despesas, compras de medicamentos e Sistemas de Controles Internos.

Para que fosse possível realizar uma análise das decisões do TCE/RS, buscou-se investigar na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, como se dá o trato para com os réus em ações de improbidade administrativa. O levantamento de acórdãos foi feito no website www.tj.rs.jus.br, no espaço Jurisprudência, por meio da guia Pesquisa de Jurisprudência. Utilizou-se a ferramenta de busca avançada, objetivando-se delimitar um pequeno lapso temporal da pesquisa, tendo sido selecionados, desta forma, acórdãos julgados entre 08.08.2018 e 08.08.2019.

Desta forma, demonstrativamente, o preenchimento dos campos para a pesquisa quantitativa da área de busca avançada se deu da seguinte forma: Tribunal: Tribunal de Justiça do RS; Órgão Julgador: Todos; Relator: Todos; Ementa4 ; Seção: Cível5 ; Tipo de processo: Todos6 ; Número: Nenhum; Comarca de origem: Nenhuma; Tipo de decisão: Acórdão; Data de julgamento: Nenhuma; Data de publicação: 08/08/2018 até 08/08/2019; Procurar resultados: com todas as palavras: improbidade e medicamentos; com a expressão: nada; com qualquer uma das palavras: nada; sem as palavras: nada; Classificar: por data crescente.

Das ferramentas de pesquisa acima descritas, obteve-se o resultado de 21 (vinte e uma) decisões, todos referentes a ações por ato de improbidade administrativa. Desses 21 acórdãos, para a efetivação do presente trabalho, elegeram-se 2 (dois) acórdãos onde se deu a condenação de réus, nos termos dos arts. 10º e 12º, inciso III da LIA.

Desta forma, os acórdãos selecionados para serem trabalhados foram: Apelação nº 70054185202; Apelação nº 70078322260.

É clara a falta de planejamento nas aquisições de medicamentos, com dispensa de licitação além de constituir infringência ao princípio da economicidade. Por fim, caracteriza-se a conduta como ato de improbidade administrativa, conforme art. 11, caput da Lei 8429/92, gerando prejuízo ao erário em função da negligência do gestor, conforme art. 10 da Lei 8429/92.

II – DA OBRIGAÇÃO DE PLANEJAMENTO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ANTECIPAÇÃO, ORGANIZAÇÃO E SURPRESA NAS NECESSIDADES RELATIVAS A REMÉDIOS

É imperioso ressaltar que a Administração Pública possui uma série de deveres ao tutelar o recurso Estatal para o fornecimento de medicação ao povo. Para Frota (2016) O planejamento é um dever da Administração Pública.

Planejamento é conjunto de ações de gerenciamento que antecede o procedimento visando a otimização e a eficiência da contratação. Com o planejamento, objetiva-se a economicidade, a legitimidade e finalidade legal da contratação. O planejamento nas contratações relaciona-se à elaboração de documentos de estudos, técnicos, preliminares, de viabilidade, sustentação, de riscos da contratação e seus efeitos, preestabelecendo uma estratégia. Garantir-se-á uma contratação firmada com base em critérios objetivos e imparciais, sobre uma fluxo legislativo assecuratório de direitos, evitando desperdícios, desvio de finalidade. (FROTA, 2016, <https://jus.com.br>)

O Decreto nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para o aprimoramento administrativo. O art. 6º do Decreto elenca os princípios fundamentais indispensáveis à organização administrativa, direta, indireta, descentralizada ou desconcentrada. Assim, as atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: a) planejamento; b) coordenação; c) descentralização; d) delegação de competência e; e) controle.(FROTA, 2016)

Pode-se afirmar que o planejamento nas contratações públicas é fundamental à eficiência do certame e da execução contratual, tendo efeitos e consequências Segundo o autor, “o planejamento tem como essência a preparação ou função profilática para o exercício da atividade administrativa, no intuito de subsunção a princípios, leis e normas outras que regram o objeto do ato”.

Dentre eles destaca-se no dispositivo Constitucional, em seu art. 37, caput, os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, da mesma forma, que dispõe expressamente no §4º, do mesmo artigo, que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a

perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Somado a isso, a importância de licitar vem expressa na Constituição, conforme disposto no art. 37, inciso XXI:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)

Segundo Faria e Bianchi (2018, p. 7) “Em cumprimento a esse dispositivo e para dar cabo ao combate à corrupção que decorre da aplicação dos princípios da atuação administrativa, em 02/06/1992 foi promulgada a Lei nº 8.429, que viria a ser conhecida como Lei da Improbidade Administrativa”. Afirma que a referida lei nasceu para dar um efetivo tratamento a corrupção no Brasil.

Neste sentido, é importante destacar que ela tem como objeto o combate à prática dos atos ímprobos que, por sua essência, exigem o elemento objetivo e também o subjetivo, devendo restar demonstrado o dolo ou ainda a culpa grave⁸ – esta aceitável apenas com relação aos atos previstos no art. 10 da Lei nº 8.429/1992. É dizer, a Lei de Improbidade Administrativa visa sancionar e repreender o gestor público ímprobo, desonesto – ou seja, aquele que tem a intenção de praticar desvio de finalidade no exercício da função pública – e não o inábil, no sentido de negligência, imprudência ou imperícia escusáveis.(FARIA e BIANCHI, 2018, p. 7)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p.3) destaca que não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa,

pois não basta a legalidade formal, restrita a atuação administrativa, é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade e boa-fé. Vale dizer que, na constituição, quando se quis mencionar o princípio, falou-se em moralidade (caput do art. 37), e quando se quis mencionar a lesão à moralidade, falou-se em improbidade (parágrafo 4º, do art. 37).

O processo licitatório, realizado, caracteriza-se como um importante instrumento utilizado pela Administração Pública para aplicação do dinheiro público, ao selecionar a proposta mais vantajosa em momento conveniente e oportuno em prol do atendimento ao interesse da coletividade, garantindo, assim, a observância aos princípios norteadores – tanto dos atos administrativos quanto dos procedimentos licitatórios – e, também, mobilizando as compras públicas (JURUENA; MARQUES, 2016).

Dal Bosco e Matos (2011, p.10) ao descrevem sobre as espécies de improbidade administrativa, afirmam que:

A Lei nº 8.429/92 prevê três modalidades de atos ímprobos, quais sejam: atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao Erário; e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública e suas respectivas penalidades, as quais podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato, independentemente das demais sanções penais, civis e administrativas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006) acrescenta que é plenamente possível que o mesmo ato ou omissão se enquadre nos três tipos de improbidade administrativa previstos em lei.

Fraga e Nunes (2016, p. 18) que através da leitura do texto constitucional, depreende-se a interpretação de que todo serviço público realizado no país deve obedecer aos princípios constitucionais do art. 37, visando a finalidade pública decorrente.

Dentro dessa conjuntura é relevante a dicotomia existente nas contratações de fiscais; de um lado a tentativa de alcançar uma administração mais eficaz através do controle, de outro, a falta de conhecimento dos funcionários do aspecto legislativo das licitações, o que corrobora para um monitoramento defasado do sistema. Segundo André Luiz Vieira, doutorando em direito público pela Universidade de Coimbra, o servidor encarregado deve ser detentor de conhecimento apurado da

legislação e da jurisprudência que norteiam a temática das licitações públicas, bem como das especificidades técnicas inerentes ao objeto contratado.

Cabe ainda ressaltar a possível infringência dos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.666/1993, à medida que há casos com ausência de licitação prévia, e a observância do princípio constitucional da isonomia, quando é selecionada a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, ao invés de promover igualmente a livre concorrência entre as empresas. A reação em cadeia só piora quando verificado os apontamentos do TCE/RS em relação as contas dos prefeitos municipais julgadas desfavoravelmente, revelando indubitável a presença de improbidade administrativa em diversos ângulos do administração pública no que se refere aos fármacos disponibilizados à população. Outrossim, novas medidas se fazem necessárias para atenuar a situação.

Destarte, a necessidade de fiscalização contábil, financeira orçamentária e operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, prevista no Art. 70 da CF/88, é a forma mais eficaz de manter o controle dos gastos, garantido o destino mais produtivo possível das verbas destinadas à saúde pública, mediante o controle interno de cada Poder. Desse modo, o controle externo, fica a cargo do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, segundo o Art. 71, da Magna Carta.

Por fim, a negligência a lei de improbidade administrativa, à medida que o direcionamento dos recursos públicos não ocorre da forma em que deveria, e principalmente, apresenta claros sinais de corrupção.

A administração da *res publica* requer do Estado observância das regras e princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, prestigiando, por via de consequência, a gestão pública séria, transparente, planejada e eficiente. (LOBATO, 2019, <https://www.conteudojuridico.com.br>).

Lobato (2019, <https://www.conteudojuridico.com.br>) afirma que “Planejar, como se sabe, é realizar um plano de ação que compreenda em minúcias a *necessidade*, a *forma*, o *quanto*, o *como*, o *quando* e o *tempo de execução* da atividade pretendida, permitindo que esta seja executada de modo eficiente, eficaz e efetiva”. É nesse sentido o entendimento que o interesse público é o objetivo maior do Estado.

Para o autor é justamente em razão da indisponibilidade do interesse público que o exercício da função executiva do Estado deve ser meticulosamente programado, a fim de evitar ações canhestras que colocam ao menoscabo a boa gestão pública e acarretam, por decorrência, a prática de atos ímprobos.

III – DOS ERROS TÍPICOS ENCONTRADOS NOS JULGAMENTOS DO TCE

O Tribunal de Contas do Estado é um órgão auxiliar do poder legislativo, regula-se, pela Constituição Federal/88, de leis federais, por Lei Orgânica (11.424/2000) e Regimento Interno próprios, e as normas infraconstitucionais pertinentes (TCE/RS, 2010b). Por força Constitucional, o TCE/RS, é um “Tribunal Administrativo” que possui a função de julgar as contas de todos os responsáveis, pessoas físicas ou jurídicas, que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos pelos quais respondam o Estado ou qualquer dos Municípios que o compõem, ou que assumam obrigações em nome deles (TCE 2010a).

Das decisões analisadas, 4 processos, com assunto referente a aquisição de medicamentos, envolvendo 4 municípios – Gramado dos Loureiros, Chapada; Ilópolis e Barra Funda – tem relação com o objeto da pesquisa. Em síntese dos julgados, verificou-se que o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, se depara com casos de falta de planejamento pelo Administrador Público, com compras em intervalos pequenos de tempo e para os mesmos fins, apresentando clara ofensa ao princípio da anualidade do orçamento prevista no artigo 2º da Lei Federal nº 4.320/64. Vejamos:

Art. 2º A Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade.

§ 1º Integrarão a Lei de Orçamento:

I - Sumário geral da receita por fontes e da despesa por funções do Governo;

II - Quadro demonstrativo da Receita e Despesa segundo as Categorias Econômicas, na forma do Anexo nº. 1;

III - Quadro discriminativo da receita por fontes e respectiva legislação;

IV - Quadro das dotações por órgãos do Governo e da Administração.

§ 2º Acompanharão a Lei de Orçamento:

I - Quadros demonstrativos da receita e planos de aplicação dos fundos especiais;

II - Quadros demonstrativos da despesa, na forma dos Anexos ns. 6 a 9;

III - Quadro demonstrativo do programa anual de trabalho do Govêrno, em têrmos de realizaçãõ de obras e de prestaçãõ de serviçõs.

Assim, houve a Infringência ao princípio da economicidade e ao disposto nos artigos 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, e nos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.666/1993, uma vez que fica clara a falta de planejamento pelo gestor público no processo de compra de medicamentos no processo analisado sob nº008436-0200/12-6, do município de Gramado dos Loureiros no exercício financeiro de 2012. Os medicamentos foram adquiridos com dispensa de licitação, através de aquisições diretas de medicamentos com a diferença ultrapassando o patamar de 1.000% em várias oportunidades, evidenciando a presença de sobrepreço.

A aquisição direta de medicamentos não tem base legal e resta demonstrado que os medicamentos já eram utilizados pelos municípios, portanto claramente previsível de constituir um orçamento anual que abarcasse as necessidades. Neste caso tem-se crime de licitação, caracterizando-se a prática de ato de improbidade que gerou prejuízo ao erário.

No processo analisado de número 008241-0200/12-8, do município de Chapada, exercício de 2012, ocorreu a determinação pelo ministério da Saúde em devolução dos valores do convênio tendo detectado graves falhas na aplicação dos recursos. Foram verificadas diversas inconsistências em relação à distribuição e lançamentos no sistema de estoque, como também visto o descarte em função de estarem vencidos diversos medicamentos.

Foram adquiridas quantidades exorbitantes de medicamentos, acima da média normal de consumo e sem comprovação de distribuição aos pacientes, violando os princípios da economicidade, da legalidade e da eficiência, além da clara violação do art. 31, caput da CF/88:

“Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei”.

Quando se trata de eficiência na Administração Pública, os recursos utilizados devem ser adequados e priorizando a economia do dinheiro público, administrando os recursos financeiros de maneira responsável. A eficiência é um princípio constitucional, previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal/88, cujo foco está no controle dos resultados. Dessa forma, provenientes do princípio

da eficiência apresentam-se valores importantes como a economicidade e a redução de desperdícios, tendo a Administração Pública obrigação do alcance dos melhores resultados. O princípio da economicidade está expressamente previsto no art. 70 da CF/88 e representa o alcance dos resultados esperados com o menor custo possível, unindo qualidade, celeridade e menor custo na prestação do serviço ou no trato com os bens públicos.

O princípio da Legalidade encontra-se expressamente disposto na Constituição Federal/88 nos seguintes artigos:

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: [...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

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 [...]

O princípio da legalidade determina que as atividades administrativas deverão se resumir aos limites fixados pelas leis. Hely Lopes Meirelles (2006, p.87) define este princípio da seguinte maneira: “A legalidade, como princípio da Administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil, e criminal, conforme o caso”.

Nesse contexto, fica evidente que houve aplicação irregular de verbas públicas, com a aquisição de medicamentos em quantidade superior ao necessário, gerando grandes prejuízos ao erário em função do descarte, e desvirtuado da finalidade pública. Houve, portanto, a negligência do gestor na conservação dos bens e verbas públicas, visto que não estruturou de forma adequada o sistema de controle interno, o qual não acompanhou a execução do convênio, bem como restou demonstrada a aquisição de medicamentos em quantidade superior à necessidade do município, o que fez com que muitos deles fossem descartados por estarem vencidos.

No processo nº 08254-0200/12-8, do município de Ilópolis, a aquisição de medicamentos ocorreu sem processo licitatório ou processo administrativo que definisse as razões da não realização de licitação, no período de exercício financeiro de 2012. Nos casos em que houve licitação, a modalidade utilizada foi o convite, quando deveria ser tomada de preços em função do valor licitado. O que viola expressamente o comando do art. 23, II, “b” da Lei 8666/93:

“Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior: b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais)”.

Nesse caso, o valor total era de R\$ 92.634,75, ficando clara que a conduta caracteriza o fracionamento ilegal de compras como forma de burlar o impositivo legal de realização prévia de procedimento licitatório. Tem-se, portanto, ofendido aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade estabelecidos no caput do art. 37 da Constituição Federal. Além de violação do art. 2º da Lei 8666/93:

“Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”.

No caso de se enquadrar nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de Licitação, previsto na Lei 8666/93, em seus artigos 24 e 25, deveria a Administração Pública ter aberto um procedimento que aclarasse os fundamentos que a sustenta, por isso, infringiu art. 26, § único, da Lei referida. Desta forma, houve a inobservância das formalidades legais do seu procedimento. Assim, tanto a inexigibilidade quanto a dispensa de licitação são hipóteses de exceção, em que a Administração Pública poderá celebrar contratos de forma direta, sem necessidade de licitação prévia, mas não antes do devido processo administrativo que comprove e motive a contratação em questão, sob pena de se configurar crime de Licitações.

E, por fim, o processo de nº 01775-0200/14-0, referente ao exercício financeiro de 2014 do município de Barra Funda, onde o chefe do Poder Executivo

foi julgado pela deficiência na gestão de medicamentos no município, tendo havido incompatibilidade entre a quantidade registrada no software e seu estoque físico. Nesse caso, o referido município infringiu os princípios constitucionais da moralidade, eficiência, razoabilidade e economicidade.

CAMMAROSANO (2017) afirma que “A ideia de moralidade administrativa tornou possível melhor controlar os atos administrativos expedidos no exercício de competência discricionária. Nesse sentido, continua: “caracterizam ofensa à moralidade administrativa: intencional violação do direito, por ação ou omissão, quer quanto aos meios de atuação dos agentes públicos, quer quanto aos fins inerentes ao exercício da função pública; o atuar com intenção viciada nos atos expedidos no exercício de competência discricionária; os atos eivados de desvio de poder, nas suas duas modalidades (atos que instrumentalizam busca de finalidade alheia a qualquer interesse público, ou finalidade que não é própria, específica, da competência utilizada); ofensa à ordem jurídica decorrente de grave incúria”.

Por fim, tem-se que a violação aos princípios constitucionais da administração pública, da moralidade, eficiência, razoabilidade e economicidade, podem levar os gestores públicos a terem de responder por crimes de improbidade administrativa e crime de responsabilidade, que serão abordados no próximo capítulo.

IV – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL: DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS, DO CRIME DE RESPONSABILIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Para que fosse possível realizar uma análise das decisões do TCE/RS, buscou-se investigar na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, como se dá o trato para com os réus em ações de improbidade administrativa. O levantamento de acórdãos foi feito no website www.tj.rs.jus.br, no espaço Jurisprudência, por meio da guia Pesquisa de Jurisprudência. Utilizou-se a ferramenta de busca avançada, objetivando-se delimitar um pequeno lapso temporal da pesquisa, tendo sido selecionados, desta forma, acórdãos julgados entre 08.08.2018 e 08.08.2019.

Desta forma, demonstrativamente, o preenchimento dos campos para a pesquisa quantitativa da área de busca avançada se deu da seguinte forma: Tribunal: Tribunal de Justiça do RS; Órgão Julgador: Todos; Relator: Todos; Ementa⁴ ; Seção: Cível⁵ ; Tipo de processo: Todos⁶ ; Número: Nenhum; Comarca

de origem: Nenhuma; Tipo de decisão: Acórdão; Data de julgamento: Nenhuma; Data de publicação: 08/08/2018 até 08/08/2019; Procurar resultados: com todas as palavras: improbidade e medicamentos; com a expressão: nada; com qualquer uma das palavras: nada; sem as palavras: nada; Classificar: por data crescente.

Das ferramentas de pesquisa acima descritas, obteve-se o resultado de 21 (vinte e uma) decisões, todos referentes a ações por ato de improbidade administrativa. Desses 21 acórdãos, para a efetivação do presente trabalho, elegeram-se 2 (dois) acórdãos onde se deu a condenação de réus, nos termos dos arts. 10º e 12º, inciso III da LIA.

Desta forma, os acórdãos selecionados para serem trabalhados foram: Apelação nº 70054185202; Apelação nº 70078322260.

O acórdão nº 70054185202 trata-se de uma apelação cível julgada pela Terceira Câmara Cível do TJ/RS, de relatoria da Desembargadora Marlene Marlei de Souza, tendo como Comarca de Origem a de Herval. Os apelantes são Marco Aurélio Gonçalves da Silva, que exercia o cargo de Prefeito Municipal na época dos fatos, Morena Nunes da Silva, filha do prefeito a época e proprietária da farmácia e Leila Pereira Acosta, secretária municipal da saúde.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.** PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO CIVIL REJEITADA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO EX-PREFEITO AFASTADA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA RÉ MORENA QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO. MÉRITO. EX-PREFEITO, EX-SECRETÁRIA DE SAÚDE E PROPRIETÁRIA DE FARMÁCIA, FILHA DO AGENTE POLÍTICO. MUNICÍPIO DE HERVAL. **AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS SEM LICITAÇÃO. COMPROVAÇÃO DO ATO IMPROBO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE.** Gratuidade judiciária à ré Leila não apreciada na origem e que merece ser deferida, ante os documentos juntados aos autos. Preliminar de ausência de contraditório e ampla defesa no inquérito civil rejeitada. Procedimento inquisitorial e não obrigatório para a propositura da demanda. Preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Prefeito afastada. Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos após o advento

do julgamento da ADI 2727 pelo STF. Preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela ré Morena que se confunde com o mérito. Mérito. Ação Civil Pública proposta pelo parquet após processamento de inquérito civil contra os réus, com a pretensão de **condenação dos demandados nas sanções previstas no art. 12, inciso III da Lei nº 8429/92. Prova dos autos que evidencia a prática de ato ímprobo pelos demandados que, na condição de prefeito do Município de Herval e de secretária de saúde do município, causaram dano ao erário em beneficiar farmácia de propriedade da filha do então prefeito, adquirindo medicamentos da farmácia básica sem prévia licitação, de forma avulsa. Inobservância do Princípio da moralidade. Prova do fato e dolo genérico configurados.** Manutenção da sentença. Precedentes desta Corte e do STJ. RECURSOS DE MARCO AURÉLIO E DE MORENA DESPROVIDOS. RECURSO DE LEILA PARCIALMENTE PROVIDO, APENAS PARA DEFERIR A GRATUIDADE JUDICIÁRIA. (Apelação Cível, Nº 70054185202, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marlene Marlei de Souza, Julgado em: 16-05-2019) (grifo nosso)

Na ação, na qual houve a condenação dos réus, o Ministério Público buscava a declaração de improbidade da conduta praticada pelos réus por causarem dano ao erário em beneficiar farmácia de propriedade da filha do então prefeito, adquirindo medicamentos da farmácia básica sem prévia licitação, de forma avulsa.

A decisão do juízo a quo reconheceu a participação dos réus, condenando os demandados nas sanções previstas no art. 12, inciso III da Lei nº 8429/92, ao expressar que “Nesse passo, destaco que é requisito indispensável para o reconhecimento da prática da conduta descrita no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, a (1) prova inequívoca do fato e a (2) presença do dolo genérico. A ilegalidade (nos termos do acórdão – qualificada pelo agir doloso dos réus) ocorreu já no momento inexistência de processo licitatório para aquisição de medicamentos pela prefeitura de Herval no período de 2006 a 2008, no qual o corréu Marco Aurélio exercia a função de Prefeito Municipal.

Da mesma forma, o acórdão nº 70078322260 trata-se de Embargos de Declaração julgado pela Vigésima Primeira Câmara Cível do TJ/RS, de relatoria da Desembargadora Marco Aurélio Heinz, tendo como Comarca de Origem a de Portão. O apelante é José Nestor de Oliveira Bernardes, ex-prefeito de Capela de Santana.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DIRETAMENTE DE ESTABELECIMENTOS DA CIDADE, SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. PROVA DO FATO. No caso, imputa-se ao acusado, Ex-Prefeito de Capela Santana a aquisição de medicamentos diretamente de estabelecimentos da cidade, sem licitação, causando prejuízo ao erário. O fato ficou positivado, mediante a prova documental recolhida na instrução e a confissão do réu que admite o ato, não esboçando qualquer justificativa, limitando-se a negar o dolo. **O tipo do art. 10, da lei da improbidade, para sua configuração, exige a conduta antijurídica e a presença do dolo, o que efetivamente ocorreram na espécie.** Embora a aquisição de medicamentos seja obrigação do Município a teor do art. 196 da CF, como todo contrato firmado pela Administração Pública, é imprescindível o prévio processo de licitação (art. 97, XXI, da CF). Conforme a prova dos autos, a compra de medicamentos por parte do Município de Capela Santana sempre ocorreu por meio do competitivo, sendo modificado o sistema de aquisição quando ascendeu ao poder o acusado, passando a adquirir os fármacos através de compra direta em farmácias locais, revelando a má-fé do acusado. Tal conduta causou prejuízo ao erário porque o fornecimento de medicamentos em forma de lotes junto a concorrentes permite a aquisição por menor preço. Condenação que se mostra benigna, considerando a intensidade do dolo e a gravidade da conduta. Inexistência de contradição ou omissão no julgado. Embargos de Declaração rejeitados.(Embargos de Declaração, Nº 70078322260, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em: 08-08-2018)

Na ação houve a condenação do réu, por ação de improbidade, imputando-se ao réu, ex-prefeito de Capela Santana a aquisição de medicamentos diretamente de estabelecimentos da cidade, sem licitação, causando prejuízo ao erário.

A condenação do demandado ocorreu com a prevista **no** art. 10, da lei da improbidade, que para sua configuração, exige a conduta antijurídica e a presença do dolo, o que efetivamente ocorreram na espécie.

Os Crimes de Improbidade Administrativa podem ser definidos como sinônimo de desonestidade. A improbidade administrativa é assim denominada porque a desonestidade advém de um ato ocorrente na dimensão administrativa

do Estado. (Choinski, 2006). Também está incluída no conceito de improbidade administrativa a violação de princípios da administração pública.

Os crimes de improbidade administrativa são caracterizados por dano ao erário, enriquecimento ilícito e violação aos princípios administrativos. Entre os atos que causam prejuízo ao erário estão o de permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado e ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento.

Segundo Martins Junior (2017) O ato de improbidade administrativa (isto é, aquele que infringe o dever respectivo) implicará na suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A Constituição não projetou nesse preceito tão somente as sanções contra a improbidade administrativa, senão em sentido mais amplo enumerou algumas das consequências jurídicas da prática desse ato ilícito, indicando sanções (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos etc.) e providências cautelares (indisponibilidade de bens). Tampouco é possível afirmar que a norma constitucional esgota todas as perspectivas de repressão aos atos de improbidade administrativa. (Martins Junior, 2017)

Pode-se afirmar que a improbidade administrativa se articula, portanto, em sanções de natureza eleitoral, administrativo, civil, penal e político-administrativo.

Os crimes de responsabilidade, na história do Direito Constitucional Brasileiro, estão vinculados a atos que os agentes políticos venham a cometer no exercício de suas funções e que, sob alguma ótica, arranhem a estabilidade geral do funcionamento dos órgãos estatais que representam.

Os crimes de responsabilidade de prefeitos vêm estampados no art. 1º, I a XXIII, do Dec.-Lei nº 201/67, e os incisos XVI a XXIII foram introduzidos pela Lei nº 10.028/00. E assim são denominadas as condutas que caracterizam infrações político-administrativas, de caráter não penal que podem resultar à perda do cargo ou mandato e à suspensão dos direitos políticos. A condenação definitiva, ou seja, com trânsito em julgado nos crimes de responsabilidade referidos no Decreto-Lei nº 201/67, acarreta perda do cargo, inabilitação, pelo prazo de 5 anos, para o exercício do cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, e reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

Para Andreucci (2019) o “Dec.-Lei nº 201/67 adota, no art. 1º, a terminologia crimes de responsabilidade como sinônimo de crimes funcionais, tipificando condutas sujeitas a julgamento pelo Poder Judiciário e cominando as respectivas

sanções penais. No art. 4º, estabelece as infrações político-administrativas que podem ser praticadas por prefeitos, sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato”. Acrescenta que, “as penas cominadas aos crimes de responsabilidade de prefeitos são privativas de liberdade, podendo consistir em: a) reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos – nas hipóteses dos incisos I e II; e b) detenção de 3 (três) meses a 3 (três) anos – nas hipóteses dos incisos III a XXIII”.

O município de Gramado dos Loureiros, referente ao processo de nº 008436-0200/12-6, incorreu em crime de licitação, uma vez que o Administrador Público violou os princípios da anualidade do orçamento, da economicidade, ao não planejar a compra de medicamentos, realizando em curtos intervalos de tempo e por aquisição direta com dispensa de licitação. Da mesma forma, o município de Ilópolis, sem a realização de procedimento licitatório ou processo administrativo que definisse as razões da não realização de licitação realizou a aquisição de medicamentos. Nos dois casos houve a violação dos artigos 2º e 23, II, “b” da Lei 8666/93. Tal conduta caracteriza o fracionamento ilegal de compras como forma de burlar o impositivo legal de realização prévia de procedimento licitatório. O cenário em tela demonstra a prática de crime de responsabilidade.

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Quanto ao sobrepreço, verificado no processo referido acima, tem-se caracterizado a prática de ato de improbidade que gerou prejuízo ao erário, previsto no Art. 10 da Lei 8429/92.

Art. 10 da Lei 8429/92:

Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

“V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado”.

Para Choinski (2006), O ato administrativo em si, entendido como o móvel para a ocorrência da improbidade administrativa, deve ser visto de maneira ampla (lato sensu), ou seja, não há que se adotarem diferentes posicionamentos em relação aos “atos de império” ou “atos de gestão”, visto que qualquer um deles pode caracterizar uma das espécies de improbidade administrativa: o enriquecimento ilícito, a lesão ao erário público ou a ausência de preservação dos princípios administrativos.

Nesse sentido, o processo de nº julgado e transitado em julgado, do município de Chapada, apresentaram diversas inconsistências em relação à distribuição e lançamentos no sistema de estoque dos medicamentos distribuídos aos municípios, apresentando uma baixa de medicamentos em quantidades exorbitantes, acima da média normal de consumo e sem comprovação de distribuição aos pacientes como também visto o descarte em função de estarem vencidos diversos medicamentos. Neste caso, Ministério da Saúde determinou a devolução dos valores do Convênio. Com isso, o município demonstrou a ineficiência da Unidade de Controle Interno do Município, que teria o dever de verificar a correspondência entre a aplicação de dinheiro público e a consecução de sua finalidade, ocorrendo à violação do art. 31, caput da CF/88, e violação dos princípios da legalidade e da eficiência. Por isso, tem-se ato de improbidade administrativa. Ademais, ficou evidente a aplicação irregular de verbas públicas, com a aquisição de medicamentos em quantidade superior ao necessário, o que resultou em prejuízos ao erário em função do descarte, e desvirtuado da finalidade pública. Assim, tem-se crime de responsabilidade tipificado no art. 1º, inciso III do Decreto-Lei 201/67.

Os atos que importam em improbidade administrativa estão previstos na Lei n. 8.429/1992, que determina expressamente sua aplicação a todo e qualquer agente público, definido o que seria agente público em seu artigo 2º:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Portanto, tanto a lei de improbidade quanto a lei de crimes de responsabilidade têm natureza político-administrativa sendo a primeira aplicáveis aos agentes públicos, e a segunda, aos agentes políticos ambos as referidas leis buscariam punir os agentes políticos pelos mesmos atos. Verifica-se que os julgamentos desfavoráveis do TCE/RS em relação as contas do poder executivo apontaram ocorrências de indícios de ilícito penal e de atos de improbidade administrativa pelos municípios de Gramado dos Loureiros, Chapada e Barra Funda. Nesse mesmo sentido, verificam-se condenações do TJRS em matéria de improbidade administrativa, quando os responsáveis tiveram dolo em seu agir ou preencheram os requisitos para a caracterização da improbidade administrativa, sendo eles atos que importam o enriquecimento ilícito (artigo 9º), atos que causam prejuízo ao erário (artigo 10) e atos que atentam contra os princípios da administração pública (artigo 11) da Lei da improbidade.

V – CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo analisar decisões do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, referentes à aquisição de medicamentos pelos gestores municipais e verificar se tais decisões foram acolhidas em sede de jurisprudência pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Verificou-se que em alguns municípios selecionados ocorreu a infringência dos princípios constitucionais administrativos previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 e a configuração de crimes de responsabilidade e de improbidade administrativa.

No decorrer do presente trabalho verificou-se que os municípios de Gramado dos Loureiros, Chapada, Ilópolis e Barra Funda, no que concerne a programação de compra dos medicamentos a distribuídos aos seus municípes, entre os anos de 2016 e 2018, acabaram por violar diversos princípios da Administração Pública, comprometendo o orçamento do município pela não programação de compra dos medicamentos, muitos deles em excesso e tendo de serem descartados por estarem vencidos.

Em relação aos crimes de responsabilidade e de improbidade administrativa, verificou-se a ocorrência desses, na estipulação de contratos administrativos e licitações, sendo esta um instrumento importante utilizado para a aplicação do dinheiro público pela administração. É expresso na Constituição Federal, no art.

37, inciso XXI, a obrigação da administração pública em licitar. Contudo, existem exceções nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Ante o exposto, conclui-se que os municípios que tiveram suas contas analisadas no presente artigo, referente a aquisição de medicamentos, cometeram ilícitos como crimes de responsabilidade ou crimes contra a Administração Pública, realizando compras diretas de medicamentos em empresa de propriedade de servidora municipal; fracionamento de despesas em desobediência a obrigação de licitar, e aquisição de medicamentos com dispensas de licitação, demonstrando uma falta de planejamento pelo administrador público ferindo o princípio da anualidade do orçamento. Além disso, a presença de sobre preço dos medicamentos, assim como a falta de controle de estoques, fazendo com que o município comprasse muito mais medicamentos do que o necessário para atender a população, que caracteriza a prática de ato de improbidade, gerando prejuízo ao erário.

Tal conduta levou municípios a serem condenados em ação de improbidade administrativa, o que desprende da jurisprudência do Tribunal de justiça do Estado do Rio Grande do Sul, conforme os acórdãos colacionado ao texto demonstram.

VI – REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Crimes de responsabilidade de prefeitos**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/crimes-de-responsabilidade-de-prefeitos> acesso em 10 de agosto de 2019

CAMMAROSANO, Márcio. Princípio constitucional da moralidade administrativa, O. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/65/edicao-1/principio-constitucional-da-moralidade-administrativa,-o> acesso em 10 de agosto de 2019.

CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. **Lei de improbidade administrativa e os crimes de responsabilidade**. Disponível em: http://www.patrimoniopublico.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigos_Testes_Estudos/Artigo_LIA_crime_de_respon.pdf acesso em 10 de agosto de 2019.

DAL BOSCO, Maria Goretti; MATOS, Jatene da Costa. Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 111-131, abr./jun. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito administrativo**. 29. ed. Rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FARIA, Luzardo; BIANCHI, Bruno Guimarães. Improbidade administrativa e dano ao Erário presumido por dispensa indevida de licitação: uma crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 163-187, jul./set. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i73.1012.

FROTA, David Augusto Souza Lopes. **O PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO COMO DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DIREITO SUBJETIVO DO LICITANTE**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52299/o-planejamento-da-contratacao-como-dever-da-administracao-publica-e-direito-subjetivo-do-licitante> Acesso em: 19 de ago 2019.

JURUENA, Cynthia Gruending; MARQUES, Mariana Port. Casos emblemáticos envolvendo o controle de licitações públicas de municípios da região do vale do rio pardo: uma análise a partir da jurisprudência do tribunal de justiça do rio grande do sul. In: HERMANY, R.; ETGES, F. M.; NUNES, L. F.; JURUENA, C. G. (Orgs.). **Os grandes temas do municipalismo: o princípio da transparência na gestão pública**. 2.v Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 2015, p. 32-41.

LOBATO, Marcelo Costa e Silva. **O dever de planejar como pressuposto do atendimento do direito fundamental à boa administração e à realização do interesse público primário**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/32495/o-dever-de-planejar-como-pressuposto-do-atendimento-do-direito-fundamental-a-bo-administracao-e-a-realizacao-do-interesse-publico-primario>. Acesso em: 18 ago 2019.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Sanções por ato de improbidade administrativa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São

Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/29/edicao-1/sancoes-por-ato-de-improbidade-administrativa>

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87.

A AUSÊNCIA DE ÓRGÃOS TRIBUTÁRIOS ESTRUTURADOS NO CONTEXTO POLÍTICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS APONTAMENTOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL LEVADOS A EFEITO NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO

*João Felipe Lehmen¹
Ismael Saenger Durante²*

RESUMO. A estruturação dos órgãos públicos no Brasil é corolário do desenho previsto na Constituição Federal. A arquitetura do sistema visa resguardar os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência, que nem sempre são absorvidos positivamente pelo contexto político e social, dada a desconfiança nas instituições e sua eficiência. Neste cenário, o presente estudo tem por finalidade analisar a estruturação dos órgãos tributários como forma de assegurar os postulados pensados pelo constituinte a partir de julgado do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul levado a efeito

1 – Mestrando do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, bolsista PROSUC/CAPES Modalidade II. Advogado e consultor na Delegação de Prefeituras Municipais – DPM. Ex- assessor jurídico Municipal. Membro do Instituto Gaúcho de Direito Eleitoral – IGADE e da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/RS. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET e pós-graduando em Direito Público. Contato: felipelehmen12@hotmail.com.

2 – Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. cursando especialização em Direito Processual Público pelas instituições UNISC/CEISC. Advogado, integrante do grupo de pesquisas Controle Social de Políticas Públicas. Contato: ismaeldurante@gmail.com.

pela jurisprudência do Tribunal de Justiça a partir do seguinte questionamento: a ausência de estruturação de órgão tributário, apontada pelo TCE é levada a efeito para fins de responsabilização por improbidade administrativa? Para o desenvolvimento do estudo será utilizado os processos de contas n°s 008083-0200/12-4; 008713-0200/12-9 e 008254-0200/12-8 e critérios de pesquisa junto ao site do TJ/RS, link pesquisas de jurisprudências, considerando o período de julgamento de 01/01/2018 a 16/08/2019, para acórdãos ou decisões monocráticas com as seguintes palavras chaves entre aspas: organização tributária e improbidade administrativa. O trabalho se desenvolve a partir do método hipotético-dedutivo, iniciando pelo resgate da necessidade independência funcional dos servidores, adentrando nos fundamentos da estabilidade para, por fim, mitigando os argumentos, sejam verificados os critérios de apontamento pelo TCE e quais as implicações na esfera de responsabilização dos agentes públicos no Tribunal de Justiça.

Palavras-Chave: Independência funcional de servidor público. Organização tributária. Elemento essencial ao funcionamento do Estado. Improbidade administrativa.

I – INTRODUÇÃO

Independentemente do viés político adotado e, assim, com o intuito de se resguardar de qualquer análise negativa em relação ao novo governo federal (pelo menos inicialmente), portanto, com a máxima isenção ideológica, se faz necessária uma reflexão preambular a respeito (ou, para alguns, a “despeito”) da figura do servidor público no novo e complexo contexto sociopolítico brasileiro.

Embora não seja de hoje, já que a reforma administrativa do Estado tinha suas bases fixadas nessa ideologia, ainda que sob o argumento neoliberal, foi após a vitória de uma vertente política de viés economicamente liberal, que é bem verdade, mostra-se contraditória dentro do seu próprio discurso, que retornou a cena dos debates a análise a respeito da conjuntura da máquina estatal e seus supostos malefícios para a sociedade brasileira, isto é: burocracia excessiva que impede o crescimento econômico, onerosidade para o erário público, suposto aparelhamento educacional por parte do estado de uma linha ideológica dominante, etc. Obviamente, muitas dessas críticas convergem para uma problemática em comum; sendo ela, o servidor público.

Com isso, críticas a respeito da lógica constitucional do regime do servidor público, suas garantias e prerrogativas, acabam sendo tecidas, em geral, sem a devida reflexão e embasamento necessários. Pelo contrário, cria-se no ideário comum, uma imagem do servidor público como antítese, um legítimo inimigo público; pessoas ociosas que atrapalham o estado e não produzem aquilo que, em tese, se esperaria. Além disso, e não de todo equivocado, os servidores públicos são vistos como uma casta inatingível e corporativista em busca da manutenção de privilégios.

A análise é rasa, é bem verdade, não porque está completamente errada ou toda certa, mas, simplesmente, porque carece dos fundamentos necessários, dos meandros normativos que instituem a figura do servidor e o sistema no qual está inserido. Ocorre um abandono das motivações por detrás da construção da dita figura pública e sobretudo das razões que justificam algumas circunstâncias especiais dos profissionais ligados a Administração Pública. É claro que existem equívocos legislativos que permitiram um certo corporativismo de muitas classes, mas o escopo não é este.

Sob essa perspectiva, o presente estudo visa analisar criticamente a partir dos processos de contas n^os 008083-0200/12-4; 008713-0200/12-9 e 008254-0200/12-8, se os apontamentos são levados a efeito pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para fins de responsabilização em improbidade administrativa.

Temporalmente o trabalho se delimita a verificar decisões tomadas pelo Tribunal de Justiça no período julgamento de 01/01/2018 a 16/08/2019. Para selecionar os julgados, valeu-se a pesquisa do sistema informatizado, por meio do link de consulta a jurisprudências (aba jurisprudência), cujos termos de busca, entre aspas, em conjunto, foram: organização tributária e improbidade administrativa. A pesquisa leva em consideração acórdãos e decisões monocráticas.

O trabalho é desenvolvido a partir método hipotético-dedutivo, iniciando pelo resgate da necessidade independência funcional dos servidores, adentrando nos fundamentos da estabilidade para, por fim, mitigando os argumentos, sejam verificados os critérios de apontamento pelo TCE e quais as implicações na esfera de responsabilização dos agentes públicos no Tribunal de Justiça.

Parte-se da hipótese de que a despeito da existência normativa que albergue a necessidade de organização tributária, o Tribunal de Justiça, no período de análise, não tem apreciado questões relativas a improbidade administrativa em razão da ausência de estrutura tributária mínima como elemento essencial ao funcionamento do Estado.

II – A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO SERVIDOR PÚBLICO, UMA GARANTIA A SER RESGATADA

O resgate que se faz diante de toda a problemática preambular é, inicialmente, óbvia. Porém, em tempos de pós-verdade, esclarecer obviedades nunca se tornou tão necessário chegando, em alguns casos extremos, a soar como discurso revolucionário (parafrazeando o autor distópico, George Orwell).

Necessário repassar com brevidade pelas garantias/prerrogativas constitucionais básicas asseguradas ao servidor público e, feito isso, extrair o real significado e a necessidade que a constituição asseverou para tal instituto.

Já aqui se faz uma pequena ruptura com o argumento inúmeras vezes repetido de que há, na verdade, um rol extenso de privilégios para os servidores. Ora, como já mencionado, existem prerrogativas para os cargos públicos e não privilégios.

MARTINS (2010), esclarece bem a confusão feita com ambas as terminologias e consegue traçar um excelente paralelo entre elas.

Deveras, a Constituição não estabelece *privilégios*, mas *prerrogativas* necessárias ao cumprimento dos deveres ínsitos à função pública. Esta, é conceito corrente, compõe-se de dois elementos: a) o dever de atuar em prol do interesse alheio e b) a manutenção de prerrogativas necessárias ao cumprimento desse dever. Toda a prerrogativa, vale dizer, todo o poder estatal, é meramente instrumental: existe para o cumprimento do dever de atender ao interesse público. As imunidades parlamentares, os predicamentos da magistratura e os direitos constitucionais dos servidores públicos não foram estabelecidos para o deleite dos respectivos agentes. Não foi uma arbitrariedade constitucional: foram estabelecidas porque são consideradas indispensáveis ao bom desempenho da função pública.

Ratifica-se que não se ignora por completo o caráter corporativista de algumas classes de serventuários, bem como alguns equívocos legislativos que, talvez, tenham ultrapassado as prerrogativas constitucionais, como os tetos de subsídios, por exemplo, que criam uma elite econômica bancada inteiramente pelo contribuinte em um país onde a desigualdade econômica e social já é de um nível preocupante. Mas, os fundamentos trazidos pela Constituição Brasileira parecem óbvios para garantir ao servidor a máxima proteção para o livre exercício de suas funções.

Claro que a ideia de livre exercício não se confunde com a ideia de liberdade pessoal de exercício da função. O conjunto de todo esse regramento deve ser lido de acordo com o princípio da legalidade trazidos nas doutrinas de direito Administrativo. Isto é, a administração pública age em sentido oposto ao cidadão comum perante a lei. Um dever de caráter positivo com o posto pelo legislador. É dado a administração o dever de agir sempre que a lei assim determinar, ou seja, o aparelhamento estatal está totalmente subordinado as determinações da legalidade que, dentro de uma lógica legislativa e democrática, é o extrato do interesse público. Novamente, traz-se aqui a explicação didática de Martins (2010):

(...) quem apresenta o Estado não possui, no exercício de suas funções, liberdade, quer dizer, não é livre para decidir segundo seus interesses pessoais, deve sempre buscar a ótima realização do interesse público; quando muito os agentes que apresentam o Estado, no exercício da função, possuem discricionariedade, jamais liberdade (não existem poderes autônomos no Estado de Direito);

Portanto, a noção de uma classe de servidores livres, significa total autonomia para seguir os ditames determinados na legislação, sem qualquer interferência política ou econômica, uma relação de total neutralidade com o aparelhamento estatal que não seja aquele relacionado ao império da lei (MARTINS, apud MELLO, 2010).

É, talvez, um dos mecanismos mais perenes de combate a corrupção trazidos pelo constituinte originário e, paradoxalmente, um dos que trazem mais desconfiança para a população brasileira em tempos em que, justamente, políticos que levantam a bandeira “anticorrupção” são os que conseguem arrebatar a maior quantidade de votos em períodos eleitorais.

III – A ESTABILIDADE DO SERVIDOR COMO CONDIÇÃO DE INDEPENDÊNCIA E EFICIÊNCIA DO SERVIÇO

A compreensão da finalidade do instituto da estabilidade dos servidores públicos é mecanismo elucidativo para ratificar da sua independência relativa as atividades funcionais. Antes, porém, como forma de contextualizar é preciso verificar quais as formas de ingresso no serviço público de acordo com a Constituição Federal de 1988 que gozam de tal prerrogativa.

Segundo a Constituição, a admissão de servidores no serviço público obedecerá a uma das três modalidades previstas no seu art. 37, quais sejam: a) Nomeação em cargo ou emprego público, criado em lei, através de aprovação em concurso público, validamente realizado (art. 37, II, da CF); b) Nomeação em cargo em comissão, igualmente criado por lei, para o exercício apenas de postos de chefia, direção ou assessoramento (art. 37, V, da CF); e, c) Admissão temporária devido a acontecimentos inesperados, de excepcional interesse público e por prazo determinado (art. 37, IX, da CF).

A admissão em cargo em comissão conforme o próprio artigo da Constituição é de livre nomeação ou exoneração, o que significa dizer, em regra, que os profissionais que ingressaram por esta via no serviço público não gozam de estabilidade, ou seja, a chefia possui a prerrogativa de dispensá-las a qualquer tempo³.

Da mesma forma, em se tratando de contratação temporária e a sua finalidade que é justamente atender a uma situação excepcional, inesperada e transitória da administração, cujo prazo deve ser determinado, também não se tem como assegurar a estabilidade, ou seja, a permanência no serviço público. Essa decorrência parece lógica, haja vista que se o prazo é determinado, não lhe é assegurado o direito de permanecer ligado a partir deste lapso temporal inicialmente fixado⁴.

Portanto, a estabilidade no sentido em que se pretende dar ao presente trabalho é assegurada àqueles que ingressaram por meio de concurso público para titular cargos públicos ou eventualmente empregos públicos.

No Brasil, a estabilidade foi inaugurada em 1915 com a edição da Lei nº 2.924 e constitucionalizada por meio da recepção do instituto na Constituição de 1934, sendo mantida nas demais constituições, conforme Coutinho (1999).

A ideia de estabilidade, por outro lado, teve sua origem nos Estados Unidos como forma de barrar que a modificação dos governantes provocasse, tendo em

3 – É importante não confundir a ideia de estabilidade com a qual se está trabalhando no presente artigo, que é justamente aquela garantida aos profissionais a partir do momento em que cumpriram com o estágio probatório. Conclusão diversa poderia conduzir ao equívoco de considerar a afirmação como errônea, principalmente porque a jurisprudência atual tem considerado a situação da gestante, titular de cargo em comissão, como causa de estabilidade do período de gravidez até 5 (cinco) meses após o parto, isso por força do art. 10 do ADCT.

4 – É preciso ter a mesma cautela que foi mencionada quando abordada a questão dos titulares de cargo em comissão, visto que para a gestante, contratada temporária, também é garantida a estabilidade durante a gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.

conta as convicções partidárias, a alteração completa do quadro de profissionais, prejudicando assim a continuidade do serviço público (DINIZ, 1998).

Embora com raízes Americanas, o conceito ou razão de existir da estabilidade pode ser perfeitamente aplicado no Brasil, pois busca justamente evitar que a modificação do comando dos entes federativos e seus respectivos Poderes provoque uma ruptura com relação à continuidade dos serviços.

Aprofundando ainda mais esta definição, a estabilidade não é um privilégio aos servidores, mas sim uma garantia com relação à fiel execução dos serviços públicos e sua continuidade, especialmente para fazer frente à visão muitas vezes distorcida pelas influências políticas com relação ao desempenho dos cargos públicos (MARTINS, 2011). Em outras palavras:

A estabilidade é uma garantia fundamental para o bom desempenho do servidor público, para a independência do servidor, que deve agir só em função da lei, praticando os atos administrativos que lhe couberem sem o receio de, com esse ou aquele despacho, contrariar o chefe imediato e, assim, ser incluído nessas listas de exoneração por excesso de quadros (PEREIRA JÚNIOR, 1999, p. 254).

A estabilidade, portanto, cumpre vital função na medida em que impede a dispensa arbitrária dos servidores que não agirem de acordo com a vontade do chefe do poder, a qual no mais das vezes pode ser motivada por posições políticas e até mesmo contrárias a Lei e ao interesse público. Visa, conforme Barros (2002), evitar que o superior hierárquico que é tido como o senhor da verdade possa demitir o servidor público sem o devido processo legal, ainda que este esteja atuando nos exatos limites da Lei.

Visando corroborar com essa afirmação:

Só existe Estado Democrático de Direito se, ao mudarem os agentes políticos de um Estado, os seus agentes administrativos efetivos possuem garantias para exercerem com imparcialidade a sua função pública. Se assim não for, tais agentes não estão sujeitos à vontade da lei e, sim, à vontade e caprichos de cada agente político que assume o poder (COUTINHO, 1999, p. 105).

Entretanto, no Brasil, a estabilidade não é sinônimo de permanência a qualquer título no serviço público, antes pelo contrário, se trata de garantia que

pode ser assegurada aos servidores públicos. A aquisição da estabilidade também não decorre apenas e tão somente da aprovação em concurso público e o respectivo ato de nomeação. Vejamos o que dispõe a Constituição de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

A aquisição da estabilidade, desta feita, acontece após 3 (três) anos de efetivo exercício no cargo para o qual foi nomeado em virtude do concurso público e desde que tenha sido submetido a avaliação obrigatória por comissão constituída para esta finalidade. Este procedimento de avaliação obrigatório durante os 3 (três) anos de exercício é o que usualmente tem se denominado de estágio probatório. Trata-se em verdade de:

[...] de período de experiência, supervisionado pela Administração, destinado a verificar a real adequação de agentes públicos ocupantes de cargos de provimento efetivo ou de provimento vitalício na primeira fase

da relação funcional que encetam com o Estado. Neste lapso de tempo, atualmente limitado para os agentes civis ao máximo de três anos, busca-se avaliar a retidão moral, a aptidão para a função, a disciplina, a responsabilidade, a assiduidade, a dedicação e a eficiência dos agentes empossados e em exercício, mediante observações e inspeções regulares. Neste período, além disso, deve a Administração velar pelo treinamento e adaptação dos novos integrantes da organização pública, selecionados a partir de concurso público. (MODESTO, 2002, p. 2)

Portanto, cumprido esse procedimento de avaliação durante e exercido o cargo durante o tempo previsto na Constituição, resta impedida a demissão voluntária dos servidores público, como regra.

Existem, por outro lado, exceções que estão no próprio texto da Constituição e no art. 41 anteriormente citado, quais sejam: a possibilidade de demissão por meio de sentença judicial transitada em julgado ou por meio de processo administrativo disciplinar onde restar assegurada a ampla defesa e o contraditório, assim como por meio de avaliação periódica de desempenho⁵, assegurada a ampla defesa.

Logo, o fato de ser estável não torna o servidor como soberano perante o serviço público e o órgão ao qual está vinculado, antes pelo contrário, o estado possui a possibilidade de proceder com a sua demissão, desde que nos casos elencados no art. 41 e garanta a ampla defesa e o contraditório.

Não se pode perder de vista, entretanto, que não são apenas a hipóteses previstas no art. 41 que possibilitam a demissão dos servidores públicos estáveis, pois o art. 169 § 4º, também traz tal prerrogativa ao estado, especialmente por conta da necessidade de ajustamento das finanças públicas, ao passo que estabelece: “[...] o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal”.

Neste sentido, a estabilidade não é apenas uma garantia para o servidor público fazer frente as inconsistências e incongruências dos gestores e suas convicções políticas partidárias, mas sobretudo a sociedade e a necessidade de um serviço público pautado pela continuidade, sequência e de acordo com o interesse público, independente de quem venha a assumir o comando dos entes federativos.

5 – Essa última possibilidade depende de Lei Complementar, a qual ainda não foi editada, razão pela qual tem sido inaplicável atualmente.

IV – A ESTRUTURA TRIBUTÁRIA COMO ELEMENTO ESSENCIAL AO FUNCIONAMENTO DO ESTADO NA PERSPECTIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS E OS REFLEXOS DE RESPONSABILIZAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As funções tributárias por força do disposto no art. 37, XXII⁶, da Constituição, são entendidas como essenciais ao funcionamento do Estado e, portanto, devem ser exercidas por servidores de carreiras específicas. Isso significa que a Administração necessita estruturar seu quadro para atender a essa demanda, e que o deve fazer privilegiando tais servidores – concursados – em carreiras específicas.

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos do processo n. 008083-0200/12-4, utilizado metodologicamente no presente estudo, analisando as contas do exercício do ano de 2012 do Município de Rolante, evidenciou as circunstâncias narradas nos demais itens da exposição, especialmente com relação a ausência de quadro de pessoal necessário e fundamental ao exercício da atividade tributária.

O julgado do órgão de fiscalização externa apresenta que o ente público municipal exercia atividade fiscalizatória incipiente, encarregando a atividade de inscrição e baixa de créditos tributários a oficial administrativo, que não os desprezando, antes pelo contrário, mas que não possuíam atribuições específicas e, portanto, condições para o pleno conhecimento da matéria tributária.

Ou seja, o ente público, embora tenha a obrigação constitucional para com a administração tributária, já que ela é fundamental para a existência do Estado, pois sem arrecadação não sobrevive, desconsidera que para o pleno exercício dessas funções é preciso um corpo de profissionais específico, com atribuições e eventualmente formação correlatas a matéria tributária justamente para inibir ações anulatórias e por consequência perda de recursos financeiros vitais para a prestação de serviços públicos aos cidadãos.

Inexiste, de acordo com o que se extrai do julgado, uma consciência política e administrativa no sentido de que a organização da administração tributária é

6 – Art. 37 [...]

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

condição para o desenvolvimento de toda a coletividade. Sem a arrecadação não perde o político que está à frente de determinada gestão, com mandato transitório, mas a própria coletividade que acaba afetada pela escassez ou falta de recursos necessários para a manutenção e sobrevivência de serviços públicos.

A estruturação da administração tributária se revela como elemento essencial para outras funções, principalmente porque a maioria das atividades exige recursos financeiros, quer seja para gastos com pessoal necessário a execução, quer seja com recursos materiais. Sem isso, é flagrante, portanto, o prejuízo ao administrado por mera inobservância do administrador à preceitos constitucionais básicos para o bom gerenciamento do ente público.

É interessante, no mesmo julgado, a reflexão acerca da obrigatoriedade legal e constitucional com que o sistema tributário vincula a administração pública em pormenorizar e profissionalizar a arrecadação. É uma garantia da própria legislação para fazer valer as garantias constitucionais que serão postas em prática através de políticas públicas que, como já dito, serão custeadas majoritariamente com dinheiro arrecadatório de tributação.

Nessa lógica, de eficiência em gestão tributária através de uma estruturação adequada dos cargos e, com isso, conseqüentemente uma maior arrecadação e gerenciamento fiscal, o julgado número 008713-0200/12-9, também do TCE de 2017, relativo à análise de contas do executivo municipal de Passa Sete no período de 2012, faz uma ligação entre renúncia fiscal, crime de responsabilidade com a falta de estrutura de fiscalização tributária adequada:

1) Defasagem nos dados utilizados para lançamento e cobrança do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana. Último recadastramento geral dos imóveis do Município para fins de cobrança de IPTU realizado em 1998.

2) Constatou-se ausência de efetiva cobrança dos créditos tributários na amostra que selecionou os maiores devedores do Município. Verificou-se que os esforços administrativos e judiciais são parcos e registram falhas como: ausência de notificação administrativa, acordos de parcelamento não adimplidos e omissão na propositura de ações judiciais de cobrança. Afronta ao art. 11 da Lei Complementar Federal nº 101/2000, bem como aos princípios constitucionais da Legalidade e da Eficiência.

É clara a renúncia de tributos e receitas por parte do gestor em função de sua negligência na estruturação do setor tributário e sua atualização, o que

gera grandes prejuízos ao erário, incidindo no disposto no Art. 10 da Lei 8429/92 “*X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público*”. (grifo no original).

Apesar de não existir menção direta ao quadro funcional, o julgado ainda se mostra pertinente em fazer uma análise crítica em relação as consequências da falta de estruturação adequada de um organismo voltado para questões tributárias dentro da administração pública.

No julgado número 08254-0200/12-8, de 14 de dezembro de 2016, relativo à auditoria de contas do executivo municipal, dessa vez do município de Ilópolis (também relativos ao exercício fiscal de 2012), há a mesma associação que o tribunal de contas vêm adotando e conforme demonstramos até aqui. O caso envolveu desvio de função de um concursado público destinado a atuar na área tributária que, entretanto, estava exercendo atividade privada contábil junto a um escritório de contabilidade.

Dessa forma, demonstrou-se o entendimento de que havia uma vacância de fato no cargo para área de fiscalização e cobrança de tributos trazendo, infelizmente, prejuízo ao erário público:

1) Tal desvio de função acarretou em prejuízo das atividades de fiscalização tributária do Município, como foi evidenciada pela Equipe Técnica, que constatou a inexistência de quaisquer atos de infração, de fiscalização a instituições bancárias ou de atualização na planta imobiliária do Município, refletindo deficiência estrutural do setor.

Tem-se despesa em duplicidade, visto que ocorreu a contratação de prestação e serviços, sendo os mesmos prestados por servidor efetivo, bem como houve o provimento de contador no quadro de servidores. Tem-se despesa desnecessária com a terceirização do serviço. Violação do princípio da economicidade. Acrescenta-se à isso o fato de o gestor corroborar com tal cenário, tendo aceito o serviço terceirizado de servidor efetivo em desvio de função, conduta esta que gerou prejuízo ao erário em função dos pagamentos à empresa e ao servidor. **Em função do desvio de função do servidor concursado para o cargo de Inspetor Tributário, desempenhando, entretanto, atividade de Contabilista, há violação do princípio da eficiência, visto que tal conduta acarretou prejuízos nas atividades da área tributária que deixaram de serem desempenhadas.**

Os exemplos são inúmeros e podem se tornar exaustivos, mas é indubitável que o Tribunal de Contas reconhece a importância que uma função pública específica para a atuação tributária nas contas municipais é de vital importância para saúde financeira do ente federativo, bem como, conforme abordado, existe a óbvia relação entre uma receita bem gerida em conformidade com os preceitos e mandamentos constitucionais.

Entretanto, é preciso enfatizar que os reflexos das decisões do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul em relação a falta de cargo e setor tributário organizado por parte do administrador público, com nítida afronta a legislação, nos termos de pesquisa utilizados para o desenvolvimento metodológico do trabalho não encontrou substrato de condenação em sede de improbidade administrativa.

As tentativas de pesquisa de julgados no site oficial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com as palavras-chave, organização tributária e improbidade administrativa, ainda que carregadas de relativa generalidade, não retornaram julgados que evidenciam a atuação punitiva com relação a eventual improbidade administrativa cometida por parte dos gestores públicos displicentes à organização tributária.

V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A organização tributária, conforme visto, possui assento constitucional, especialmente por se tratar de matéria essencial ao funcionamento do Estado. Nessa lógica, a existência de corpo de profissionais efetivos e gozando das prerrogativas de servidor público, são fundamentais para que a atividade fiscalizatória seja exercida com independência e eficiência, postulados da Constituição.

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, a partir dos julgados utilizados metodologicamente para o desenvolvimento do trabalho, mostra-se atento a necessidade da organização tributária nos Municípios, sobretudo no que se refere aos reflexos que a falta de servidores efetivos e específicos para tal mister provocam em todo o sistema.

Ao contrário disso, o Tribunal de Justiça, diante dos critérios de pesquisa utilizados para o trabalho não apreciou nenhuma questão que diga respeito a condenação por improbidade administrativa dada a ausência de organização tributária.

Nesse sentido, ou os gestores, diante de apontamentos pela Corte de Contas corrigem a irregularidade e, por sua vez não são objeto de denúncia

por prática de improbidade administrativa, ou então, confirma-se a hipótese lançada, ou seja, que a despeito da existência do ordenamento, inexistem condenações em responsabilidade pela ausência de organização tributária, ainda que ela seja fundamental e essencial para o funcionamento do Estado como um todo.

VI – REFERÊNCIAS

BARROS, Wellington Pacheco. *O município e seus agentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BITENCOURT, C. M.; RECK, J. Controle da transparência na contratação pública no Brasil – o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da administração pública. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul. Vol. 2, n. 49, 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7892/5125>>. Acesso em 10 ago. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRESSER PEREIRA, L.C.; GRAU, N.C. *Entre o Estado e o Mercado: O Público Não-Estatal*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

COUTINHO, Ana Luísa Cellino. *A Estabilidade do Servidor Público na Reforma Administrativa*. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE*. Recife. Vol. 4, n. 9, 1999.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. *Tudo Sobre a Reforma Administrativa e as Mudanças Constitucionais*. *Coletânea Administrativa Pública*. Brasília: Brasília Jurídica, Vol. 4, 1998.

GABARDO, Emerson. *O Jardim e a Praça para além do Bem e do Mal – uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social*. 2009. 396 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado – Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, 2009. Disponível em: < https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10 ago. 2019.

GARCIA, Emerson. *Sujeitos dos atos de improbidade: reflexões*. Disponível em: <<http://www.femperj.org.br/pesquisas/artigos>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do direito Público brasileiro *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 13, n. 53, pág. 133-168, jul./set. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEAL, R.G.; FONTANA, E. *Considerações acerca de uma maior eficiência na realização dos serviços públicos na administração pública brasileira pós-reforma: relação qualitativa entre Estado e Sociedade no que tange a teoria habermasia na acerca da participação social na prestação do serviço público no Brasil*. In: SCORTEGAGNA, Fernando; COSTA, Marli da; HERMANY, Ricardo (organizadores). *Espaço Local, Cidadania e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regime estatutário e Estado de Direito*. *Revista Trimestral de Direito Público*, Vol. 55, pág. 139-155, 2011.

MODESTO, Paulo. Estágio Probatório: questões controversas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, Vol. 12, 2002.

Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da Reforma Administrativa Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RECK, Janriê Rodrigues. *Aspectos teórico-constitutivos de uma gestão pública compartilhada: O uso da proposição habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público*. 2006. 320 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006.

SCHIER, Adriana Costa Ricardo. *Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição ao retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016.

DO CONTROLE DE QUALIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: PERSPECTIVAS DE ANÁLISE DO CONTROLE EXTERNO NO RIO GRANDE DO SUL

Gabriela Trindade Choaire¹
Maritana Mello Bevilacqua²

RESUMO. Esta pesquisa tem por escopo investigar, através da seleção de decisões, a atuação do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul quanto aos fatos submetidos ao seu crivo que versem sobre impropriedades nas condutas dos gestores municipais atinentes aos serviços públicos de abastecimento de água e esgoto. O objetivo é verificar a adequação das condutas aos tipos típicos da lei de improbidade administrativa e do decreto-lei nº 201/1967, e se a Corte de Contas adota a providência de encaminhar os autos para apuração de responsabilidade ao órgão competente. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, adotando-se o método dedutivo, e como método de procedimento o estudo de caso, já que o objetivo era analisar as decisões do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. A conclusão é a de que a Corte de Contas, a despeito de efetuar o controle externo dos atos, no que toca aos serviços de abastecimento de água e esgoto, considera, na maior parte dos casos,

1 – Graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Pós-graduanda em Advocacia Trabalhista e Previdenciária pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestranda pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Advogada.

2 – Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Mestranda pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Procuradora Federal.

que são ações ou omissões que prescindem de responsabilização por improbidade administrativa e/ou crime de responsabilidade. O artigo foi desenvolvido a partir dos trabalhos realizados no grupo de pesquisa Estado, Administração Pública e Sociedade, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul.

Palavras-chave: Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul; improbidade administrativa; crime de responsabilidade; serviços públicos; controle externo

ABSTRACT. This research presents a brief investigation about Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul's decisions which have analyzed acts or omissions committed by mayors, about public services of water supply and sewer system. The research's problem is to investigate if the most common mistakes can be considered as administrative lack of integrity or crime, and if the Tribunal de Contas takes action to prosecute the guilty's persons. In order to seeking the answer, a bibliographical, legislative e jurisprudence research was done using the deductive method, and as regards the procedure, the case study method was chosen, since the objective was to analyze the current position of the Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, and check it with the doctrine and legal bases, specially the decreto-lei number 201/1967 and law number 8.429/1992. In conclusion, we considered, in spite of carrying out the external control of the acts, in relation to water supply and sewage services the Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, considers, in most cases, that the actions or omissions do not take responsibility for administrative improbability and/or crime of responsibility. The article was developed based on the studies carried out in the State, Public Administration and Society research group of the Master's Program in Law of the University of Santa Cruz do Sul.

Keywords: Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul; administrative lack of integrity; responsibility crime; public services; external control

I – INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a realizar uma abordagem do controle efetuado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul considerando as decisões tomadas entre 25 de agosto de 2016 à 25 de agosto de 2018, com relação aos aspectos de qualidade e quantidade dos serviços públicos de fornecimento de água e de recolhimento de esgoto oferecidos pelos municípios gaúchos. O

objetivo da pesquisa é identificar os equívocos mais recorrentes cometidos pelos gestores municipais e que foram submetidos ao crivo do Tribunal de Contas do Estado, cotejando as decisões proferidas com a legislação que tipifica as infrações de responsabilidade e de improbidade administrativa e as referências doutrinárias sobre o tema.

O problema que permeia a pesquisa é identificar se a Corte de Contas do Rio Grande do Sul tem dado o devido tratamento aos atos que podem configurar improbidade no que tange às irregularidades verificadas nos serviços públicos de água e de tratamento de esgoto, cometidas pelos gestores locais. A hipótese é a de que, uma vez que se tenha um ato irregular, que não atenda os requisitos legais e que sinalize o enquadramento como infração de improbidade administrativa, deve ser devidamente encaminhado ao Ministério Público para fins de adoção das providências cabíveis. O método utilizado, para tanto, é o dedutivo, com a revisão de conceitos relacionados aos casos selecionados para análise.

Estrutura-se a pesquisa em quatro tópicos. No primeiro tópico realizar-se-á o estudo pormenorizado das competências municipais para realização dos serviços públicos, com análise do que dispõe a Constituição Federal e doutrina. No segundo tópico, analisar-se-á os parâmetros legais para fins de aferição da qualidade e da quantidade dos serviços de água e recolhimento de esgoto nos municípios, com o estudo aprofundado da lei nº. 11.445/2007, a qual estabelece diretrizes nacionais para o serviço de saneamento básico. Com relação ao terceiro tópico, através da análise dos julgamentos selecionados oriundos do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, observar-se-ão os erros típicos encontrados, tanto na contratação do serviço, quanto na sua prestação, com relevância aos casos mais atuais. Ao final, no quarto tópico serão elencadas as consequências jurídicas potencialmente aplicáveis aos equívocos relacionados no subtítulo anterior, com ênfase para os crimes de responsabilidade e da lei de improbidade administrativa.

II – DAS COMPETÊNCIAS DO MUNICÍPIO PARA A REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS MUNICIPAIS

A Constituição Federal adotou o modelo de república federativa (artigo 1º), colocando no mesmo nível de autonomia União, Estados e Municípios, atribuindo, a cada um dos entes, competências distintas e complementares entre

si, objetivando um equilíbrio entre eles. As competências atribuídas ao Município encontram-se encartadas, precipuamente, no artigo 30 da Constituição Federal³ e, dentre elas, consta do inciso V àquela atinente à prestação de serviços públicos de interesse local⁴.

A expressão “serviços públicos” deve ser entendida, para os fins deste estudo, como as “atividades materiais prestadas pelo poder público em prol da coletividade, com o objetivo de proporcionar condições de acesso aos bens essenciais à vida do ser humano” (SCHIER, 2018, p. 36). É dizer, então, que cabe à municipalidade a consecução de atividades que almejam atingir os fins sociais propostos pela Constituição Federal enquanto elementos que compõem a noção de dignidade da pessoa humana. Nessa esteira, aliás, Mello (2013, p. 689) aduz que serviço público é o “oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, em um regime de direito público - portanto consagrador de prerrogativas e restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido no próprio sistema normativo”.

Tais “comodidades fruíveis”⁵ não ficam à mercê da vontade do administrador ou do legislador infraconstitucional em termos de qualidade e quantidade, tendo a Constituição Federal lançado as bases mínimas as quais eles devem atender, conforme disposto no artigo 175:

3 – Existem outras competências espalhadas ao longo do texto constitucional, como aquela prevista no art. 29, *caput*, pela qual se concede ao município a capacidade de auto-organizar-se pela edição de lei orgânica; o art. 182, §1º que traz a exigência de elaboração de plano diretor para os municípios com mais de 20 mil habitantes; art. 156, que versa sobre as competências de índole tributária; art. 198, que atribui competência para a prestação de serviços de saúde e o art. 211, que versa sobre a competência para a prestação dos serviços de ensino.

4 – Sobre a extensão da expressão “interesse local”, tem-se como conceito indeterminado, propiciando que esteja sempre atual no contexto temporal em que analisado. Sobre o tema, confira-se a obra de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, intitulada *Direito Municipal* (Belo Horizonte: Fórum, 2018).

5 – Digno de nota o fato de que inexiste uma unanimidade sobre o conceito de serviço público. Conforme Reck (2009, p. 301), trata-se de conceito mutável, aberto, e “isso significa que o conteúdo do conceito de serviço público nunca é decidido de uma vez por todas. A resposta final é sempre adiada, e os juristas podem argumentar uns contra os outros a excelência de uma ou outra posição. Esse modo de operar tem uma vantagem fundamental: a vagueza/pluralidade não atinge o próprio serviço público. Plural e vago é o conceito. O serviço público sempre é duro, seja na forma, seja na diferença: serviço público é aquilo que o conceito de serviço público diz que é”.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Nesse panorama é que exsurge o regime jurídico do serviço público, esmiuçado, notadamente pelo artigo 6º da lei nº 8.987/98, que informa os requisitos mínimos aceitáveis para a prestação de um serviço público adequado, quais sejam: 1) generalidade; 2) modicidade; 3) continuidade; 4) regularidade; 5) eficiência; 6) segurança, 7) atualidade e 8) cortesia. Tais disposições são aplicáveis a toda prestação de serviço público, seja aquela diretamente ofertada pelo poder público (inclusive os municípios), seja executada por permissionários e concessionários.

A indicação de *standards* mínimos para se considerar como “adequado” o serviço público reflete a preocupação do constituinte originário em evitar, dentro do possível, falhas e omissões que, impliquem atingir direitos fundamentais - notadamente, neste caso, os direitos sociais. Direito à educação, à previdência, à saúde, à saneamento básico e infraestrutura, por exemplo, para além de demandarem políticas públicas, também exigem a prestação material, traduzida em um serviço público que, ao fim e ao cabo, exerce papel de garantia para esses direitos (SCHIER, 2016, p. 170). A nota de fundamentalidade que permeia os direitos sociais (SARLET, 2015), serve como justificativa para se defender que a prestação de serviços públicos tenha resguardo constitucional - tal como previsto no art. 175 -, uma vez que atrelado à concretização do mínimo existencial e dos fins maiores do Estado Democrático de Direito⁶.

6 – Nesse sentido, conclui Schier (2016, p. 227-228) que “A partir de tais digressões, é inegável que os princípios que compõem o regime jurídico do serviço públicos referem-se diretamente ao conteúdo que, em comum, se tem atribuído ao mínimo existencial. Sem a garantia de que o serviço seja ofertado indistintamente a todos, de maneira contínua e mediante uma tarifa capaz de ser suportada, não haverá direito social assegurado. São esses traços que vão propiciar, em última análise, o pleno desfrute do direito à vida, à saúde, à educação, ao transporte, por exemplo”.

Especificamente no que toca aos serviços de abastecimento de água e tratamento de esgoto, a competência municipal ressaí da conjugação de um plexo de artigos extraídos diretamente da Constituição Federal. Tem-se, a princípio, o artigo 24, inciso VI, que institui ser concorrente entre União, Estados e Distrito Federal a alçada para legislar sobre meio-ambiente e recursos naturais, o que engloba, por evidente, os serviços públicos de saneamento básico. Os parágrafos do mencionado artigo elucidam que a União, no contexto proposto, emite as normas gerais, cabendo aos demais a complementação, interpretação que deve ser conjugada com a previsão do artigo 30, inciso II, que expressamente incumbe os municípios de complementar as normas federais e estaduais no que couber (FERRARI, 2018). Vale sublinhar, ainda, o artigo 23, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que dispõe ser dever de todos os entes federados a promoção de programas de construção de moradias e aperfeiçoamentos das condições habitacionais e de saneamento básico, reforçando a ideia de cooperativismo federado que entrelaça os ideais constitucionais.

A prestação do serviço de saneamento básico, em razão da conjuntura constitucional de competências, acaba sendo desenvolvida, de forma mais usual, diretamente pelo poder público local ou estadual (pelas companhias estaduais de saneamento básico, por exemplo); através de empresas privadas que atuem sob o regime de concessão; ou, ainda, por gestão integrada da prestação material do serviço, através de consórcios municipais (FERRARI, 2018).

A essencialidade do serviço de saneamento básico enquanto forma de proteção da saúde e do meio ambiente, e de instrumento de garantia a uma vida digna, tem sido objeto de diversos apontamentos efetuados pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul em face de atos irregulares cometidos pela municipalidade, como aqueles que destoam dos padrões de qualidade e quantidade, conforme se demonstrará nos próximos tópicos.

III – DA QUALIDADE E QUANTIDADE DOS SERVIÇOS DE ÁGUA E RECOLHIMENTO DE ESGOTO NOS MUNICÍPIOS

Consoante adiantado no ponto precedente, coube aos municípios, de forma mais preponderante, pela repartição de competências operada pela Constituição Federal, a prestação dos serviços de água e de recolhimento de esgoto, posto se tratar de assunto de interesse local e de mais fácil controle e execução no desenho

federal delineado. Tais serviços devem atender aos princípios básicos que norteiam o regime jurídico dos serviços públicos, com previsão no artigo 6º da lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, devendo ser prestado de forma universal, módica, eficiente, segura, contínua e atual, em síntese.

Para além desses preceitos gerais, há aqueles especificados pela lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, a qual estabeleceu diretrizes nacionais para a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgoto, com previsão no artigo 3º dos seguintes postulados: 1) universalização do acesso ao serviço; 2) prestação com integralidade; 3) abastecimento de água e esgoto, limpeza e manejo de resíduos sólidos de forma adequada à garantia da saúde e da integridade do meio ambiente; 4) disponibilidade, em área urbana, de drenagem e manejo de águas da chuva, limpeza e fiscalização das redes pluviais; 5) adoção de métodos que considerem as peculiaridades locais; 6) articulação do serviço de saneamento básico com outras políticas públicas; 7) eficiência e sustentabilidade; 8) incentivo à pesquisa de técnicas que visem trazer eficiência e reduzir custos aos usuários; 9) transparência e controle social; e 10) combate à perda de água e estímulo ao seu uso racional.

Denota-se, pois, que existe um robusto conjunto de vetores que norteiam a prestação dos serviços de saneamento básico, justamente pela sua essencialidade enquanto instrumento de garantia que dialoga com diversos direitos fundamentais sociais (saúde, educação, direito ao ambiente saudável), refletindo de forma direta na concretização do princípio maior do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana. Aos municípios cabe, nesse contexto, a elaboração de um plano de saneamento básico⁷, elemento obrigatório e que deve ser revisto a cada quatro anos, no mínimo, como forma de se antever os gastos e o planejamento a ser desenvolvido, sempre voltado, repete-se, ao atendimento dos critérios antes mencionados⁸.

7 – Conforme previsão do art. 9º da lei nº 11.445/2007

8 – O conteúdo do plano de saneamento básico está encartado no artigo 19 da lei nº 11.445/2007: “Art. 19. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo: I - diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas; II - objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais; III - programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento; IV - ações para emergências e contingências; V - mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas”.

As condições dos serviços de saneamento básico ofertados são objeto de atenção por parte da Secretaria Nacional de Saneamento do Ministério do Desenvolvimento Regional que divulga, anualmente, um “Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos”. Com relação ao Rio Grande do Sul, objeto de recorte territorial para fins desta pesquisa, o último informe, referente ao ano de 2017, traz indicativos de que o atendimento urbano por rede de água nos municípios gaúchos é superior à 90% do índice médio; enquanto que a rede coletora de esgoto está presente em até 40% (MDR, 2019).

Outro levantamento de dados realizado no âmbito do Instituto Brasileiro de Pesquisas e Estatísticas (IBGE), em 2008, identificou que todos os 496 municípios gaúchos possuíam algum tipo de manejo de resíduos sólidos, 494 contavam com rede geral de distribuição de água, 481 possuíam sistema de manejo de águas pluviais, mas apenas 201 ofereciam rede coletora de esgotos (IBGE, 2010). Nota-se, assim, que existe, a princípio, um atendimento quase a contento da prestação de abastecimento de água em termos quantitativos, mas há mácula grave no que concerne à prestação de coleta e tratamento de água e esgoto.

Apresentadas as bases legais que regem a temática, bem como o atual panorama em termos de prestação dos serviços de saneamento básico, caberá investigar, no próximo tópico, quais as irregularidades mais usuais que o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul identifica para tais serviços, tanto em termos quantitativos quanto em termos qualitativos.

IV – DOS ERROS TÍPICOS ENCONTRADOS NOS JULGAMENTOS DO TCE

Como *corpus* para esta pesquisa, selecionou-se as decisões do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, proferidas entre 25 de agosto de 2016 à 25 de agosto de 2018, que envolvessem municípios, e cujo resultado fosse o julgamento de irregularidade das contas. A partir daí, procedeu-se à análise qualitativa das decisões, com o fito de verificar-se quais as ilegalidades mais usuais que são identificadas pela Corte de Contas em relação à prestação dos serviços de abastecimento de água e de recolhimento de esgoto.

Uma das primeiras - e mais graves - irregularidades verificadas é a ausência do sistema de coleta de esgoto urbano, caso do processo 008713-0200/12-9, por exemplo, que envolvia os gestores locais do município de Passa Sete/RS, e no qual

constatou-se que vigia entre o ente e a CORSAN (Companhia Rio Grandense de Saneamento) contrato firmado há mais de doze anos para prestação de serviço de abastecimento de água e de esgoto, mas não havia, até aquele momento, sido instalada a competente rede de esgotamento sanitário.

É evidente, nesse cenário, a violação do direito à saúde e ao meio-ambiente equilibrado (artigos 5º, inciso VI e 6º da Constituição Federal), posto que inexistente o serviço básico de coleta e tratamento de esgoto, bem assim como dos requisitos mínimos para fins de enquadramento do serviço público como adequado, preconizados pelo artigo 6º da lei nº 8.987/1995 e, ainda, pela omissão/inércia da municipalidade em realizar a devida fiscalização do contrato, e de cobrar o atendimento dos objetos ali previstos, agredindo o artigo 29 da lei nº 8.987/1995.

O mesmo contexto ressaí do processo nº 008489-0200/12-3, que identificou a inexistência de rede de esgoto no município de Barra do Guarita/RS, a qual era realizada por fossas sépticas ou sumidouros individuais, não ocorrendo o tratamento devido aos resíduos sanitários; do processo nº 008672-02/12-9, que envolvia o município de Agudo, tendo constatado-se que, mesmo após cinco anos de contrato com a CORSAN, não havia sido instalada a rede coletora de esgoto nas zonas urbanas e rurais do município; e ainda no processo nº 003130-0200/14-5, envolvendo a municipalidade de Ubiretama, nas mesmas condições de inexistência de esgotamento sanitário.

Outro equívoco verificado regularmente pelo Tribunal de Contas da União era o absentismo do plano municipal de saneamento básico, exigência do artigo 11, inciso I da referida lei nº 11.445/2207, documento considerado essencial para a validade dos contratos referentes à prestação dos serviços públicos de saneamento básico. Os municípios que não possuíam tal documento e, ainda assim, firmavam contratos de prestação de serviços de saneamento básico, incorriam em assalto à aludida previsão, bem assim como dos balizamentos constitucionais que regem a administração pública, tais como a legalidade, mencionado pelo artigo 37, *caput*, da Constituição Federal⁹.

Destaca-se, ainda, dentre as irregularidades mais corriqueiras, a ineficiência da gestão dos custos dos serviços de saneamento, gerando déficits ao erário da municipalidade. O serviço de abastecimento de água deve ser custeado pelos usuários (consumidores), posto que podem ser identificados e quantificados,

9 – A situação foi verificada nos seguintes processos selecionados: processo nº 008489-0200/12-3 (Barra do Guarita/RS) e processo nº 003130-0200/14-5 (Ubiretama/RS).

contando-se, assim, com a respectiva fonte de financiamento, e a falta de ação fiscal planejada que implica prejuízo às contas públicas desobedece às regras de gestão financeira, precisamente o artigo 1º, §1º da Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000¹⁰, podendo configurar, ainda, atentado aos postulados da eficiência, economicidade, legalidade e ato de renúncia fiscal (em descompasso com o artigo 14 da Lei Complementar nº 101/2000).

O fato relatado foi verificado, *verbi gratia*, no processo nº 008241-0200/12-8 (Chapada/RS), no qual o déficit com a prestação do serviço de abastecimento de água das unidades rurais do município atingiu o patamar de R\$ 332.310,87 referente ao ano de 2012, enquanto que a receita foi de apenas R\$ 91.991,95. A discrepância foi ocasionada, conforme relatado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, devido à alta inadimplência dos usuários (e a pouquidade de ações tendentes à cobrança); a carência de instalação de hidrômetros, ocasionando a cobrança apenas da tarifa básica; e a exigência de tarifas de instalação em valores inferiores aos custos efetivos.

Situação semelhante foi revelada no processo nº 008435-0200/12-3 (município de Coxilha/RS), em que a cobrança da taxa básica de fornecimento de água foi fixada por lei municipal (lei nº 1.142/2209), com previsão de sobretaxa pelo uso que excedesse a 10 metros cúbicos/mês. A municipalidade, contudo, não efetuou as medições do consumo, nada obstante tenha instalado 195 hidrômetros entre os anos de 2009 e 2011, e os munícipes pagaram, exclusivamente, a taxa básica. A omissão do gestor local em efetuar a cobrança adequada dos valores implicou em um prejuízo às contas públicas, identificando-se com a renúncia de receitas e o desrespeito ao princípio da legalidade, da eficiência e da economicidade. Na mesma toada, ainda os processos nº 008280-0200/12-2 (município de Ibirapuitã/RS), e processo nº 002666-0200/15-9 (município de Porto Lucena).

Analisadas as decisões do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, proferidas entre 25 de agosto de 2016 à 25 de agosto de 2018, que envolvessem municípios, bem como obtidos e elencados seus erros típicos, caberá apresentar,

10 – “§1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar”.

no próximo tópico, quais as consequências jurídicas aplicáveis aos equívocos encontrados, com ênfase para os crimes de responsabilidade e da lei de improbidade administrativa.

V – DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS: CRIME DE RESPONSABILIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O foco desta pesquisa é verificar o enquadramento das condutas no âmbito das infrações administrativas que geram atos de improbidade administrativa, tipificadas pela lei nº Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, nos artigos 9º, 10 e 11 - que caracterizam, respectivamente, dano ao erário, enriquecimento ilícito e violação aos princípios administrativos - e dos crimes de responsabilidade para os prefeitos (Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967). Importa ressaltar, de pronto, que a conformação do ato como improbidade administrativa não impede a verificação do fato enquanto crime de responsabilidade pela mesma conduta ou omissão (STOCO, 2017).

Cotejando-se as incorreções elucidadas no tópico antecedente com os dispositivos legais, parece-nos que várias são as condutas que se amoldam aos tipos da lei de improbidade administrativa mas que, em sua maioria, não tiveram como destino final o Ministério Público para fins de análise da imperatividade de ajuizamento de ação civil pública. Inicie-se com os casos que versaram sobre a falta de sistema de coleta de esgoto urbano mesmo com contratos vigentes entre a municipalidade e a empresa que deveria prestar tal serviço, e com expressa previsão da obrigação de implantar o esgotamento sanitário.

A inércia do gestor público municipal ao permitir, por exemplo, no caso do processo 008713-0200/12-9, a vigência do contrato com a CORSAN por mais de doze anos sem que a cláusula de instalar esgotamento sanitário fosse executada nesse longo lapso temporal, é fato que atenta contra o dever de conservar o patrimônio público, pois se permite a perpetuação da violação ao meio-ambiente, e contra os primados da legalidade e eficiência, uma vez que compete ao executivo municipal efetuar o controle e a fiscalização dos contratos celebrados. E, a despeito da gravidade da situação, o Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul aplicou multa aos gestores (de apenas R\$ 1.200,00), e indicou a necessidade de saneamento das irregularidades, arquivando os autos.

Entretanto, é evidente que a omissão do poder público em fiscalizar o contrato celebrado, que não logrou ser executado de forma completa, encaixa-se

aos tipos do art. 10, inciso X (“agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;”) e art. 11, *caput* (“constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:”), ambos da lei nº 8.429/1992. Tal irregularidade, consoante já adiantado, não foi objeto de encaminhamento ao Ministério Público para instauração do procedimento investigatório preliminar, não obstante a gravidade da conduta.

Por certo que a exegese da Lei de Improbidade Administrativa não implica a afirmação de que toda irregularidade é uma improbidade, sendo conceitos distintos. A improbidade demanda a análise do objetivo visado pela ação ou omissão do agente público, cabendo averiguar o elemento subjetivo, essencial a ser considerado para fins de averiguação da incidência do art. 11 (GAJARDONI, 2014). Entretanto, os fatos relatados no processo em comento importam em, no mínimo, sérias dúvidas sobre o dolo do gestor municipal, posto que o contrato de prestação de serviços com a CORSAN estava vigente há 12 anos, sem notícias de que houvesse alguma espécie de exigibilidade da cláusula de instalação da rede de esgoto sanitária no município. Portanto, ainda que não se evidenciasse o dolo de forma apriorística nos autos, as vicissitudes do caso concreto permitem pôr em dúvida a impossibilidade de afastamento do elemento subjetivo dolo e, neste caso, caberia o encaminhamento ao Ministério Público para averiguação mais aprofundada dos fatos.

No mesmo compasso, a decisão adotada nos autos nº 008489-0200/12-3, em que constatou-se que a municipalidade não havia confeccionado o plano municipal de saneamento básico previamente à contratação da CORSAN para a prestação do serviço, e o esgotamento sanitário não foi instalado, forçando a população a utilizar sistemas individuais de fossas sépticas e sumidouros. Quanto ao primeiro fato, tem-se que a aplicação de recursos públicos sem o embasamento legal é despesa irregular, na forma do art. 10, inciso IX da lei nº 8.429/1992 (“ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;”), posto que a lei nº 11.445/2007, no artigo 19, exige a feitura do plano de saneamento básico. Há, ainda, que se mencionar que a conduta se encaixilha ao art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei nº 201/1967, tipificando-se como crime de responsabilidade (“V - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes”).

No que toca à ausência de esgotamento sanitário, há clara ofensa à Constituição Federal (art. 225), à lei estadual nº 11.520/2000¹¹ e à lei federal nº 11.445/2007, categorizando-se como crime de responsabilidade do Decreto-Lei nº 201/1967, art. 1º, inciso XIV (“negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente”). Os gestores municipais, no caso em testilha, foram considerados relapsos pelo Tribunal de Contas por diversos motivos, mas não o foram com relação às irregularidades nos serviços de abastecimento e esgoto sanitário, aplicando-se-lhes, apenas, multa pecuniária, em clara dissonância aos preceitos legais que regem a matéria.

Sobre os fatos em apreço, tem-se que há, em um primeiro momento, a potencial configuração de improbidade administrativa, porquanto dos atos e omissões dos gestores municipais resta caracterizado o dano ao erário e uma reprovabilidade extraordinária (JUSTEN FILHO, 2018), atraindo a coincidência das condutas previstas no artigo 10, inciso IX e artigo 11, inciso II (“retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”), todos da lei nº 8.429/1992. Nesse diapasão, não se pode deixar de mencionar que a observância dos deveres público se traduz em uma Administração Pública saudável, e a disfunção social da comissão ou omissão

há de ser aquilatado de forma contextual, com elementos analíticos mais profundos, [...] porque a disfunção há de ser valorada e diagnosticada no caso concreto, ocasião oportuna para perceber seu alcance, sua extensão, profundidade e todos seus efeitos, mais ou menos nefastos (OSÓRIO, 2018).

Salutar seria, assim, o encaminhamento dos autos ao Ministério Público, que poderia averiguar, com mais agudez, a ocorrência das infrações e do elemento subjetivo que as orientou, circunstância não valoradas pelo Tribunal de Contas por ocasião do julgamento. Todavia, a decisão proferida não cristaliza a improbidade

11 – “Art. 1º - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Estado, aos municípios, à coletividade e aos cidadãos o dever de defendê-lo, preservá-lo e conservá-lo para as gerações presentes e futuras, garantindo-se a proteção dos ecossistemas e o uso racional dos recursos ambientais, de acordo com a presente Lei”. (BRASIL, 2000).

com relação a tais aspectos, mas o Ministério Público teve ciência da decisão em razão do cometimento de outras condutas consideradas irregulares e passíveis de mais grave sancionamento.

Uma terceira impropriedade analisada, e recorrente nos processos que tramitaram junto à Corte de Contas, diz respeito ao déficit acumulado pelas municipalidades por ineficiência na gestão do serviço de abastecimento de água. Verificou-se tal evento, por exemplo, no processo nº 008241-0200/12-8, em que o saldo negativo chegou a atingir R\$ 332.310,87, derivado da alta inadimplência e escassez de medidas de arrecadação, a cobrança de valor inferior ao custo da instalação da rede de abastecimento e a carência de hidrômetros (o que ocasionava o pagamento da tarifa básica apenas).

Na esteira do expandido em tópico anterior, os serviços de abastecimento de água são divisíveis, podendo ser individualizado tanto o usuário quanto o uso em si (em termos quantitativos). Logo, oportuno afirmar que a ausência de controles sobre o uso da rede de abastecimento de água e da adoção de medidas de cobrança dos usuários importa em violação aos princípios da economicidade e atualidade (art. 6º, §1º da lei nº 8.987/1995), eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal e art. 6º, §1º da lei nº 8.987/1995), do dever de observância do zelo para a gestão fiscal (art. 1º da Lei Complementar nº 101/2000)¹² e dos requisitos para a renúncia de receitas (art. 14, §1º da Lei Complementar nº 101/2000)¹³.

Todo o arquetipo legal, no contexto, implica reconhecer a incidência do art. 10 da lei nº 8.429/1992, caracterizando improbidade administrativa nos termos do inciso I (facilitando, ao deixar de instalar os hidrômetros, que os particulares incorporassem ao seu patrimônio recursos que são públicos) e do inciso X (uma vez que o gestor público agiu de forma negligente na função arrecadatória). Ainda, violou os princípios que regem a Administração Pública, conformando-

12 – “§1 A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar”. (BRASIL, 2000).

13 – “§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado”. (BRASIL, 2000).

se, de forma subsidiária, ao artigo 11 da lei de improbidade administrativa. Diversamente dos casos anteriores, o Tribunal de Contas, reconhecendo a possível necessidade de deflagração de ação civil pública por improbidade administrativa, encaminhou cópia dos documentos ao Ministério Público estadual, para adoção das providências reputadas cabíveis, o que nos parece acertado ante o contexto caracterizado naqueles autos.

É de imperioso reconhecimento, então, que a Corte de Contas possui posicionamento que desconsidera os pormenores da situação em concreto e os possíveis efeitos da ausência de higidez dos atos e omissões perpetrados, especialmente porque os serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento dizem respeito a direitos fundamentais como a vida, saúde, moradia digna e meio ambiente. A mera aplicação de multas e recomendações aos gestores atuais não afasta a periculosidade e o dano ocasionado, havendo que ser levado em conta, ainda, o elemento subjetivo atrelado ao gestor responsável, bem como, evidentemente, às disposições da lei nº 8.429/1992 e do decreto-lei nº 201/1967.

VI – CONCLUSÃO

Ao realizar uma abordagem do controle efetuado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, no período mencionado, com relação aos aspectos de qualidade e quantidade dos serviços públicos de fornecimento de água e de recolhimento de esgoto oferecidos pelos municípios, o trabalho objetivou identificar os equívocos mais recorrentes cometidos pelas municipalidades gaúchas e que foram submetidos ao TCE, comparando as decisões com a legislação e doutrina pertinentes.

O problema que impulsionou o artigo foi identificar se e a Corte de Contas do Rio Grande do Sul tem dado o devido tratamento aos atos que podem configurar improbidade no que tange às irregularidades verificadas nos serviços públicos de água e de tratamento de esgoto, cometidas pelos gestores locais municipais, com esteio na análise comparativa entre as disposições regulamentares e doutrinárias que circundam a temática.

Através da análise efetuada, verificou-se que os municípios são as entidades federadas com competência para a execução dos serviços públicos de abastecimento áqueo e esgotamento sanitário, na forma do artigo 30 da Constituição Federal, com a observância dos padrões mínimos preconizados pelo artigo 6º da lei nº 8.987/98,(generalidade; modicidade; continuidade; regularidade; eficiência;

segurança; atualidade e cortesia). A exigência de patamares mínimos se justifica ante a fundamentalidade dos direitos que precisam ser resguardados com a prestação dos serviços públicos, traço essencial que pauta a atividade administrativa.

Constatou-se, também, que para além dos preceitos gerais mencionados, há aqueles especificados pela lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, a qual estabeleceu diretrizes nacionais para a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgoto, com previsão no artigo 3º. Tal lei se consubstancia em norma geral em termos de adequação do serviço, preocupando-se em afirmar diretrizes para a consecução da atividade. Ressai, do contexto, a necessária confecção, pelas municipalidades, do plano de saneamento básico, documento que servirá para planejamento e execução das atividades, e elemento imprescindível para a celebração de contratos que tenham por objeto o abastecimento de água e coleta de esgoto.

Estabelecidas as bases, foi possível realizar a investigação em torno das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, entre 25 de agosto de 2016 à 25 de agosto de 2018, com relação aos aspectos de qualidade e quantidade dos serviços públicos de fornecimento de água e de recolhimento de esgoto oferecidos pelos municípios gaúchos. Diagnosticou-se, então, que uma maior quantidade de irregularidades dizia respeito aos seguintes pontos:

- 1) ausência do sistema de coleta de esgoto urbano, embora vigentes contratos que previam cláusulas obrigando a empresa prestadora a instalar a rede adequada;
- 2) absentismo do plano municipal de saneamento básico, exigência do artigo 11, inciso I da referida lei nº 11.445/2007, documento considerado essencial para a validade dos contratos referentes à prestação dos serviços públicos de saneamento básico;
- 3) ineficiência da gestão dos custos dos serviços de saneamento, gerando déficits ao erário da municipalidade.

Reconheceu-se, então que as condutas ou omissões mais corriqueiras correlacionadas, a depender do contexto fático em que inseridas, emitiam claros sinais de que o ato de improbidade administrativa havia, em uma análise perfunctória, ocorrido. Revelou-se, entretanto, que a Corte de Contas gaúcha acaba por, em grande parte das vezes, considerar como infrações de somenos importância, aplicando aos responsáveis apenas multas e advertências aos atuais gestores da necessidade de saneamento das impropriedades.

Tal posição, contudo, não se reputa como a mais consentânea com os ditames da lei de improbidade administrativa (lei nº 8.429/1992) e da lei de crimes de responsabilidade (decreto-lei nº 201/1967), os quais exigem a análise das circunstâncias

do caso concreto, e não apenas de valores econômicos, para sua tipificação. A análise do elemento subjetivo da omissão ou ato não é realizada, tampouco sopesado os efeitos decorrentes da inexistência ou deficiência da prestação desse tipo de serviço público, o que pode gerar a falsa expectativa de que tais ilegalidades podem se perpetrar no tempo (como no caso do contrato vigente há mais de 12 anos entre o município e a CORSAN, sem que fosse instalado o esgotamento sanitário).

VI – REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 maio 2019.

_____. **Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, [1967]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm. Acesso em: 15 maio 2019.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> Acesso em: 15 maio 2019.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição. Brasília, DF: Presidência da República [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 22 jun. 2019.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1995]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

_____. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes para o saneamento básico. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 8 jun 2019.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *et al.* **Comentários à lei de improbidade administrativa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional de saneamento básico 2008**. Brasília: IBGE, 2010. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/saneamento_basico_2008/tab001.zip. Acesso em: 29 maio 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>. Acesso em: 22 jun 2019.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL (Secretaria Nacional de Saneamento). **Diagnóstico dos serviços de água e esgotos - 2017**. Brasília: 2019. Disponível em: http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2017/Diagnostico_AE2017.zip. Acesso em: 29 maio 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>. Acesso em: 22 jun. 2019.

RECK, Janriê Rodrigues. **Observação pragmático-sistêmica do conceito de serviço público**. 2009. Tese de Doutorado - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2490>. Acesso em: 4 jun. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime Jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social**. Curitiba: Ed. Íthala, 2016.

STOCO, Rui. **Responsabilidade dos prefeitos e vereadores**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Processo nº 008713-0200/12-9**. Contas de gestão. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=87130200129. Acesso em: 22 jun. 2019.

_____. **Processo nº 008489-0200/12-3**. Contas de gestão. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=84890200123. Acesso em: 22 jun. 2019.

_____. **Processo nº 008280-0200/12-2.** Contas de gestão. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=82800200122. Acesso em: 22 jun. 2019.

_____. **Processo nº 008241-0200/12-8.** Contas de gestão. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=82410200128. Acesso em: 22 jun. 2019.

_____. **Processo nº 8672-02.00/12-9.** Contas de gestão. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=104020200144. Acesso em: 22 jun. 2019.

_____. **Processo nº 003130-0200/14-5.** Contas de gestão. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=31300200145. Acesso em: 22 jun. 2019.

_____. **Processo nº 008435-0200/12-3.** Contas de gestão. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=84350200123. Acesso em: 22 jun. 2019.

_____. **Processo nº 002666-0200/15-9.** Contas de gestão. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=26660200159. Acesso em: 22 jun. 2019.

**A AUSÊNCIA DE PROCURADORIA JURÍDICA
MUNICIPAL ESTRUTURADA POR SERVIDORES
PÚBLICOS CONCURSADOS E SEUS REFLEXOS NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL: UMA ANÁLISE
DE DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
DO RIO GRANDE DO SUL E DA JURISPRUDÊNCIA DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL**

Davi Michels Ilha¹

Jaine Y Castro²

Laura Vaz Bitencourt³

RESUMO. O presente trabalho tem como escopo principal a análise de decisões tomadas no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, bem como uma leitura das jurisprudências consolidadas no Tribunal de Justiça do mesmo Estado no tocante ao tema vislumbrado a partir da análise sistemática dos artigos 37, especialmente em seu inciso II e o artigo 132, ambos da Constituição

1 – Graduando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista na modalidade PUIIC no projeto de pesquisa Controle Social e Estado Pós-democrático, orientado pela Profa. Dra. Caroline Muller Bitencourt. Integrante do Grupo de Estudos Controle Social e Estado Pós-democrático. (UNISC). E-mail: daviilha00@gmail.com.

2 – Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do Grupo de Estudos Controle Social e Estado Pós-democrático. E-mail: ycaastrojaine15@gmail.com.

3 – Mestranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com linha de pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social. Graduada em Direito pela mesma universidade. Integrante do Grupo de Estudos Controle Social e Estado Pós-democrático. (UNISC). E-mail: laura.vazbitencourt@hotmail.com.

Federal, qual seja, a ausência de previsão legal para a existência de procuradorias jurídicas no âmbito municipal e a contratação de servidores públicos sem a devida realização de concurso público. A contratação de servidores sem a devida realização de concurso público, segundo o previsto no artigo 11 da Lei 8.429/92 é considerado crime de improbidade administrativa, razão pela qual o embate que permeia o presente estudo se traduz através do seguinte questionamento: quais são as conseqüências jurídicas previstas para o município e o seu gestor público no caso de contratação de servidores para as procuradorias jurídicas municipais sem realização de concurso público? Assim, procurando responder a problemática em questão será apresentado, em um primeiro momento, algumas decisões do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, passando, a partir de então à análise jurisprudencial do mesmo tema a partir da observação de decisões exaradas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para, finalmente, serem expostas as conseqüências jurídicas aos municípios e seus gestores municipais que se enquadrem na temática proposta. A pesquisa se dará através da comparação de doutrina do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e exame das decisões do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. O método de investigação utilizado é o hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: procuradoria jurídica municipal; concurso público; administração pública municipal; crime de responsabilidade; improbidade administrativa.

I – INTRODUÇÃO

A Reforma Administrativa introduzida no ordenamento jurídico foi quem inseriu o inciso II no artigo 37 da Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998, passando a prever que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Esta reforma administrativa ocorrida nos anos 90 foi fruto da crise do Estado Brasileiro nos anos 80 e que, segundo Bresser Pereira (1998), teve origem na captura do Estado pelos interesses privados e a ineficiência de sua administração, conseqüência do desequilíbrio resultante das demandas sociais e a incapacidade

de atendê-las. A Constituição Brasileira de 1988 aos poucos foi se mostrando ineficiente e inadequada no enfrentamento de antigas pendências, bem como em relação aos novos problemas surgidos, fruto do desenvolvimento crescente das comunicações, da globalização e a competição por mercados interno e externo.

Assim, segundo Pedroso; Halicki; Stadler (2016) essa realidade pressionou a “Administração Pública a rever sua estrutura e seu funcionamento para impor maior objetividade em seus processos, com vistas à obtenção de um desempenho e resultados mais efetivos”.

Estabelecida referida premissa, a partir da reforma administrativa em questão, todas as contratações de servidores deveriam, teoricamente, ser realizadas a partir de um concurso público. No entanto, apesar da importância do tema da advocacia pública, o mesmo foi tratado de forma sucinta pela Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 132, estabeleceu que “os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas”, ou seja, o artigo em questão fixou a obrigatoriedade de organização das Procuradorias, e respectiva carreira, para os Estados e Distrito Federal, sem fazer menção aos Municípios.

Uma lacuna se estabelece. De um lado tem-se um artigo da Constituição prevendo a necessidade de realização de concurso público para a contratação de servidores públicos e de outro, a reafirmação da necessidade de certame para o provimento de cargos para procuradores que representarão as unidades federativas do país, omitindo, contudo quanto à obrigatoriedade em relação aos entes municipais.

Em virtude desta lacuna, em relação à ausência de previsão expressa da municipalidade no artigo 132 da Constituição Federal, “vingou por certo tempo, não por razões jurídicas, mas por falta de tratamento adequado do assunto, a idéia de que era prescindível a estruturação da Advocacia Pública no âmbito dos Municípios, ao contrário do exigido para os demais entes políticos”. (ARNAUD, 2012).

Por existir esta lacuna constitucional, consolidou-se a realidade que há anos já vinha sendo praticada em todos os Municípios brasileiros: Procuradorias constituídas apenas por cargos de provimento em comissão, com seus membros acompanhando os interesses dos grupos políticos

dominantes na época, porque queriam garantir seus empregos durante todo o período do mandato eletivo de quem os tinham nomeado. Tal fato por si é eivado de inconstitucionalidade, haja vista descumprir o artigo 37, II, CF/88, pois carrega a possibilidade de ingresso no funcionalismo público sem a via do concurso, além de lesar frontalmente todos os princípios que regem a Administração Pública. (ARNAUD, 2012).

Em contrapartida a esta realidade verificável, apesar de o STF já ter sinalizado o seu entendimento quanto à temática em questão, ratificando a necessidade de concurso público também aos entes municipais, respeitando o estabelecido no art. 37, II da CF/88, e tramitar no Congresso Nacional, a PEC 17/2012, que tem por objeto a alteração do artigo 132 da Constituição Federal para estender aos municípios a obrigatoriedade de organizar a carreira de procurador (para fins de representação judicial e assessoria jurídica), esta prática é reiteradamente constatada nos mais diversos municípios do Brasil.

É exatamente este contexto que permeia o presente estudo traduzindo-se através do seguinte questionamento: quais são as conseqüências jurídicas previstas para o município e o seu gestor público no caso de contratação de servidores para as procuradorias jurídicas municipais sem realização de concurso público?

Para a solução da problemática em questão, será feita a análise de algumas decisões do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, passando, a partir de então à análise jurisprudencial do mesmo tema a partir da observação de decisões exaradas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que refletirão o posicionamento deste Tribunal em relação a temática proposta, para, finalmente, serem expostas as conseqüências jurídicas aos municípios e seus gestores municipais.

II – ANÁLISE DE JULGAMENTOS DAS CONTAS DO TCE/RS REFERENTES AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM CARGOS COMISSIONADOS DE PROCURADORES MUNICIPAIS

As decisões analisadas foram retiradas no sítio eletrônico “www.tce.rs.gov.br”, no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCERS), no campo

“Consultas”; “Contas Julgadas Irregulares e Pareceres Prévios Desfavoráveis”⁴, para fazer melhor uma filtragem das primeiras decisões foi utilizado a busca por “Trânsito em Julgado TCE-RS < 25/08/2017” e “Trânsito em Julgado TCE-RS >= 25/08/2016”; “Esfera: Municipal”; “Natureza da Decisão: Contas Irregulares”, já na segunda busca foi trocado apenas as datas dos anos das decisões, no caso foi utilizado Trânsito em Julgado TCE-RS >= 25/08/2017” e “Trânsito em Julgado TCE-RS <= 25/08/2018”, também na esfera municipal, sobre contas irregulares.

A partir de todas as decisões encontradas foi realizada uma triagem de todos os municípios enquadrados sobre a natureza de contas irregulares, com isso foi possível delimitar dentro destas decisões aquelas que são exatamente sobre o tema de improbidade administrativa referente às conseqüências jurídicas previstas para o município e seu gestor quando trata-se da contratação sem concurso público dos cargos de procurador municipal, pois devido a isto gera-se diversos problemas que agravam a sociedade e violam princípios constitucionais essenciais que devem ser seguidos.

Os dois municípios encontrados na análise dos anos 2016 a 2017 são: Taquara e Sapucaia do Sul. Como também, os municípios referentes às contas de 2017 a 2018: Tramandaí, Triunfo, Alvorada, Paraí, Jaboticaba e Rolante. Nas duas buscas destes municípios foram analisadas questões fundamentais que geram problemas envolvendo a sociedade especialmente no tocante a temática proposta e que, conseqüentemente, atingem o Art. 11, caput, da lei nº 8.429/92 sobre a constatação de improbidades administrativas, em função da contratação de cargos comissionados envolvendo diretamente as procuradorias municipais.

A CF⁵ em seu Artigo 37 inciso V, após a Emenda Constitucional nº 19/1998⁶ que passou a valer que nos cargos comissionados, foi concedida sem a necessidade

4 – O acesso as decisões do Tribunal de Contas não é disponível para todos os interessados no momento que realizar a busca no site.

5 – 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: V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. (BRASIL. 1998, < <http://www.planalto.gov.br>>).

6 – Em. C. 19/98. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. (BRASIL. 1998, <<http://www.planalto.gov.br>>).

de concurso, porém não ocupando cargos de chefia ou direção. Os cargos de função de confiança deveriam ser ocupados por cargos efetivos, devido à complexidade do emprego. Com objetivo principal é o “afastamento do nepotismo muito comum antes da alteração”.⁷

Referente aos cargos em comissão, no qual a lei deixou livre ao caso, pois analisou que pode ser realizada apenas com nomeação aos cargos que haja necessidade de preenchimento, ficando a critério do prefeito no caso dos municípios. Com isso, é evidente que facilitou para atos de improbidade administrativa que venham a ocorrer dentro das administrações municipais, devido ao fato de o contratante colocar quem for de seu interesse, contribuindo, neste sentido, para que ocorram desvios, ilegalidades que prejudicam a sociedade, exatamente em virtude da ausência de legislação regulamentando este exercício público de grande importância e que pode trazer muito prejuízo a sociedade se nenhuma providência for tomada.

A partir da falta de uma regulamentação mais exigente como a falta de preenchimento de vaga a partir de concurso editou a Súmula nº 685⁸ (após convertida em súmula vinculante 43), considerando inconstitucional o provimento de cargos em comissão, em virtude de ferir claramente o princípio da igualdade, pois as pessoas passam a ocupar cargos de relativa importância sem que passem por no mínimo uma seleção ou por algum critério técnico seletivo, mas com apenas a aproximação do contratante, sem oportunizar aqueles que possuem a capacidade e a necessidade de um cargo efetivo.

Quando realizam a contratação de empresas terceirizadas é verificada uma má qualidade dos serviços prestados, como também, principalmente a facilidade de irregularidades de desvios públicos do Gestor e da empresa. Além de não realizar um concurso para o referido cargo é realizado uma contratação que facilita a averiguação de improbidades administrativas, sendo combinado previamente as irregularidades que serão cometidas, onde na maioria das vezes o próprio Executivo beneficia-se. Com isso, é possível encontrar estes desvios no Tribunal de Contas do

7 – PINTO, Conceição Jorge. Cargos em comissão. Da contratação motivada pela capacitação técnica ao nepotismo e ao clientelismo. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2122, 23 abr. 2009 (<https://jus.com.br/artigos/12682>).

8 – Súmula 685. É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido. (BRASIL. 2003. <<http://www.stf.jus.br>>).

Estado, enquadrados como ilícitos penais, crimes de responsabilidade ou ainda, crimes contra a administração pública.

Em todas as decisões analisadas foi possível distinguir que todos feriram princípios constitucionais, além do princípio da igualdade, principalmente o da legalidade e da economicidade. Diante disso, nota-se que é atingido o artigo 11, caput, da lei nº 8.429/92⁹ sobre atos de improbidade administrativa, dentre outros que não serão objetos do presente estudo.

No município de Taquara¹⁰ o parecer em 2016 e trânsito em julgado em 2017, tratavam especialmente sobre contas irregulares envolvendo o executivo municipal no período do exercício em 2012, no qual houve a violação do princípio da legalidade e da isonomia, do Art. 11, caput, da lei 8.429/92, eis que atinge funções dos cargos de caráter burocrático e operacional que deveriam ser eleitos como cargos comissionados sem a devida passagem por concurso público, contrariando exatamente o Art. 37, inciso II¹¹ e V, da CF/88 que prevê que os cargos do setor público devem ser nomeados pela passagem de concurso, como no caso de funções de confiança.

No município de Taquara foi analisado ainda que houve a terceirização na prestação de serviços especializados como no caso de assessoria jurídica, que deveriam ser realizados por cargos efetivos, porém realizaram uma contratação de empresa com advogados associados, para um cargo de caráter público que necessitava de cinco (5) advogados para a prestação do serviço na Procuradoria do próprio Município. Com isso, houve a violação do art. 37, inciso II, CF, que o requisito é a contratação mediante concurso público nas atividades de caráter permanente.

No município de Sapucaia do Sul¹² que conteve seu parecer em 2015 e transito em julgado em 2017, tratando das contas irregulares do executivo municipal

9 – Lei nº 8.429/92. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições. (BRASIL. 1992, <<http://www.planalto.gov.br>>).

10 – Nº do Processo. 008092-0200/12-3.

11 – Art. 37. II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (BRASIL. 1998, <<http://www.planalto.gov.br>>).

12 – Nº do Processo. 008092-0200/12-3.

do ano de 2012. Neste caso houve a contratação da prestação de serviços técnicos de assessoria jurídica própria para procuradoria do município, no qual houve a violação dos princípios da legalidade, da impessoalidade e da isonomia no Art. 37, inciso II da CF/88 que refere-se a realização de concurso público para serviços rotineiros de atribuição do próprio Executivo, no qual não existe a necessidade de concurso para este provimento de serviço de cargo público, que segundo a Constituição é necessária de “aprovação prévia em concurso público”.

O município de Tramandaí¹³, possui no tribunal de Contas do Estado um parecer de 2014, com transito em julgado em 2017, com irregularidades apontadas pelo prefeito municipal no seu exercício no ano de 2012. No qual, descumpriu o Art.11, caput, da lei nº 8.429/92, pois realizou a excesso de contratação como cargos de comissão, assim violou o princípio da legalidade, porque a lei apenas dá ênfase nos cargos efetivos e nestes cargos não tem uma estabilidade e fica mais fácil de a qualquer momento o contratante sair do cargo.

Em Tramandaí houve também a violação do princípio da impessoalidade que nestes casos sem haver a estabilidade, poderá ocorrer influências de maneira externa que venham a influenciar nas decisões de seus atos. Assim, tem-se o Art. 37, inc. II e V, da CF/88 que aborda respectivamente sobre o cargo público depende da aprovação prévia em concurso com provas ou títulos, porém cada um devido à natureza e a complexidade do cargo em forma prevista em lei, porém existe exceção nos cargos de comissão aquelas que são declarada em lei com livre nomeação. Como também, nas funções de confiança que pode ser exercida somente por cargo efetivo e os cargos de comissão destinados a atribuição de chefia, assessoramento sendo apenas os previstos em lei.

O município de Triunfo¹⁴ com o parecer de 2015, com o trânsito em julgado em 2018, das irregularidades do presidente do legislativo municipal no exercício do ano de 2011. Mediante inexistência de lei que trate sobre os cargos do Procurador

13 – Nº do Processo. 8045-02.00/12-2.

14 – Nº do Processo. 00368-0200/11-2.

Municipal, Art. 131¹⁵ e 132¹⁶ da CF/88. Além de ferir o Art. 37. Inciso II e V da Constituição Federal que trata da questão que a natureza são os cargos efetivos mas neste caso é por cargos comissionados, assim existe uma vedação da Constituição, que a regra é o concurso público e a exceção o provimento por comissão, que a exceção torna-se regra, (por falta de deixe claro o concurso público).

Nos municípios de Alvorada¹⁷, Jaboticaba¹⁸ e Rolante¹⁹ que possuem contas em trânsito em julgado de 2017 e 2018 possuindo contas irregulares apontadas nos exercícios dos prefeitos municipais no exercício dos anos de 2012, 2014, 2012, respectivamente de cada administração. As condutas dos Gestores foram analisadas como irregulares. Neste caso, foram enquadrados os três municípios no Art. 11, caput, da lei 8.429/92 sobre a lei de improbidade administrativa que atinge os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Município de Paraí²⁰, com parecer de 2016, seu trânsito em julgado de 2017, com irregularidade do Executivo municipal no exercício do ano de 2012. Foi violado principalmente o Art. 11, caput, da lei 8.429/92, sobre a lei de improbidade administrativa que atinge os princípios da administração pública, como os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Assemelhando ao município de Taquara, já citado no texto, que ocorreu a terceirização do serviço prestado que deveriam serem realizados por

15 – **Art. 131.** A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos. (BRASIL. 1998, <<http://www.planalto.gov.br>>).

16 – **Art. 132.** Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. **Parágrafo único.** Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (BRASIL. 1998, <<http://www.planalto.gov.br>>).

17 – Nº do Processo. 008025-0200/12-9.

18 – Nº do Processo. 002306-0200/14-5.

19 – Nº do Processo. 008083-0200/12-4.

20 – Nº do Processo. 008260-0200/12-9.

cargos efetivos, no qual necessitava da prestação do serviço na Procuradoria do próprio Município. Com isso, houve a violação do art. 37, inciso II, CF, que o requisito é a contratação mediante concurso público nas atividades de caráter permanente. Com isso, descumpre os princípios da legalidade, isonomia e da impessoalidade que o Artigo 37 dispõe.

A maioria das decisões foram enquadradas pela Lei de Improbidade Pública (Nº 8.429/92), no Art. 11, caput, que atenta aos princípios da administração pública. A causa dos atos das irregularidades, tem por motivo a ausência de lei tipificando a ocupação de Procuradores Municipais em cargo efetivo sem concurso público, pois a Constituição Federal de 1988 foi omissa, apenas está taxativamente expressa nas Procuradorias Federais e Estaduais, não tratando das Municipais. Assim, propiciou para as irregularidades expostas no texto como Improbidades Administrativas Municipais pelos Gestores Públicos.

III – ANÁLISE DOS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL SOBRE CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA DA PROCURADORIA MUNICIPAL, BEM COMO SUAS CONSEQUÊNCIAS A FALTA DE CONCURSO PARA A MESMA.

Os Acórdãos aqui analisados foram retirados do site www.tjrs.jus.br no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no espaço “Jurisprudência”, na guia “Pesquisa de Jurisprudência”. Sendo, ilustradamente, os campos da pesquisa quantitativa feitos da seguinte forma: **Busca:** improbidade administrativa procuradoria municipal; **Tribunal:** todos; **Órgão julgador:** todos; **Relator:** todos; **Tipo de processo:** todos.

A partir disso, foi feita uma triagem das decisões que se encaixavam na temática, sendo que na pesquisa em jurisprudência não foram encontrados casos que tratassem literal e expressamente sobre as consequências da falta de procuradoria municipal constituída por funcionários públicos concursados. Todavia, a partir de casos análogos, ou seja, com relação bastante próxima de assuntos, pode-se deduzir alguns pontos-chaves acerca das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) e assim discorrer sobre as consequências da ausência de procuradoria municipal estruturada por servidores públicos concursados. As decisões analisadas são: uma apelação cível da comarca de Torres-RS, tratando do município de

Mampítuba-RS, nº “70075791285”; apelação cível da comarca de Triunfo-RS, nº “70022277974”; apelação civil da comarca de Bagé-RS, nº “70061076162”.

O caso do município de Mampítuba-RS, da comarca de Torres-RS, trata-se de uma situação onde a Prefeitura Municipal de Mampítuba contratou, sem licitação, uma empresa de advogados para dar assessoria jurídica para a mesma - sendo que já havia Procuradoria Municipal constituída por funcionários públicos - sob pretexto de que a demanda da cidade de cerca de 3 (três) mil habitantes era alta demais para os procuradores da cidade darem conta, além da ideia de que no caso tratar-se-ia de um serviço singular, onde os advogados contratados teriam notória especialização.

Não sendo o caso de tal notória especialização e de singularidade nos serviços prestados, e tendo a empresa representado o próprio prefeito antes de ser contratada pela prefeitura, os réus, tanto prefeito da época como a empresa, foram considerados culpados na sentença parcial, com base no artigo 10 caput e inciso VIII e artigo 11 caput e inciso I da lei 8.429/92 com ressarcimento do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais, nos termos do art. 12, incisos II e III do Diploma.

Na apelação, a defesa trouxe a ideia de que não houve dolo, que o prefeito agiu com boa-fé, o que por demais é indiferente, pois para tanto, referindo-se ao artigo 10 da lei 8.428/1992, não importa se trata-se de dolo ou culpa; indo além, para a tipificação no artigo 11 da mesma lei basta o dolo genérico, afinal há a obrigação de observar a lei por parte dos representantes do poder público, cujo desconhecimento é inescusável. O ex-prefeito pediu a redução do valor e da multa a serem restituídos, caso fosse mantida a condenação, bem como as penas de suspensão de direitos políticos e proibição de contratação com o poder público fossem retiradas. O outro réu, o advogado então contratado, por sua vez, não efetuou o preparo recursal, estando provado que foi notificado.

O relator, por sua vez, não deu mérito à argumentação em todo, atenuando em parte as penas dadas ao ex-prefeito, restringindo o ressarcimento solidário do erário para apenas alguns dos contratos com o advogado; todavia, manteve a ideia de que o erário foi prejudicado, porém perdeu parcialmente nos votos, sendo mantida a ideia de ter havido ato de improbidade pelos outros desembargadores, mas não prejuízo ao erário. Ou seja, havendo discordância apenas em relação ao prejuízo ao erário. Em relação a falta de necessidade de nova contratação e da ilegalidade do contrato sem licitação de serviços gerais que a própria procuradoria é competente,

verificou-se que não se tratava de caso de escusa de licitação, sendo que não havia singularidade no serviço prestado e nenhum tipo de notória especialização da empresa de advocacia. Assim sendo, na questão do crime de improbidade pela falta de observância na lei, os réus foram considerados culpados, nada importando se suas ações foram dolosas ou culposas, como já explicado acima. Nesse interim, os direitos políticos ficaram suspensos por cinco anos, conforme a decisão do acórdão.

O caso da apelação cível de Triunfo-RS traz uma outra situação semelhante. Para começar, a apelação neste caso não é dos réus, mas do Ministério Público, que apelou de decisão que julgou improcedente os pedidos de condenação à restituição aos cofres públicos dos danos materiais ocasionados, pagamento de multa civil, suspensão dos direitos políticos, e proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais por parte dos réus.

O caso em quadro trata da contratação por parte da prefeitura de Triunfo-RS, sem concurso público ou licitação, de serviços jurídicos tais quais de uma procuradoria municipal. A relatora da apelação, a desembargadora Sandra Brisolara Medeiros, foi vencida no acórdão em questão, sendo que ela votou contra a apelação do Ministério Público. Os outros dois desembargadores votaram, ao contrário, a favor do Ministério Público. Sendo assim, a relatora foi vencida e a apelação foi provida por maioria, concordando quanto aos crimes de improbidade administrativa cometidos pelos réus, pois o contrato em questão não era de natureza singular e não havia notória especialização da empresa contratada, entenda-se, a contratação sem concurso público ou licitação em quadro é insustentável, tendo sido dever da administração observar a lei de licitações (lei 8.666/93, arts. 3º, 13 e 25) e a lei de improbidade administrativa, (lei 8.429/92, art. 11). Deste modo, os réus foram sentenciados a pagar uma multa civil de dez (10) por cento do valor atualizado dos contratos que celebraram irregularmente e a fazer o pagamento das custas processuais.

O caso da apelação da comarca de Bagé-RS trata também de contrato sem licitação por parte da prefeitura de serviços jurídicos. Feita pelos réus, a apelação neste caso foi similar a dos outros casos em alguns pontos, dizendo tratar-se de caso singular e de notória capacitação do contratado, bem como havia, segundo a defesa, a inviabilidade de competição. Tal tese foi derrubada no voto do relator, o Desembargador Irineu Mariani, expondo que no caso não havia nem singularidade, tratando-se de serviço normal que praticamente todos os que trabalham na área praticam, nem havia notória especialização dos contratados e muito menos a inviabilidade de competição, pois esta pressupõe que não há outros privados capacitados a realizar o serviço para a administração pública.

Numa análise até este ponto, o caso não destoa muito dos outros apresentados, tratando-se de retórica padrão dos réus nos casos aqui analisados. Todavia, a defesa nesta apelação trouxe duas teses que as defesas dos outros casos não haviam apresentado. Com isso, um exame acerca destas teses se apresenta relevante ao desenvolvimento do artigo.

Quanto às duas teses, tem-se: primeira: o “agente público” citado na lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) não se aplicava ao “agente político”. Tal argumentação foi refutada com a demonstração de que “agente público” é o gênero cujo “agente político” é espécie; e sendo assim, o que se refere ao “agente público” também se refere ao “agente político”; segunda: a lei de improbidade administrativa é inconstitucional. O relator argumentou que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que, formalmente, a lei é constitucional, sendo seu trâmite no Congresso Nacional regular. E também que materialmente a lei é constitucional, pois é da competência privativa da União legislar sobre improbidade, sendo a lei de improbidade administrativa uma lei nacional que se aplica nos três níveis da administração pública.

No caso em tela não se enquadra a tese apresentada no primeiro acórdão analisado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul neste artigo, onde não foi considerado prejuízo ao erário pelo serviço ter sido prestado pela empresa, pois, afinal, tal serviço poderia ter sido prestado perfeitamente pela procuradoria já constituída que havia no Município. Por fim, o acórdão, ao analisar a apelação, julgou-a parcialmente procedente, diminuindo a multa civil de 50% para 25% do prejuízo ao erário e juros moratórios a partir de cada pagamento pelo Município com base no contrato. Manteve-se, todavia, a impossibilidade da empresa privada ré de contratar com o poder público ou receber benefícios e incentivos fiscais e crediários por 5 (cinco) anos. A fundamentação da decisão, além de jurisprudência e doutrina pertinente ao caso, comungou com as outras decisões, usando o art. 10, I e VIII, e art. 11, caput e I, além dos sancionamentos do art. 12, II e III da lei de improbidade administrativa, a lei 8.429/92.

IV – CONCLUSÃO

Dentro do artigo, teve-se o intuito de analisar as decisões já citadas para saber quais seriam as consequências jurídicas da falta de procuradoria municipal constituída por funcionários públicos concursados. Todavia, não foram

encontrados casos específicos que tratassem com literalidade do tema. Com isso, as conclusões são por excelência parciais, afinal o tema não foi tratado nas decisões encontradas especificamente, sendo que apenas decisões relacionadas a temática foram analisadas nesse estudo. Assim sendo, as conclusões aqui não têm razão de ser enquanto respostas apodícticas, mas sim como hipóteses provisórias que podem e devem ser analisadas de acordo com o andar da doutrina, da legislação e da jurisprudência em relação ao assunto em questão, num debate que se encontra em aberto.

A partir da análise dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, algumas conclusões parciais podem então ser tiradas.

As consequências jurídicas da falta de uma procuradoria municipal constituída por funcionários públicos, aqui podem ser inferidas dentro dos acórdãos de forma singela e analogamente apenas. Se formar-se a ideia de que essa falta de procuradoria municipal com agentes concursados causa prejuízo ao erário, o TJ-RS decidiu, em um caso, que os réus eram culpados de prejuízo ao erário. Todavia, neste caso havia procuradoria municipal constituída no Município, sendo que tais serviços poderiam ter sido realizados pela mesma, mas no caso não foram. Em outro acórdão, decidiu-se que, tendo sido, ainda que com contratação incorreta e havendo procuradoria municipal no Município apta a realizar os serviços, não se consideraria que houve prejuízo ao erário, sendo que, por bem ou por mal, o serviço contratado foi realmente executado. Pensando-se então numa procuradoria constituída não por concurso público, e que isso tipifique-se como improbidade administrativa, não é descartável inferir que uma analogia poderia ser feita, pois, mesmo em casos em que havia procuradoria constituída no Município, algumas vezes considerou-se que não era caracterizado prejuízo ao erário, pois o que foi acordado foi realizado. E, mesmo nos casos em que foi considerado que houve prejuízo ao erário, o prejuízo apenas tipificou-se por, no caso em questão, considerar-se que, tendo havido funcionários contratados para tal função, não seria necessário de forma alguma a contratação de terceiros.

Sendo assim, a análise de tais casos mostra que, caso houvesse uma procuradoria municipal constituída sobre improbidade administrativa, o prejuízo ao erário não seria considerado, desde que os agentes exercessem a função para a qual foram contratados.

V – REFERÊNCIAS

ARNAUD, Núbia Athenas Santos. **Artigo 132 é aplicado irrestritamente as procuradorias**. Revista Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-22/nubia-athenas-artigo-132-aplicado-forma-irrestrira-procuradorias>. Acesso em: 30 de junho de 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma de Estado para Cidadania**. Brasília, ENAP, 1998

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 26. Ed. São Paulo. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Brasília-DF: 04 de jun. de 1998. Disponível em< <http://www.planalto.gov.br>> Acessado em: 16 de junho de 2019.

Brasil. **Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992**. Disponível em< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm> acesso em: 04 de julho de 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. STF. Súmula 685**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 de ago. 2007. Disponível em< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1508.>> Acessado em: 15 de jul. de 2019.

LENZA. Pedro. **Direito Constitucional**. 16. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo. Saraiva. 2012.

PEDROSO, Rosa Maria Alves; HALICKI, Zélia; STADLER, Adriano. **A contratualização de resultados na Procuradoria-geral no Município de Curitiba**. Disponível em <http://www.profiap.org.br/profiap/eventos/2016/i-congresso-nacional-de-mestrados-profissionais-em-administracao-publica/anais-do-congresso/40710.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2019.

PINTO, Conceição Jorge. **Cargos em comissão. Da contratação motivada pela capacitação técnica ao nepotismo e ao clientelismo**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2122, 23 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12682>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Contas do Rio Grande Do Sul**. Busca em Consultas. Disponível em: <<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/inicial>>. Acesso em 11 de jul. de 2019.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Busca em Consultas. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em 15 de jul. de 2019.

UM ESTUDO COMPARATIVO ACERCA DO CONTROLE DA QUALIDADE DAS OBRAS PÚBLICAS EM DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Betieli da Rosa Sauzem Machado¹

Vinicius Manfio²

I – INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 37, inciso XXI fez previsão de que todo contrato administrativo será precedido, via de regra, por uma licitação. Desta forma, apresenta-se como o objetivo da pesquisa a exposição de forma clara dos principais aspectos que servem como norte para os procedimentos licitatórios e para as contratações referentes obras públicas, abordando a sua fiscalização e qualidade.

Nesse sentido, o problema da pesquisa evidencia-se no seguinte questionamento: como os Tribunais de Justiça e de Contas do Estado do Rio Grande do Sul vêm enfrentando em seus julgados a temática referente a qualidade e fiscalização de obras

1 – Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II. Pós-Graduanda em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul e Centro de Ensino Integrado Santa Cruz. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Advogada. E-mail: betielisauzem@yahoo.com.br

2 – Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2019). E-mail: viniciusmanfio_91@hotmail.com

públicas na esfera local? E quais os principias apontamentos e consequências? A pesquisa utiliza o método de procedimento bibliográfico, realizando a consulta em diplomas legais e obras, bem como faz-se a análise de casos, referentes a julgados do TJ-RS e TCE-RS. Além disso, aplica o método de a abordagem dedutiva, visto que se parte de dados gerais – premissa maior -, inferindo-se uma verdade particular – premissa menor – não contida nas partes examinadas, isto é, busca chegar a conclusões mais restrita do que o conteúdo abordado pelas premissas maiores.

Desse modo, buscando responder o problema da pesquisa dividiu-se a mesma em três momentos: primeiro, aborda-se o federalismo brasileiro e as competências municipais para licitar e contratar obras públicas; segundo, verifica-se o procedimento de realização de obras públicas, bem como a fiscalização das obras. Por fim, analisa-se casos que foram julgados pelo TCE-RS e pelo TJ-RS. Nesse último tópico busca-se averiguar quais são os apontamentos e as possíveis consequências para o gestor que não fiscaliza as obras, sendo as mesmas entregues com defeitos e má qualidade.

II – DAS COMPETÊNCIAS DOS MUNICÍPIO PARA A REALIZAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS

No Brasil todas as Constituições republicanas adotaram o modelo de Estado federativo, no entanto este surgiu enfraquecido e, conseqüentemente, permitiu que ocorressem diversos abusos. Assim, salienta-se que o federalismo existente nas Constituições que se sucederam não permitiu maiores desenvolvimentos na organização do Estado até o advento da Constituição de 1988 (FERREIRA, 2012). Destaca-se que o Brasil foi grande parte, ao longo de sua história, um Estado unitário, ou seja, um o modelo de Estado centralista (BARACHO, 1986).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fez previsão de um federalismo voltado para a distribuição de poderes mais equilibrada, entre as esferas de governo, na tentativa de diminuir as tensões entre o “poderoso” governo central e os governos periféricos “enfraquecidos”. Desse modo, a Constituição deu ênfase ao federalismo cooperativo, modelo em que o Estado busca garantir uma atuação conjunta e solidária para que sejam realizadas as metas comunitárias (PUCCINELLI JR, 2012).

Além disso, a Constituição de 1988 passou a vedar, para todos os entes da federação e em qualquer hipótese ou condição, o direito de secessão, sendo tal previsão decorrente da indissolubilidade do vínculo federativo, conforme disposto

no artigo 1º da Constituição (TAVARES, 2012). E o artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição, aborda que a forma federativa no Brasil apresenta *status* de cláusula pétrea, ou seja, é vedado à abolição da federação.

Nesse modelo de Estado a União é vista como o núcleo do Estado Federal, o qual atribui para o conceito de Federalismo a premissa da descentralização do exercício de poder político elevado a uma ordem jurídica única que deve ser seguida. Dessa maneira, a descentralização é conceituada como a repartição de poderes, em que de um lado se tem a esfera federal (governo central) e do outro as unidades autônomas (estados-membros), os quais possuem, de modo relativo, independência, autonomia política, organizacional e, principalmente, financeira (KELSEN, 1998).

Ressalta-se que a descentralização é o ponto principal da estrutura do poder federal e visa garantir a repartição de poderes entre os diversos níveis e órgãos de competências, os quais possuem autonomia organizacional, político-administrativa e financeira (HORTA, 1995). Portanto, na descentralização política é estabelecida uma pluralidade de ordens jurídicas, as quais são acopladas harmoniosa e complementarmente (REIS, 2000).

Ademais, a Constituição de 1988 instituiu expressamente o federalismo cooperativo no Brasil, nos artigos 23 e 24. Já a autonomia e os entes que compõe a federação brasileira estão previstas no artigo 18 da Constituição³, sendo: à União, os 27 estados-membros, o Distrito Federal e os 5.570 Municípios. E a repartição de competências entre o governo central e os demais entes federados é vista como o ponto central para a formação do modelo de Estado federal.

Os municípios na Constituição de 1988 passaram a compor a federação e terem autonomia, conforme os artigos 1º, 18 e 34. Desta forma, verifica-se que o artigo 1º dispõe que a República brasileira é formada pela união indissolúvel dos estados-membros, municípios e Distrito Federal. Já o artigo 18 aborda a organização político-administrativa brasileira e dispõe que ela é composta pela União, pelos estados-membros, Distrito Federal e municípios. E o artigo 34 reconhece e assegura a autonomia municipal (TAVARES, 2012).

Portanto, os municípios integram o Estado Federal, os quais são entidades político-administrativas estatais dotados de autonomia. Sendo que a autonomia municipal se consagra com o processo de descentralização administrativa, política e

3 – Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

financeira, a qual é repartida entre os entes da federação – União, estados-membros e municípios – que se consubstanciam em princípios norteadores, os quais são capazes de fornecer bases legítimas para se auto organizar (ZIMMERMANN, 1999).

A elaboração de suas próprias leis orgânicas destaca-se como o traço mais marcante da autonomia política dos municípios, bem como a autonomia se caracteriza por meio da tríplice capacidade, ou seja, capacidade de auto-organização – o que inclui a autolegislação –, de autoadministração e de autogoverno (TAVARES, 2012).

A Constituição abandonou a repartição de competências clássicas, presente anteriormente nas Constituições, passando a externar um federalismo cooperativo e de equilíbrio. Logo, se estruturou um sistema complexo composto por competências privativas, repartidas de forma horizontal, por competências concorrentes, repartidas de forma vertical, permitindo, também, a participação das ordens parciais no âmbito das competências próprias na ordem central, através de delegação (ALMEIDA, 2000). O artigo 23 elenca as competências comuns entre à União, os estados-membros, os municípios e o Distrito Federal. Sendo que as normas para a cooperação entre os entes supracitados serão fixadas por meio de Lei complementar, de acordo com o disposto no parágrafo único do referido artigo.

Já o artigo 24 prevê as matérias de competência concorrente da União, dos estados-membros e do Distrito Federal, ressalvando-se a limitação da União estabelecer apenas normas gerais, e os estados-membros e o Distrito Federal têm o dever de adaptá-las conforme suas especificidades, desde que não sejam contrárias a lei federal. (BERCOVICI, 2004). Ademais, destaca-se que o cooperativismo pode se dar através da repartição das receitas tributárias de impostos federais com os estados-membros e municípios, e de impostos estaduais para os municípios. (RIBEIRO, 2005).

Neste sentido, verifica-se que a Constituição adotou a classificação de competências, sendo elas: competências gerais da União, conforme artigo 21, incisos I ao XXV; competências privativas d União, de acordo com o artigo 22, incisos I ao XXIX, e parágrafo único; competências comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme o artigo 23, incisos I ao XII, e parágrafo único; competências para legislar concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, de acordo com o artigo 24, incisos I a XVI, parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º; competências reservadas para os Estados, conforme os artigo 25, parágrafo 1º, e artigo 125, parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º; e competências municipais, nos seus artigos 29 a 31, parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º.

Com relação às competências concorrentes, destaca-se que os entes se unem para ações comuns, visando cooperar e contribuir na atividade legislativa. Assim à União fixa as normas gerais na competência concorrente, suprimindo a competência legislativa desempenhada pelo estado-membro (ROCHA, 1996). Além disso, nota-se que a competência exclusiva é destinada para apenas um ente federativo o dever de regular determinados assuntos ou funções. Já a competência complementar serve para que os estados-membros aperfeiçoem assuntos determinados, ajustando-os com as necessidades regionais.

Nas competências comuns, todos os entes federativos têm como escopo o exercício de ações cooperativas de certas matérias, se apresentando como princípio basilar deste sistema de competências o princípio da predominância do interesse, visto que compete a União legislar sobre questões e matérias referentes ao interesse geral, aos estados-membros pertence as matérias ligadas ao interesse regional. E para os municípios compete os assuntos que sejam de interesse local (MORAES, 2011).

Com relação aos contratos administrativos e das licitações a Constituição prevê para a União a competência de edição de normas gerais, as quais se aplicam a todos os entes. (JUSTEN FILHO, 2010). Nesse sentido para que seja possível a identificação das competências dos estados-membros e município é necessário estabelecer a definição das normas gerais relativas as competências da União, conforme previsto no art. 22, XXVII da Constituição⁴.

Assim, destaca-se que a União, conforme a Constituição, detém competência para dispor sobre os contratos e licitações através da Lei Federal nº 8.666/1993, sem que seja necessário especificar as normas de caráter geral, sendo que elas são postas de forma compulsórias a todos os entes da federação. Nesse diapasão, existem competências privativas aos entes federativos para editar normas especiais. Portanto, uma eventual omissão da União ao editar normas gerais não poderá obstaculizar aos demais entes federativos para o exercício de suas competências (JUSTEN FILHO, 2010).

Desse modo, a interpretação sobre “normas gerais” tem que levar em consideração a tutela constitucional à competência local. A Constituição reservou competência legislativa específica para cada esfera política disciplinar licitação e

4 – Art. 22, Constituição federal: Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; [...]. (BRASIL, 1988).

contratação administrativa. Com isso verifica-se que a União não tem competência privativa sobre o tema, não sendo casual que o constituinte no artigo 22 previu competências em dois incisos distintos. (JUSTEN FILHO, 2010).

Desta forma, apenas as “normas gerais” são de observância obrigatória para as demais esferas de governo, os quais têm liberalidade para regular de forma diversa e detendo competências para dispor sobre “normas específicas”. Vale ressaltar que os municípios e os estados-membros, em sua maioria, não editam normas locais específicas e próprias sobre contratos e licitações, acabando por “renunciar” de forma tácita tal competência, com isso esses entes apenas incorporam automaticamente a disciplina adotada em âmbito federal na Lei 8.666/93.

Nesse sentido, destaca-se que a realização de uma obra pública inicia através do o processo licitatório e conseqüentemente resulta em um contrato administrativo, conforme artigo 37, inciso XXI, da Constituição. No entanto, apesar do Brasil ser considerado um país com pouca tradição voltada para o planejamento, a legislação vem evoluindo em relação a regulamentação de procedimentos e da obrigatoriedade de ações buscando o planejamento. Sendo possível verificar que no âmbito das obras públicas a Lei 8.666/93 e a Lei Complementar 101/00, trouxeram significativos avanços que visam subsidiar uma atuação planejada e que seja consistente na execução e no controle das obras públicas.

Dessa maneira, destaca-se que a aplicação das distintas leis, normas técnicas e regulamentos, nas diversas esferas governamentais, servem como base para o redirecionamento das condutas e ações voltadas para o controle e fiscalização – externos e internos – gerando um aumento na eficácia e na efetividade das ações para que sejam concretizadas com qualidade as obras públicas.

III – DO PROCESSO DE REALIZAÇÃO E ENTREGA DAS OBRAS PÚBLICAS E O DEVER DE FISCALIZAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O artigo 37, inciso XXI⁵, da Constituição prevê que todo contrato administrativo deverá ser precedido, via de regra, por uma licitação. Sendo a licitação

5 – [...] ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

conceituada como o procedimento administrativo que se destina a selecionar, de acordo com critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação que seja mais vantajosa para a Administração, bem como deve assegurar a ampla participação dos interessados e um tratamento isonômico, observando todos os requisitos legais. Portanto, no processo de contratação de obras públicas, o gestor está vinculado aos princípios constitucionais, de acordo com o artigo 37, caput, da Constituição, sendo eles: legalidade, eficiência, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Nesse sentido, Meirelles (2010) complementa que a licitação como procedimento, desenvolve-se por meio de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, propiciando oportunidades iguais para todos os interessados, além de atuar como um fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Desse modo, visando responder o objeto da pesquisa faz-se necessário explanar de forma clara os principais aspectos norteadores dos procedimentos licitatórios e as contratações de obras públicas.

De acordo com a definição do Tribunal de Contas da União – TCU (2009) obra pública pode ser considerada toda construção, fabricação, reforma, recuperação ou ampliação de um bem público, a qual poderá ser realizada diretamente, nos casos em que a obra é realizada pelo próprio órgão ou entidade da Administração, por meio dos seus próprios meios, ou indiretamente, nos casos em que a obra é contratada com terceiros através do procedimento licitatório. Assim como o artigo 6º, inciso I, da Lei nº 8.666 de 1993, também definem o que uma obra.

Além disso a obra pública pode ser conceituada como toda aquela que é custeada por meio de recursos público, apresentando como objetivo principal o interesse público. Desta forma necessita e merece atenção e controle para possa atender de modo satisfatório e integralmente a sua finalidade. Assim, como a fiscalização⁶ realizada pelo controle interno, o qual tem sua participação obrigatória e necessária, buscando a diminuição dos riscos de descumprimento das cláusulas contratuais que geram problemas para administração e péssima qualidade das obras.

Destaca-se que a lei nº 8.666/1993 instituiu as normas para as licitações e contratos da Administração, sendo que é o principal instrumento, o qual serve

6 – Ao final deste tópico será abordado de modo mais detalhado.

de manual para as contratações. Tal norma regulamenta o artigo, 37, inciso XXI da Constituição. Nota-se que a Lei 8.666/93 aborda os critérios e normas para os diversos tipos de contratações, sendo que os artigos 7º ao 12 abordam especificamente os procedimentos administrativos para a contratação de Obras e Serviços pela Administração

Dessa forma, quando a Administração decide realizar um empreendimento, deverá realizar uma série de estudos e análises preliminares, os quais servirão de subsidio para as decisões visando a seleção da proposta mais vantajosa. Sendo que o processo de contratação pode ser dividido em duas fases, isto é: a fase interna e a fase externa. Todavia, Altounian (2011) salienta que antes da fase interna da licitação deve ocorrer a fase preliminar, sendo que nessa fase ocorrem estudos preliminares, de viabilidade econômica e técnica, a elaboração de um anteprojeto, bem como deve ser realizada a avaliação dos impactos ambientais que poderão ser ocasionados pelo empreendimento.

Já em relação a fase interna ela pode ser definida como o conjunto de providências preliminares que deverão ser adotadas pelo órgão responsável no certame antes de ser publicado o Ato Convocatório, ou seja, o edital. Ademais, o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 indica que, além de um estudo preliminar de viabilidade da obra, o procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, o qual será devidamente autuado, protocolado e numerado, apresentando a respectiva autorização, bem como a indicação sucinta do objeto e do recurso próprio para a despesa.

Já na fase do planejamento orçamentário e financeiro, além da programação de desembolso, o projeto básico se apresenta como peça fundamental, visto que nenhuma licitação para obras e serviços poderá ser realizada sem que tenha um projeto básico (JUSTEN FILHO, 2010). Com relação a conceituação do projeto básico, este tem previsão no artigo 27 da Resolução nº 361/1991 do Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura (CONFEA) e no artigo 6º, inciso IX⁸, da Lei 8.666/93.

7 – Art. 2º: O Projeto Básico é uma fase perfeitamente definida de um conjunto mais abrangente de estudos e projetos, precedido por estudos preliminares, anteprojeto, estudos de viabilidade técnica, econômica e avaliação de impacto ambiental, e sucedido pela fase de projeto executivo ou detalhamento. (CONFEA, 1991).

8 – Art. 6º: IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a

O projeto básico é um elemento crucial na execução de uma obra pública, sendo que qualquer falha em sua elaboração ou constituição poderá dificultar a obtenção do resultado que a Administração almejava (TCU, 2009). Destaca-se que as obras só poderão ser licitadas quando houver um **projeto básico, o qual deve ser aprovado pela autoridade competente** e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório, de acordo com o artigo 7º, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93º.

Os impactos ambientais relacionados com a implantação de empreendimentos têm enorme relevância, tornando impossível o planejamento de obras sem que

avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados; [...]. (BRASIL, 1993).

9 – Art. 7º: As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência: I - projeto básico; II - projeto executivo; III - execução das obras e serviços.

§ 1º_A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração [...]. (CONFEA, 1991).

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório; II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma; IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

haja a precaução com essa questão. Nesse sentido, ressalta-se que a ausência de conhecimento da legislação atinente ao licenciamento ambiental para a consecução de obras pode inviabilizar de forma técnica e economicamente um projeto.

Dessa maneira, Altounian (2011) salienta que é importante atender as exigências da licença previa aprovada por órgão competente. Portanto, a definição das medidas minimizadoras, devendo existir antes da licitação, sob pena de que seja impossibilitada a definição exata do custo do empreendimento. Além disso, uma maior agravante pode ocorrer, ou seja, o órgão ambiental pode se manifestar pela inviabilidade ambiental da obra, após ter sido concluído o projeto básico sem a devida licença.

Conseqüentemente, ressalta-se que a qualidade do projeto básico se encontra relacionada de forma direta com a exatidão dos estudos ambientais e com o atendimento de todas as medidas exigidas. Sendo assim, o edital só será publicado após a existência de licença prévia e de projeto básico, os quais deverão atender a todas as determinações do órgão ambiental competente, de acordo como as Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) nº 001/86 e nº 237/97, bem como da Lei nº 6.938/81. Sendo que se for preciso é necessário elaborar um Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e um Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), os quais se constituem como integrantes do Projeto Básico (TCU, 2009).

Ademais, a Lei nº 8.666/93, prevê no artigo 7º, inciso II, que as obras e os serviços de engenharia só poderão ser licitados se existir um orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários. Por isso para que seja realizada uma licitação não basta que exista um orçamento, composto por parâmetros médios de mercado, ou seja, é necessário que exista a previsão dos custos unitários, com a descrição detalhada do serviço, bem como com a unidade de medida, a quantidade a ser executada, os custos ou preços unitários, além dos custos ou preços totais.

Outro elemento necessário para que seja realizada a licitação é a previsão da fonte de custeio. Desse modo, o artigo 7º, parágrafo 2º, inciso III, da Lei n.º 8.666/93 prevê que as obras e os serviços só poderão ser licitados se houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes das obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o cronograma. Tal artigo é decorrente do artigo 167 da Constituição, o qual veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual

Dessa maneira, destaca-se que o gestor do órgão interessado no empreendimento deverá providenciar que as despesas provenientes da execução

da obra estejam previstas na Lei Orçamentária Anual do ente federativo que será o responsável por custear o projeto (União, Estado ou Município), sendo que essas medidas devem ser adotadas antes se iniciar as etapas de confecção do projeto básico e o detalhamento dos custos.

Justen Filho (2010) complementa ao explicar que a instauração da licitação não apresenta como pressuposto o da liberação dos recursos, mas está vinculada à existência concomitante de: previsão na lei orçamentária e realização satisfatória das receitas e despesas, as quais permitam inferir a disponibilidade efetiva, no futuro, dos recursos que serão necessários.

Por conseguinte, tal entendimento provém das disposições abordadas na Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº 101/2000), a qual faz previsão das normas referentes as finanças públicas, as quais são voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Além disso, o gestor tem o dever de acompanhar a evolução do orçamento estimando inicialmente, buscando a garantia de que os recursos disponíveis conseguirão custear as despesas da obra.

Sendo assim, após o projeto básico ser elaborado, a Administração deverá elaborar o projeto executivo, conforme o artigo 6º, inciso X, da Lei 8.666/93, o qual abordará os elementos necessários para à realização do empreendimento, trazendo pormenorizado o detalhamento de todas as suas etapas (TCU, 2009). Todavia, apesar da Lei nº 8.666/93 prever que o projeto executivo deve ser elaborado após a conclusão e aprovação do projeto básico, e previamente à execução da obra, de acordo com o artigo 7º, da Lei 8.666/93, de modo excepcional é permitido que tal projeto se desenvolva concomitantemente com à realização do empreendimento, desde que a Administração autorize.

A fase interna do processo licitatório se conclui com a elaboração do edital e de seus anexos, os quais tem como escopo a determinação das condições que irão regulamentar todo o restante do processo. Destaca-se que nessa fase são previstas todas as exigências para os sujeitos interessados no certame e todas as cláusulas contratuais. Nesse sentido, verifica-se que o ato convocatório deve dispor de todas as especificações, exigências e peculiaridades da obra que está sendo licitada. Também se salienta que o edital é o instrumento em que se publiciza a licitação e o artigo 40, da Lei 8.666/93 traz os elementos e as informações que devem constar necessariamente em tal instrumento.

Destarte, é no ato convocatório que serão ficadas as regras que servirão como base para a conduta da própria Administração (JUSTEN FILHO, 2010). Além disso, o edital e seus anexos devem ser de fácil acesso e preciso, bem como deve

prever todos os prazos processuais, incluindo os para a interposição de recurso, informações relacionadas com o objeto licitado e as informações para que o processo se desenvolva. Outra exigência para o processo licitatório é a qualificação técnico-operacional dos licitantes, a qual está disposta no artigo 30, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

Após a elaboração do instrumento convocatório se encerra a fase interna do processo licitatório, sendo que com a publicação edital se inicia a fase externa, a qual termina com o recebimento definitivo da obra. Assim, o artigo 21, da Lei 8.666/93 estabelece as exigências necessárias para se efetivar o princípio da publicidade, além de objetivar que um maior número de licitantes tenha acesso ao instrumento convocatório. O TCU (2009) salienta que o cumprimento das exigências para a habilitação deve se dar na data do recebimento dos envelopes de documentação. Após as propostas passam a serem julgadas de acordo com os critérios pré-estabelecidos no instrumento convocatório, sendo que tais critérios são vinculativos para a Administração.

O artigo 21, parágrafo 2º, da Lei 8.666/93 prevê os prazos mínimos para o recebimento das propostas dos licitantes. Já o seu artigo 43 estabelece os procedimentos devem ocorrer após o recebimento das propostas. Assim, a comissão de licitação deve declarar como vencedor o licitante que tenha cumprido com todas as exigências do edital.

Desse modo, ocorrerá a homologação, a qual se refere ao ato administrativo em que a autoridade superior irá reconhecer a legalidade do processo licitatório e irá declarar todo o certame como válido. Sendo que tal declaração só é possível se não existir nenhum óbice na contratação (TCU, 2009). Já a adjudicação é referente ao ato administrativo que se dá posteriormente à homologação, no qual a autoridade competente (que é superior à Comissão de Licitação), após verificar a legalidade da licitação e a existência do interesse público na contratação, atribuirá ao licitante vencedor do objeto da licitação (TCU, 2009). Consequentemente, a homologação e a adjudicação só podem ocorrer após transcorrido o prazo legal para possíveis recursos, de acordo com o previsto no artigo 109, inciso I, da Lei nº 8.666/93.

Portanto, após a realização da etapa da publicação do resultado ocorrerá a assinatura do contrato, o qual é representado pelo acordo de vontade celebrado entre os órgãos ou entidades da Administração e particulares, o qual possui efeitos vinculantes e estipula obrigações recíprocas, apresentando como objeto prestações de dar, fazer ou não fazer. Além disso, o artigo 55 da Lei nº 8666/93 faz previsão das cláusulas que são obrigatórias para todos contratos, sendo necessário que a

minuta faça parte do instrumento convocatório. Assim como ressalta-se que seu extrato deve ser publicado na imprensa oficial, conforme previsto no artigo 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 (TCU, 2009).

Desta forma, após a assinatura do contrato, a empresa contratada dará início a execução dos serviços, desde que providencie os documentos necessários, por exemplo: Anotação de Responsabilidade Técnica fornecida pelos responsáveis técnicos da obra, registrada no CREA (artigo 1º e 2º, da Lei 6.496/77); licença ambiental de instalação (artigo 8º, inciso II, da Resolução nº 237/77 do Conama); alvarás obtidos na prefeitura; certificado de matrícula da obra de construção civil, emitido pelo INSS (Artigo 256, parágrafo 1º, inciso II, do Decreto nº 3.048/99); entre outros.

Além disso, é permitido que se façam modificações nas condições do contrato de obra pública, em razão da dinâmica da execução do objeto. Todavia, tais modificações não podem ser utilizadas na tentativa de corrigir vultuosas falhas no projeto ou nas especificações dos serviços, sendo que tal vedação decorre da existência do projeto básico, o qual aborda com precisão as necessidades o que foi contratado (ALTOUNIAN, 2011).

Desse modo, as alterações no projeto, nas especificações técnicas, nas planilhas orçamentárias e no cronograma físico financeiro só poderão ocorrer mediante justificativa por escrito e se forem previamente autorizadas pela autoridade competente para celebrar o contrato. Assim, se for o caso de alterações nas especificações técnicas, é necessário que se mantenha a qualidade, garantia e desempenho que foram contratados inicialmente nos materiais a serem empregados (TCU, 2009). Ademais, as alterações e aditamentos contratuais devem seguir o disposto no artigo 65, da Lei 8.666/93.

Nesta senda, salienta-se que o atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, conforme previsto no edital ou no contrato. Tal multa não obsta que a Administração rescinda de forma unilateral o contrato, bem como aplique outros tipos sanções, as quais têm previsão no artigo 87, da Lei nº 8.666/93 (TCU, 2009). Cabe ressaltar que o contratado nunca poderá rescindir o contrato unilateralmente, devendo para isso recorrer 'a esfera judicial (ALTOUNIAN, 2011). Do artigo 77 ao 79, da Lei 8.666/93 se apresentam os motivos para a rescisão de um contrato administrativo.

Com relação a garantia de que as obras públicas terão qualidade, em tese ao menos, é necessário que ocorra a elaboração de bons projetos. Todavia, a materialização efetiva dessa qualidade deve ocorrer no desenvolvimento da fase de

execução do contrato, visto que é incluso nessa fase o acompanhamento, o controle e a fiscalização da realização da obra. Portanto, salienta-se que o acompanhamento pode ser caracterizado através da supervisão das atividades, isto é, do monitoramento do processo como um todo; já o controle, regula a manutenção das condições de execução da obra, visando o atendimento dos parâmetros aceitáveis que forma estabelecidos previamente; e, fiscalização, se perfectibiliza através do uso do poder de “superveniência”, sendo este uma prerrogativa do Poder Público, em relação aos contratos celebrados com terceiros.

A Constituição no *caput* do artigo 31 aborda que a fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. Dito isso, destaca-se que o acompanhamento da execução contratual deve ser realizado através do controle interno. Com relação ao controle interno, esse tem previsão na Lei nº 4320/1964, bem como foi instituído e teve suas atribuições previstas também na Constituição, e foi fortalecido através da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal. No entanto, deve ser criado pela legislação municipal, na qual se estabelecerá sua forma de atuação.

Contudo, o controle interno nos municípios funciona muitas vezes de modo incipiente e despreparado, além de existirem apenas para o cumprimento dos dispositivos constitucionais, ou seja, sem apresentar eficiência e eficácia na sua atuação. Já em relação as obras públicas, o controle interno criado não possui conhecimentos suficientes dos projetos básicos ou da formalização correta dos contratos para execução das obras.

Desta forma, o TCU (2009) explana que a fiscalização é uma atividade que deve ser executada de modo sistêmico pelo contratante e seus prepostos, tendo como finalidade a verificação do cumprimento das disposições contratuais, administrativas e técnicas em todos os seus aspectos.

Dessa maneira, verifica-se que a fiscalização é uma das etapas fundamentais para uma gestão de obras públicas eficiente. Assim, a Resolução do CONFEA indica que a fiscalização é uma atividade que envolve inspeção e controle técnico, apresentando como finalidade verificação e execução do contrato que obedeça aos prazos e especificações estabelecidos. Sendo que é por meio dessa análise *in loco* que se garantirá o cumprimento dos prazos e de todas as previsões contratuais, além de se buscar a aplicação de equipamentos e materiais em quantidade e qualidade contratadas.

Com isso é dever da Administração manter, desde o início dos serviços até o recebimento definitivo, um profissional ou uma equipe para a fiscalização,

a qual deve ser constituída por profissionais habilitados, que tenham experiência técnica para realizar o acompanhamento e controle dos serviços de acordo com o tipo de obra executada. Desse modo, nota-se que os fiscais poderão ser servidores da Administração ou terceiros – pessoas contratadas. Assim como a empresa contratada para realização da obra tem o dever de facilitar, a fiscalização, permitindo o amplo acesso aos serviços que estão sendo executados, bem como deve atender às solicitações que lhes forem realizadas (TCU, 2009).

Portanto, ressalta-se que a fiscalização de modo geral objetiva a verificação da execução das disposições contratuais em relação aos aspectos jurídicos, administrativos e técnicos. Além de ser um poder-dever da Administração, conforme previsão nos artigos 58¹⁰ e 67¹¹ da Lei 8.666/93.

Por conseguinte, após a edição da Lei 101/2000 (LRF) é esperado que o controle interno realize uma atuação preventiva, no sentido de buscar que possíveis erros, desvios de recursos e de finalidade e distorções ocorram. Contudo, para que isso seja viável e se concretize é necessário que a Administração invista nos integrantes do controle interno, ou seja, municie-os com conhecimento referente às áreas de atuação, em especial, nas áreas referentes a licitações e contratos.

Desta forma, passa-se a análise com relação aos julgados do TCE-RS e aos processos que tramitam no TJ-RS com relação a fiscalização da qualidade de obras públicas municipais.

IV – DOS ERROS TÍPICOS ENCONTRADOS NOS JULGAMENTOS DO TCE E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Com relação a de como o Tribunal de Contas e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul têm se manifestado a respeito do controle de

10 – Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: [...] III - fiscalizar-lhes a execução; [...].

11 – Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

qualidade obras públicas, esta pesquisa se utilizou da pesquisa realizada por Leal e Rech¹² da qual se extraiu, dentre 93 decisões do TCE-RS¹³, sendo que dessa se mantiveram apenas 55 decisões, por serem referentes a julgamentos de constas de gestão. Assim, salienta-se que das 55 decisões analisadas apenas 01 houve a análise da qualidade da obra pública. Tal decisão está inserida no processo nº 008241-0200/12-8 que tramitou no Tribunal de Contas do Estado do Rio grande do Sul. Portanto, parte-se da análise do caso dessa decisão referente ao controle da qualidade e fiscalização das obras públicas pelo TCE/RS e para posteriormente verificar a existência de julgados sobre a temática em questão pelo TJ/RS.

Salienta-se que a decisão ora analisada é decorrente do processo nº 008241-0200/12-8 do TCE/RS, sendo que nela foram analisadas as contas do exercício de 2012 do Poder Executivo Municipal de Chapada. Nesse sentido, verificou-se que tais contas foram julgadas da seguinte forma: o então Prefeito Sr. Larri Lui obteve as contas julgadas como irregulares, já o então vice-prefeito Sr. Egon Affonso Schneider obteve o julgamento das contas como regulares. Assim, o parecer exarado pelo Ministério Público de Contas (MPC-RS), datado de 26 de janeiro de 2015, apontou as seguintes irregularidades, processuais e de execução, na construção da academia básica de saúde no Município de Chapada: 1) suposta

12 – Maiores detalhes sobre a metodologia de pesquisa empregada ver nesta obra o artigo intitulado “Delimitação da postura do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul frente às irregularidades apontadas: análise acerca da coercibilidade das suas decisões e a capacidade de indução de boas práticas de gestão”.

13 – Segundo a pesquisa realizada por Leal e Rech a análise quantitativa das decisões coletadas no sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul ocorreu da seguinte forma: foi acessado o endereço eletrônico <<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/inicial>>, no canto superior direito da sua página inicial foi selecionada a opção “Consultas”, e dentro do rol de opções decorrentes foi selecionado o item “Contas Julgadas Irregulares e Pareceres Prévios Desfavoráveis”. Deste modo, ocorreu o encaminhamento a um menu onde foi possível realizar a busca de decisões através de filtros, e para tanto, no campo “ações”, localizada na barra de pesquisa, foi selecionada a opção “filtro”, a qual abriu um novo menu para aplicação de novos filtros, sendo selecionados os seguintes: no quesito “esfera” aplicou-se “=Municipal”, pois o presente estudo restringiu sua análise ao referido ente; no quesito “natureza decisão” aplicou-se “=Contas Irregulares”, visto que a análise objetiva verificar os ilícitos recorrentes em contas de gestão julgadas irregulares; no quesito “trânsito em julgado TCE-RS” foi aplicado, primeiramente “>= 25/08/2016” e, posteriormente “<= 25/08/2018”, visto que o período de análise se restringiu a decisões proferidas em 2 anos. Assim, foram obtidas 93 decisões, das quais foram excluídas 38, visto que não se referiam a julgamento de contas de gestão de Poderes do Estado.

fraude no procedimento licitatório, ferindo a impessoalidade, visto que foram convidadas empresas que não atuam no ramo objeto da licitação, ou seja, das 3 empresas convidadas apenas uma atuava no ramo de execução da obra. 2) não houve a exigência, por parte da Administração, de responsável técnico com registro no CREA para o acompanhamento da obra. 3) deficiência na execução da obra, eis que foram identificados problemas conforme Laudo Técnico produzido pela Administração, elaborado por Engenheiro Civil.

Diante de tais apontamentos o MPC-RS concluiu que tais atos praticados se enquadram na hipótese de incidência dos atos de improbidade, em razão de terem ocorridas falhas na condução do processo licitatório; a empresa vencedora não apresentou responsável técnico com registro no CREA; a qualidade da obra não atendeu à finalidade pública; e que a empresa contratada tem como sócio pessoa proibida de contratar com o Poder Público até 2020.

O MPC/RS indicou o envio dos documentos ao Ministério Público Estadual, com a finalidade de fosse tomada a ciência das inconformidades e que fosse adotada as medidas que reptassem cabíveis, sem que houvesse prejuízo de que a inconformidade contribuísse, no presente feito, à imposição de multa e à emissão de parecer desfavorável às contas então Prefeito. Além disso, os fatos apontados revelavam que a Administração não foi diligente no acompanhamento da execução da obra e recebeu coisa de qualidade inferior à contratada, afrontando assim aos artigos 66 e seguintes da Lei nº 8.666/93.

Destaca-se que a imposição de multa sugerida pelo MPC/RS é referente a clara violação aos princípios da Administração Pública, dentre os quais o da moralidade, da impessoalidade e da legalidade, bem como os princípios da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa, que orientam as compras realizadas pela Administração, caracterizando ato de improbidade administrativa prevista no art. 11, caput, da Lei 8.429/92, tendo como pena as previstas no inciso III do art. 12 da referida lei.

Entretanto, na decisão do TCE/RS existe apenas no relatório uma menção aos apontamentos de irregularidades nas obras da Academia Básica de Saúde, enquanto que no voto e na decisão não há quaisquer menções *quanto* à imposição de multa referente às irregularidades apontadas pelo MPC/RS, em razão das irregularidades na referida obra, apesar de haver a decisão pelo julgamento de irregularidade das contas. Portanto, verificou-se que as contas do então Prefeito foram julgadas como irregulares, *não* devido aos apontamentos do item 6 – o qual é referente a obra da Academia Básica de Saúde – do relatório do TCE-RS no processo supracitado,

mas sim em decorrência de outras irregularidades que não fazem parte do objeto da pesquisa.

Desse modo, verifica-se que o relator do TCE/RS votou pela imposição de multa, no valor de R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) ao então prefeito, em face das inconformidades destacadas, de forma genérica, visto que foram mais de 29 irregularidades apontadas no exercício financeiro analisado. No item b) do voto houve a fixação de débitos em relação a outros apontamentos, que não aqueles relacionados à construção da obra da Academia Básica de Saúde, o que demonstra que mesmo apontando a má qualidade da obra, não se exigiu do gestor o débito relacionado ao prejuízo causado. Ademais, em outro trecho do voto, o relator decidiu pela irregularidade das contas do então prefeito e pela regular das contas do então vice-prefeito, dando ciência ao Procurador Geral de Justiça e ao Procurador Regional Eleitoral.

Após a análise da decisão do TCE-RS referente a qualidade e fiscalização de obras *públicas*, passou-se a pesquisa e levantamento de casos no sítio do TJ-RS que fossem relacionados ao objeto da pesquisa. Para tal busca, utilizou-se as expressões: “Má qualidade de obra pública”; “Deficiência na execução de obra pública”; “Ato de improbidade em obra pública”. Contudo, não se obteve êxito na pesquisa. Logo, não foi possível se extrair decisões relacionadas ao tema proposto, visto que a temática é pouco explorada nos julgados do TJ-RS.

Com isso, foi realizada uma busca processual referente às pessoas julgadas (então prefeito e vice-prefeito) do Município de Chapada, na decisão supra analisada. Dessa maneira, constatou-se que não existem processos referentes a pessoa do então vice-prefeito, entretanto foi encontrada uma Ação Civil Pública tramitando em desfavor do então prefeito. Desta forma, o processo analisado foi coletado no sítio eletrônico “www.tjrs.jus.br”, no espaço *Processos*, por meio da guia *Acompanhamento Processual > Por nome da parte*. Utilizou-se a ferramenta “*TJ/Comarca > Carazinho*¹⁴”, “*Nome da Parte > Larri Luí*”, “*Tipo de Pesquisa > Pesquisa fonética*”, “*Situação > Ativos*” e “*Movimentados > todos*”.

Através da pesquisa realizada foram encontrados 04 processos¹⁵ tramitando em nome da parte, sendo que apenas 01 tinha relação com o objeto da pesquisa,

14 – Por ser a comarca competente para julgar as demandas do município de Chapada.

15 – Processo de Conhecimento / Declaratória; Ação Coletiva / Ação Civil de Improbidade Administrativa; Processos de Execução / Execução de Título Extrajudicial; e Processos de Execução / Execução de Título Extrajudicial.

tratando-se de uma Ação Civil Pública Administrativa, sob nº 009/1.17.0005836-5, a qual foi proposta no dia 18/12/2017 pelo Ministério Público em face do Sr. Lari Lui, apresentando como órgão julgador a 2ª Vara Cível.

Compulsando os autos foi possível se extrair que se trata de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra Lari Lui, qualificado, em decorrência da notícia realizada ao agente ministerial da ocorrência de atos lesivos ao patrimônio público, causados pelo requerido. O Ministério Público manifesta-se no sentido de que é imperiosa a declaração dos fatos descritos como improbidade administrativa, bem como pugna pela condenação do réu ao ressarcimento integral dos danos causados ao Município de Chapada, pela perda de função pública, suspensão de direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente pelo prazo de 05 anos ou sucessivamente por 03 anos e pagamento de multa civil.

Ressalta-se que referida ação ainda não foi sentenciada e que a última movimentação processual ocorreu no dia 01/08/2019 (carga advogado do réu – 37455/RS).

V – CONCLUSÃO

No decorrer da presente pesquisa verificou-se o federalismo brasileiro e a integração dos municípios como entes federativos a partir da Constituição de 1988, após focou-se na análise das competências municipais para licitar e contratar obras públicas. Posteriormente, passou a se verifica o procedimento de realização de obras públicas, tecendo um panorama desde o dever da Administração licitar, a conceituação de obras públicas, as fases interna e externa do processo de contratação pública, bem como a necessidade de fiscalização por parte do ente público, visando com isso que as obras públicas atinjam a sua finalidade, qual seja o interesse público, e seja entregue com qualidade, conforme o contratado.

Portanto, tendo em conta as peculiaridades, as exigências legais e os demais procedimentos relacionados a contratação e execução de obras públicas, ressalta-se que o despreparo do controle interno dos entes públicos, pode contribuir para a utilização de forma indevida dos recursos públicos de modo ineficiente e ineficaz. Assim, por ser o controle interno responsável pela fiscalização de uma atuação dos entes públicos, sob a ótica da transparência na gestão dos recursos públicos,

destaca-se que o acompanhamento das contratações de obras públicas pode favorecer a melhoria nas ações administrativas de forma eficiente e eficaz.

Por fim, foram analisados casos julgados pelo TCE-RS e pelo TJ-RS. Sendo que nesse último tópico tentou-se averiguar quais são os apontamentos e as possíveis consequências para o gestor que não fiscaliza as obras, sendo as mesmas entregues com defeitos e má qualidade.

Diante do exposto, visando responder o problema da pesquisa que evidencia: como os Tribunais de Justiça e de Contas do Estado do Rio Grande do Sul vêm enfrentando em seus julgados a temática referente a qualidade e fiscalização de obras públicas na esfera local? E quais os principais apontamentos e consequências?

Verifica-se que apesar do MPC/RS indicar, no parecer relacionado a decisão analisada do TCE-RS, a clara violação aos princípios da Administração Pública, dentre os quais o da moralidade, da impessoalidade e da legalidade, bem como os princípios da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa, que orientam as compras realizadas pela Administração, caracterizando ato de improbidade administrativa prevista no art. 11, caput, da Lei 8.429/92, tendo como pena as previstas no inciso III do art. 12 da referida lei, referente a deficiência na fiscalização e execução da obra pública, não existe por parte do TCE-RS nenhuma referência a tais apontamentos, nem fixa débitos em decorrência dos prejuízos decorrentes da má qualidade na execução da obra pública.

Quanto a análise de julgados do TJ-RS, destaca-se que apesar de ser o tema de grande relevância, ainda não apresenta apreciação definitiva pelo referido Tribunal, relacionadas a fiscalização e controle da qualidade das obras públicas.

Tendo em vista a inexistência de julgados em segunda instância sobre o tema, realizou-se a busca processual na comarca de Carazinho, que é a jurisdição competente para julgar os processos do município de Chapada, e verificou-se a existência de um processo decorrente dos apontamentos do MPC/RS e do TCE/RS sobre o caso em análise. No entanto, o referido processo não foi sentenciado.

Dito isso, conclui-se que ainda é necessário que haja uma integração entre os órgãos de controle, tanto interno quanto externo, e o Poder Judiciário, para que se busque uma maior efetividade e eficiência na contratação e realização de obras públicas, visto que tais empreendimentos demandam grandes quantias de verbas públicas. Dessa forma é possível que se concretize o interesse público e que se atendam as demandas da população sem desperdício de recursos públicos, visto que a má gestão de tais recursos reflete em outras demandas e políticas públicas, as quais acabam sendo executadas, quando executadas, de forma precária, ineficaz e ineficiente.

VI – REFERÊNCIAS

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras Públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. Prefácio Marcos Vinícios Vilaça. 2. ed. rev. e ampl. 4. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveria. *Teoria geral do federalismo*. Rui de Janeiro: Forense, 1986.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

_____. *Decreto Lei n° 3.048, de 06 de maio de 1999*. Regulamenta a Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

_____. *Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

_____. *Lei n.º 6.496/77, de 07 de dezembro de 1977*. Institui a Anotação de Responsabilidade Técnica na prestação de serviços de engenharia, de arquitetura e agronomia; autoriza a criação, pelo Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CONFEA, de uma Mútua de Assistência Profissional; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

CONFEA. *Resolução n° 361/91, de 10 de dezembro de 1991*. Dispõe sobre a conceituação de Projeto Básico em Consultoria de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. *Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 dez. 1991*.

CONAMA. *Resolução n° 237/97, de 19 de dezembro de 1997*. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. *Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 dez. 1997*.

FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. *Federalismo constitucional e reforma federativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. 943 p.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

PUCCINELLI JR, André. *O federalismo cooperativo e a reserva do possível no âmbito da saúde, educação e saúde pública*. Tese (Curso de direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

REIS, Elcio Fonseca. *Federalismo Fiscal: competência concorrentes e normas gerais de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Federalismo fiscal e reforma tributária. In: *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Contas do Estado*. Consulta processual pública. Disponível em: <<https://portal.tce.rs.gov.br>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado. Acompanhamento Processual*. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

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

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Cartilha Obras Públicas – Recomendações Básicas para Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas*. 2. ed. Brasília: TCU, SECOB, 2009.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FORMA DE REALIZAÇÃO DAS DESPESAS COM TRANSPORTE NO MUNICÍPIO: ILÍCITOS APONTADOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Carla Luana da Silva¹
André Inácio Silva Lopes²

RESUMO. O artigo tem como tema central a forma de realização das despesas com transporte no Município do Estado do Rio Grande do Sul, delimitando-o sob análises realizadas entre os anos 2016 a 2018. A justificativa para tratar do tema deve-se a incidência cada vez maior da má aplicação dos recursos públicos pelos representantes, e por consequência a falta de efetivação de inúmeros direitos. O problema que envolve o trabalho é verificar quais as

1 – Advogada. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Pós-graduada em Direito Administrativo e Constitucional pela Escola Paulista de Direito (EPD). Integrante do Grupo de Pesquisa “Controle Social e Políticas Públicas”, coordenado pela Prof. Dr. Caroline Muller Bitencourt e Dr. Janriê Rodrigues Reck, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISC. E-mail: carlaluanauschulz@hotmail.com.

2 – Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista de Iniciação Científica pela Fapergs, orientando da Prof. Dra. Caroline Müller Bitencourt no projeto intitulado Estado Pós-Democrático e os desafios ao controle social. Integrante do Grupo de Pesquisa “Controle Social e Políticas Públicas”, coordenado pela Prof. Dr. Caroline Muller Bitencourt e Dr. Janriê Rodrigues Reck, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISC. E-mail: andre.lps@hotmail.com

principais ocorrências de ilícitos apontadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul nas prefeituras municipais, no que se refere as despesas com transporte tanto para benefício dos servidores e Administração Pública, quanto para os administrados, averiguando suas posteriores consequências no Tribunal de Justiça do Estado. Utilizou-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo, onde serviu-se das bases dos *sites* do TJ-RS e do TCE-RS, para testar as hipóteses levantadas. Tendo em vista tais pretensões, chegou-se aos seguintes resultados: no que se refere aos ilícitos verificou-se maior incidência de contratos irregulares, ausência ou deficiência no controle de frotas municipais, despesas elevadas e irregulares com combustíveis, falta de licitação para manutenção de veículos e máquinas, falta de licitação para concessão/permissão de serviço público de transporte, falta de licitação para contrato de seguro, e falta de licitação ou procedimento formal de dispensa ou inexigibilidade para transporte de lixo seco; ainda, observou-se que dois desses casos de ilícitos tiveram remessa à autoridade competente para apuração de ilícito penal e de atos de improbidade administrativa, entretanto, não foi encontrado no Tribunal de Justiça do estado qualquer processo referente aos municípios, ou aos atos indicados. Realizando um exercício de análise de possível judicialização, viu-se que tais casos teriam como consequência o enquadramento como crime de responsabilidade e atos de improbidade.

Palavras-chave: Despesas; Município; Transporte; Tribunal de Contas no Estado do Rio Grande do Sul; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

I - INTRODUÇÃO

Não é de hoje que a forma de realização das despesas pelo poder público preocupa a sociedade, principalmente pelo fato do evidente desvio da finalidade quanto a atender o interesse público. Esse estudo tem como tema central analisar a forma de realização das despesas no Município no que concerne ao transporte, seja no transporte público, tendo os administrados como beneficiários, ou aquelas despesas destinadas a custear as necessidades da própria Administração.

O problema que envolve a presente pesquisa é verificar quais as principais ocorrências de ilícitos apontadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul nas prefeituras municipais do Estado, no que se refere a despesas com

transporte tanto para benefício dos servidores e Administração Pública, quanto para os administrados, averiguando suas posteriores consequências no Tribunal de Justiça do Estado.

Para ver o resultado dessa análise, no primeiro capítulo será tratado sobre as necessidades administrativas com o transporte, elencando os destinatários dessa utilização, e como se realiza a previsão dessas despesas nos orçamentos públicos. Num posterior estudo, apontam-se as formas de controle desses orçamentos, referindo o papel principal que o Tribunal de Contas do estado assume nesses casos, como órgão fiscalizador.

No segundo capítulo é averiguado quais seriam os erros típicos encontrados nos julgamentos do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. A ideia central é observar e organizar os principais ilícitos ocorridos nos Municípios do Estado, no que se refere a despesas com transporte, considerando as contas julgadas irregulares do referido Tribunal. Nesse capítulo é detalhado qualitativamente as decisões encontradas, para uma posterior análise geral de incidências.

Por fim, a terceira análise realizada é quanto as consequências jurídicas desses ilícitos apontados pelo Tribunal de Contas, onde se observará quais desses casos chegam a ser demandados no Tribunal de Justiça do Estado, considerando sua tipificação como crime de responsabilidade, ou mesmo improbidade administrativa.

Para formar essas ligações utilizar-se-á como método de abordagem o hipotético-dedutivo, testando as hipóteses levantadas por meio de pesquisa jurisprudencial. Deste modo, este estudo terá como método de procedimento primeiramente o método analítico e posteriormente, o método de estudo de jurisprudência. Nesses estudos de jurisprudência serão coletadas decisões no *site* do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul- TCERS, entre os anos de 2016 a 2018, e posteriormente analisado sua judicialização no Poder Judiciário do Estado, consultando as bases do Tribunal de Justiça- TJRS.

II – DA FORMA DE REALIZAÇÃO DAS NECESSIDADES ADMINISTRATIVAS COM TRANSPORTE

A Administração Pública é um aparelho do Estado que objetiva a regulação e a realização de determinados serviços, e que tem como intuito a satisfação das necessidades da coletividade (SILVA, 2017). Necessidades que devem ser realizadas

tanto para o atendimento de suas próprias atividades, quanto para a realização de ações direcionadas aos administrados.

No que se refere ao transporte não é diferente, sendo exigido do poder público diversas formas de prestação do serviço para a locomoção, tanto para os servidores para cumprirem atividades de sua competência como fiscalizações, visitas a domicílios e atividades administrativas, quanto para os cidadãos que utilizam do transporte público para desempenhar as mais variadas funções.

O conjunto da administração pública exige um custo de transporte inevitável, contudo, essa necessidade deve ser continuamente controlada, avaliando a evolução dos gastos e como estão sendo realizados. Essa avaliação tende a observar se as despesas com transporte estão atingindo os objetivos, sem perdas para a administração. Atos como licitar, manter regular contrato de concessão e permissão de serviço público de transporte, ter um controle de frotas, são imprescindíveis na administração de qualquer gestor.

Ao tratar das necessidades administrativas com transporte no Município é importante entender como o poder público realiza a previsão dessas despesas, para uma posterior fiscalização pelos órgãos de controle. Anualmente, os municípios, os estados e o governo federal elaboram o chamado “orçamento público”. O Poder Executivo (representado pelo Prefeito, Governador e Presidente da República) envia ao Poder Legislativo (Câmara de Vereadores, Assembleia Legislativa e Congresso Nacional, respectivamente) sua proposta orçamentária com o intuito de ser analisada, modificada, aprovada e posteriormente, transformada em lei (RIZZI, GONZALES, XIMENES, 2011).

O orçamento público é um instrumento que planeja toda a destinação do dinheiro que é arrecadado com tributos, especificando gastos e investimentos priorizados pelos poderes. Constitucionalmente é uma lei que prevê receitas e a fixação de despesas para um período determinado, consoante o art. 165, § 8º da CF/88.

Leite (2011) analisa esse instrumento sob três perspectivas: (1) uma lei, dirigida a Administração Pública, que determina uma conduta especial aos agentes políticos, caso em que haverá uma sanção pelo não cumprimento, com até mesmo configuração de crime de responsabilidade ou improbidade; (2) uma lei que fixa a despesa e prevê a receita, tendo valor fixado de acordo com a realidade e com as determinações constitucionais; e (3) uma lei concreta de implantação de políticas públicas, efetivando direitos dos cidadãos aos serviços públicos prestados pelo Estado.

Esse processo de planejamento do orçamento público é bastante complexo, contudo, é essencial para melhorar a aplicação dos recursos públicos. São três os instrumentos de planejamento definidos constitucionalmente, sendo eles o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

O plano plurianual visa, de forma regionalizada, estabelecer as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública com despesas de capital e outras decorrentes, e àquelas relativas a programas de duração continuada (art.165, § 1º, da CF). Pode-se considerar que ele é a primeira lei que concretiza a política pública por meio dos programas que estabelecem os fins que se almejam, ou seja, declara as políticas e metas previstas para um período de 4 anos, bem como, os caminhos para alcançá-las. Nesses programas, estará inserida toda ação governamental que resulte em bem ou serviço, ou operações especiais³.

A lei de diretrizes orçamentárias compreende as metas e prioridades da administração pública, com a inclusão das despesas de capital para o exercício financeiro seguinte, ou seja, determina quais metas e prioridades do PPA serão tratadas no próximo ano. Além disso, antecede e orienta sobre a lei orçamentária anual, prevê as alterações na legislação tributária e dispõe sobre a política de aplicação das agências financeiras oficiais e de fomento (art. 165, §2º, da CF).

Já a lei orçamentária anual integra o programa e sua execução, ou seja, concretiza-o, detalhando quanto será gasto, em que área de governo e para que. Segundo Leite (2011), a LOA é uma lei operativa fixando a dotação orçamentária para cada projeto ou atividade dentro de um exercício financeiro, podendo-se perceber as prestações positivas que o Estado decidiu tornar efetivo no ano seguinte.

A LOA é de fato, o que se chama de orçamento anual, sendo estruturada em três documentos: orçamento fiscal, orçamento da seguridade social e orçamento de investimento das estatais. Especificamente “a execução orçamentária é refletida nos registros contábeis de natureza orçamentária, que são base para a elaboração dos Demonstrativos Fiscais exigidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal –LRF e dos Balanços Orçamentário e Financeiro” (www.rio.rj.gov.br, 2018, p. 3).

Toda realização de despesas e aplicação de receitas, previstas nos orçamentos, é monitorada por meio de controles, tendo especial enfoque ao trabalho, o controle externo da administração pública.

3 – Despesas que não estão associadas a bem ou serviços. São pagamentos de dívidas, ressarcimentos, indenizações e outros afins, considerados uma agregação neutra.

II.1 – FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS: O CONTROLE EXTERNO

O controle exerce um papel fundamental para a consecução dos objetivos do Estado, uma vez que possui a função precípua de assegurar a legitimidade da aplicação dos recursos públicos (MILESKI, 2003). Prevê-se constitucionalmente, nos artigos 70, 71 e 74, que o Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União⁴, será o responsável pelo controle externo, e que, cada um dos Poderes terá, obrigatoriamente, um sistema integrado de controle interno⁵.

O controle externo da Administração Pública caracteriza-se por ser exercido de um Poder para outro, sempre que o órgão fiscalizador é de Administração diversa de onde se emanou a conduta administrativa originária. Esse controle pode ser classificado segundo o órgão que o exerce, sendo apontado aquele exercido pelo judiciário, o legislativo e o órgão do Tribunal de Contas (FERNANDES, 2016).

O controle externo exercido pelo Poder Judiciário é o responsável por aplicar o Direito nos casos concretos, buscando anulação de condutas ilegítimas, o saneamento das condutas obrigatórias, bem como, a condenação de indenização aos lesados. Especificamente, o controle jurisdicional tem legitimidade para controlar o comportamento da Administração Pública (MELLO, 2012).

Esse tipo controle exercido pelo Judiciário deve observar o princípio dispositivo, não podendo instaurar de ofício processos judiciais que visem analisar atos da administração. Assim, sempre deverá ser instigado por meio dos instrumentos processuais que possam desencadear sua atuação jurisdicional (JUSTEN FILHO, 2013).

Quanto ao controle externo exercido pelo legislativo, poderá haver um controle parlamentar direto (exercido pelas Comissões do Poder Legislativo, pelas mesas das casas legislativas, ou pessoalmente por parlamentares); e um controle contábil, financeiro e orçamentário, de competência do Tribunal de Contas de cada ente.

O órgão do Tribunal de Contas é um importante instrumento previsto no sistema constitucional, pois tem a função de verificar a probidade da atuação

4 – Cabe salientar que as normas determinadas na Constituição sobre o Tribunal de Contas da União, aplicar-se-ão aos Tribunais de Contas dos Municípios, do Distrito Federal e dos Estados, consoante o artigo 75, e sobre o norte do princípio da simetria.

5 – Além do controle exercido diretamente pelo Estado, existe, ainda, o controle social.

da Administração Pública, observando a regularidade na utilização de recursos públicos. Nesse sentido, exerce um controle contábil e financeiro de legalidade e legitimidade, com índole política⁶ (MILESKI, 2011).

A Lei nº 11.424, de 06-01-2000, relativa à Lei Orgânica do Tribunal de Contas e o Regimento Interno do Órgão, através da Resolução nº 1028, de 27-03-2015, definem as áreas de atuação do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Dentre as principais competências estão a emissão de parecer prévio sobre as contas de governo, prestadas pelo Governador e prefeitos municipais.

Tratando-se das contas anuais do Governador ou dos prefeitos municipais, o Tribunal emite parecer prévio favorável ou desfavorável à sua aprovação, sendo esse parecer, posteriormente, encaminhado ao respectivo Poder Legislativo, a quem cabe a decisão final sobre a sua manutenção ou não. Em cumprimento ao disposto no artigo 11, § 5º, da Lei Federal nº 9.504/1997, o Tribunal de Contas do Estado disponibiliza a relação dos responsáveis que tiveram Contas Julgadas Irregulares ou que receberam Parecer Prévio Desfavorável do Tribunal.

Entender a presença de um controle externo da administração pública, contemplando o poder judiciário e o Tribunal de Contas, é extremamente importante ao estudo proposto, visto que as pesquisas que testam as hipóteses levantadas têm como base imprescindível os pareceres prévios desfavoráveis e contas julgadas irregulares que apontam os erros típicos encontrados na gestão dos municípios do estado, bem como, suas consequências no Tribunal de Justiça.

III – DOS ERROS TÍPICOS ENCONTRADOS NO JULGAMENTO DO TCE

Com o objetivo de responder o problema proposto de verificar quais as principais ocorrências de ilícitos apontadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul nas prefeituras municipais do Estado, no que se refere a despesas com transporte, indispensável torna-se utilizar o método de estudo de jurisprudência no *site* do referido órgão.

Foram feitos levantamentos envolvendo o tema proposto considerando

6 – A atuação do Tribunal de Contas comporta competências fiscalizatórias próprias e bastante amplas, mas que não contempla a questão de investigar o mérito dos atos administrativos, onde a discricionariedade é permitida. O julgamento que realizará sobre cada caso seguirá os princípios jurisdicionais, sempre podendo sofrer revisão pelo Poder Judiciário.

o período de 2016 a 2018, coletando-se entre os resultados aquelas decisões envolvendo as formas de realização das necessidades administrativas como veículo, transporte público, pneus, combustível, etc.

Essa margem de apreciação de dois anos foi analisada em dois períodos, anos 2016 a 2017, e anos 2017 a 2018, cada período foi representado graficamente com as incidências encontradas, melhor ilustrando onde se concentram os maiores percentuais dos ilícitos, no tocante as despesas com transporte tanto em benefício da Administração, quanto benefício dos administrados.

III.1 – PERÍODO 2016-2017

Para trabalhar com o período proposto foram coletadas decisões no *site* do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul no campo “Consultas”; “Contas Julgadas Irregulares e Pareceres Prévios Desfavoráveis”; aplicando os seguintes filtros de pesquisa: “Trânsito em Julgado TCE-RS < 25/08/2017” e “Trânsito em Julgado TCE-RS >= 25/08/2016”; “Esfera: Municipal”; “Natureza da Decisão: Contas Irregulares”.

Considerando os parâmetros elencados foi possível encontrar sob uma análise quantitativa 43 resultados. Destas decisões encontradas, 25⁷ delas foram analisadas de forma qualitativa com o intuito de verificar os erros típicos encontrados nos municípios do Estado. Dentro do período, considerando a margem de decisões selecionadas, continham 7 decisões que diretamente foram constatadas irregularidades no tocante às despesas com transporte.

O primeiro caso analisado desse período é o referente ao processo nº 08254-0200/12-8, ocorrido no Município de Ilópoles. A fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas verificou inconsistências nas planilhas de abastecimento e nos relatórios de consumo de combustível dos veículos da frota municipal, com

7 – O motivo da análise de 25 decisões é que das 43 encontradas, 14 delas foram excluídas da análise em função de que não se referiam a julgamento de contas dos responsáveis pelo Legislativo ou Executivo municipal, mas sim de pessoas jurídicas de direito público que tinham poder de gestão sobre recursos públicos, não tendo pertinência ao recorte proposto; 3 foram excluídas em função de que no sistema do Tribunal de Contas os documentos objeto de análise (parecer do MPC, relatório e voto) não estavam disponíveis para consulta pública, inviabilizando a análise pretendida; e 1 decisão foi excluída pois já havia sido lançada em duplicidade em função de que as contas do Prefeito e Vice do referido exercício foram tidas como irregulares.

variações elevadas de um mês para outro. Numa análise quantitativa, enquadrrou-se o processo no marcador do gráfico 1, como despesas elevadas e irregulares com combustível.

O segundo processo de contas irregulares foi o nº 008580-0200/12-7, do Município de Lajeado, caso enquadrado no gráfico 1 como ocorrência de contrato irregular, e falta de licitação para manutenção de veículos e máquinas. Houve a verificação de falhas no contrato nº 211-04/2008, de 20-10-2008, com a empresa Distribuidora de Produtos de Petróleo Charrua Ltda., cujo objeto era o fornecimento de combustíveis para a frota municipal. Além disso, contatou-se que foram adquiridos de diversos fornecedores, peças e serviços para manutenção e consertos de veículos e máquinas no montante de R\$ 140.210,54 sem a realização de procedimento licitatório, tendo também a realização de várias compras de baixo valor de produtos de mesma natureza sem a realização de licitação.

O processo de nº 001919-0200/14-7, terceiro da sequência, foi relacionado no gráfico 1 como falta de licitação para manutenção de veículos e máquinas, e ausência ou deficiência no setor de frotas. O município com esse desvio foi o de Passa Sete, que apresentou irregularidades no setor de frotas, não sendo confeccionados os demonstrativos acerca do uso dos bens; fracionamento de despesas com pneus novos, peças e mão de obra para recuperação de máquina, envolvendo o montante de R\$ 105.262,88, em desobediência à obrigação de licitar.

Por quarto, alocando-se no gráfico 1 também como falta de licitação para manutenção de veículos e máquinas, há o processo de nº 008489-0200/12-3, com contas irregulares do município de Barra do Guarita. Nesse caso específico foram repassados recursos a determinada entidade para custear despesas com transporte, combustível e mecânica, que deveriam ser precedidos de licitação. Sem o adequado procedimento licitatório verificou-se a ocorrência de despesa irregular.

O quinto processo de nº 008477-0200/12-6, relativo ao município de Três Passos, enquadrado-se no gráfico 1 com falta de licitação para concessão/permissão do serviço público de transporte, e ausência ou deficiência no controle de frotas. Irregularmente realizou-se concessão de serviço público de transporte sem lei, e firmada sem licitação, impossibilitando a definição das condições dos serviços a serem prestados. Além disso, foi constatado a ausência de controle unificado do sistema frotas, fragilizando o controle das despesas com os veículos.

O sexto caso analisado desse período é o referente ao processo nº 001802-0200/14-8, do município de Bom Jesus. Este foi alocado no gráfico 1 como

contrato irregular, pois houveram irregularidades na execução de contrato firmado para prestação de serviços de transporte escolar, caso em que a variação dos preços dos combustíveis, critério definido no subitem 5.4 do Pregão Presencial nº 01/2013 para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, incidiu sobre todos os itens de custo dos serviços, onerando indevidamente o preço pago pelo transporte. Além do mais, realizou-se alteração do contrato firmado com Osvaldo Machado da Silva para prestação de serviços de transporte escolar da linha de nº 12, mediante Termo Aditivo nº 1/2014; acréscimo de 48 km diários para assumir parte do trajeto da linha de nº 13, que não foi reduzida em contrapartida; manutenção equivocada da quilometragem prevista originalmente no contrato firmado com Elizabete Eugênia Biolo Borghetti para prestação de serviços de transporte escolar da linha de nº 13, acarretando pagamentos indevidos no montante de R\$ 18.684,48.

O sétimo processo de contas irregulares é o do município de São Luiz Gonzaga, de nº 001636-0200/13-0, enquadrado no gráfico 1 com despesas elevadas e irregulares com combustível, e contrato irregular. Nesse caso, o Tribunal apontou que o município adquiriu combustível por preços superiores aos praticados no mercado local, gerando um prejuízo de R\$ 25.959,19, passível de devolução; e contrato para prestação de serviços de coleta, transporte e disposição de resíduos sólidos domésticos com as seguintes inconformidades que majoraram os preços: (1) custo do IPVA- na planilha de custos consta o valor de R\$ 10.800,00 para o IPVA, sendo que o valor devido foi de R\$ 3.522,40, (2) custo do seguro obrigatório- na planilha de custo consta o valor de R\$ 2.550,00 para o seguro obrigatório, sendo que o valor pago foi de R\$ 317,04, (3) custo do consumo de lubrificante na coleta- foi considerado um custo de R\$ 153,00 por mês na planilha de custos, mas o custo realizado foi de R\$ 111,69, (4) custos variáveis relativos ao transporte para destinação final- foi considerado um percurso mensal de 12.000 km mensais para a entrega dos resíduos em aterro sanitário, todavia, foi verificado que a distância percorrida é de 6.156 Km, gerando o necessário ajuste de custos, (5) custo de destinação final- a planilha de custo estabelece um custo de R\$ 69,00 por tonelada, contudo, o realizado foi de R\$ 65,00 por tonelada, valor majorado para R\$ 71,17 a partir de outubro, (6) variação do valor da margem de lucro, ISSQN e PIS/COFINS- tais valores são calculados como um percentual sobre o montante do custo do serviço e considerando as diversas alterações citadas acima. Todos os elementos apontados nos itens agregaram o montante de R\$ 331.894,64 pago a maior.

Todas essas sete decisões somaram três incidências de contratos irregulares; três incidências de falta de licitação para manutenção de veículos e máquinas; duas incidências com despesas elevadas e irregulares com combustível; duas incidências por ausência ou deficiência no controle de frotas; e uma decisão quanto a falta de licitação para concessão/permissão do serviço público de transporte. Essas incidências foram apontadas no gráfico que segue:

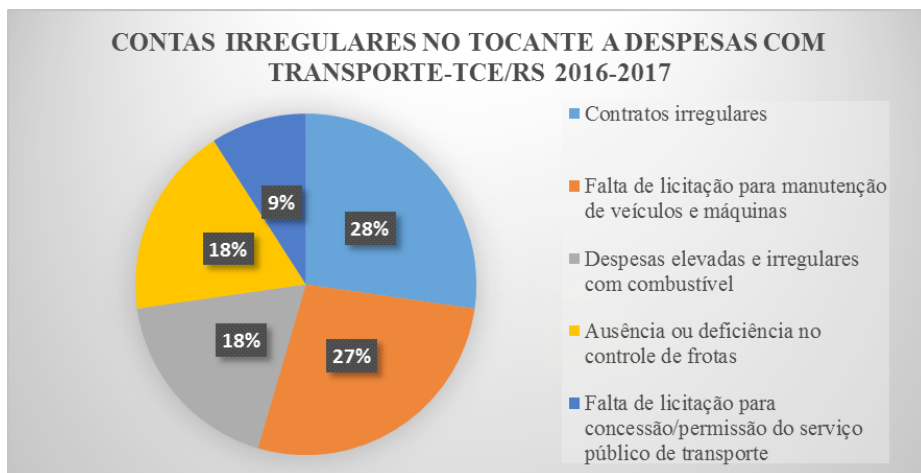


Gráfico 1- Contas irregulares no tocante a despesas com transporte- TCE/RS 2016-2017

Todos esses casos somam no período de 2016 a 2017, o total de sete municípios com apontamentos de irregularidades no tocante a despesas com transporte, num universo de 497 municípios no estado. No quadro representativo vê-se que a maior incidência de percentuais centram-se no contratos irregulares, e na falta de licitação para manutenção de veículos e máquinas.

III.2 – PERÍODO 2017-2018

Analisando o segundo período, utilizou-se dos mesmos filtros, porém alternando as datas bases. Foram coletadas decisões no *site* do TCE-RS, no campo “Consultas”; “Contas Julgadas Irregulares e Pareceres Prévios Desfavoráveis”; aplicando os filtros de pesquisa: “Trânsito em Julgado TCE-RS >= 25/08/2017” e “Trânsito em Julgado TCE-RS <= 25/08/2018”; “Esfera: Municipal”; “Natureza da Decisão: Contas Irregulares”.

Nessa margem de apreciação foi possível encontrar sob uma análise quantitativa 50 resultados. Destas decisões encontradas 30⁸ delas foram analisadas de forma qualitativa com o intuito de verificar os erros típicos encontrados nos municípios do Estado. A análise desse período apontou, coincidentemente, também, um total de 7 irregularidades com relação ao transporte.

O processo nº 002223-0200/15-0, do município de Gramado dos Loureiros, foi enquadrado no gráfico 2 com falta de licitação para contratação de seguro, e falta de licitação para manutenção de veículos e máquinas. O Tribunal de Contas apurou ausência de necessário processo licitatório para a contratação de seguro. Ao longo do período em exame foram contratados seguros, especialmente para viaturas rodoviárias da municipalidade, junto a diversos fornecedores, no valor total de R\$ 32.898,83, com a alegação de estar isento ou então com a expressão “não se aplica” no campo destinado à licitação; Além disso, contactou-se a ausência de necessário processo licitatório para a contratação de serviços mecânicos, pois no exercício de 2015, foram pagos R\$ 38.135,00 ao credor Izequiel Giovani de Marco, que prestou serviços de mecânica em geral nos veículos e máquinas pesadas do Município.

O segundo caso levantado na pesquisa foi o processo de nº 00368-0200/11-2, com irregularidades encontradas no município de Triunfo. Este foi alocado no gráfico 2 com ausência ou deficiência no controle de frotas, pois o Tribunal constatou que não houve controle sobre a movimentação dos veículos, com informações relativas aos motivos dos deslocamentos, quilometragens e itinerários percorridos, horários de saída/chegada, visto de quem utilizou o veículo, dados sobre reparos efetuados e custo de manutenção. Os relatórios de abastecimento evidenciam uma grande quilometragem mensal percorrida.

Outras irregularidades encontradas com relação às necessidades com transporte, foram as ocorridas no município de Cerro Branco, processo nº 001952-0200/14-5, enquadrando-se no gráfico 2 com ausência ou deficiência no controle de frotas, e falta de licitação ou procedimento formal de dispensa ou inexigibilidade para despesas de transporte de lixo seco. Apontou-se ausência de controle de despesas com a frota de veículos, onde a auditada realizou a contratação de

8 – Das 50 decisões encontradas, 18 foram excluídas da análise em função de que não se referiam a julgamento de contas dos responsáveis pelo Legislativo ou Executivo municipal, mas sim de pessoas jurídicas de direito público que tinham o poder de gerir recursos públicos, não tendo pertinência ao recorte proposto; 2 foram excluídas pois foram lançadas em duplicidade, sendo que se referiam a processos já analisados.

controle informatizado de despesas de veículo, com pagamento mensal, porém não utilizou o serviço. A mesma inconformidade foi objeto de apontamento no exercício anterior; Ainda verificou-se fracionamento de despesas de transporte de lixo seco, caso em que foram emitidas seis notas de empenho no valor de R\$ 2.400,00 cada uma, ocorrendo contratações sem licitação e sem procedimento formal de dispensa ou inexistência.

O processo de nº 002004-0200/15-3, do município de Chuí, foi mencionado no gráfico 2 com despesas elevadas e irregulares com combustível, e contrato irregular. O Tribunal apurou fragilidades nos controles de fornecimento de combustíveis através do Contrato n. 056/2013, com abastecimentos de veículos não pertencentes ao município e informação de venda de combustível incompatível com o modelo do veículo; também foi observado contrato irregular, pois houve contratação direta de empresa recém criada para transporte de mobiliários e documentos do Executivo, com execução deficiente do serviço demonstrada na falta de zelo para com os bens públicos transportados, pagamento total do serviço ainda que parte do objeto contratado não tinha sido executada, e relação de parentesco entre o proprietário da empresa contratada e Secretário Municipal.

O processo nº 001255-0200/13-8 do município de Ubiretama, foi alocado no gráfico 2 de contas irregulares com falta de licitação para concessão/ permissão de serviço público de transporte. Verificou-se que o auditado firmou 04 contratos emergenciais de serviços de transporte escolar através de dispensa de licitação, sendo que os valores estavam acima dos limites de dispensa previstos no art. 24, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/1993, e o gestor dispôs, em média (desde o início do exercício) de 60 dias para a realização de certame licitatório para tal mister, o que descaracterizou a emergência dos contratos. Ademais, as dispensas de licitação relatadas não foram objeto de publicação oficial.

Outro caso de irregularidade apontado pelo Tribunal, no tocante a despesas com transporte, é o processo nº 55430200134, do município de Machadinho, contabilizado no gráfico 2 com ausência ou deficiência no controle de frotas, e contrato irregular. Apurou-se que o custeio de despesas para transporte de estudantes teve valor superior ao permitido por lei, bem como, acréscimo de quilometragem, com falta de justificativa e formalização das alterações contratuais; Além disso, observou-se uso indevido de viatura municipal da Secretaria Municipal de Educação para transporte de pessoas que desenvolvem atividades sociais ligadas a outras secretarias do Município, mediante cobrança de valores, sem autorização legal; e falta de controle dos serviços de máquinas prestados a terceiros.

Do município de Paraí, sob o processo de nº 008260-0200/12-9, elencou-se no gráfico 2, o ilícito de contrato irregular. Neste caso, constatou-se pelo Tribunal que pagamentos realizados à **empresa Transportes RKNT Ltda** foram recebidos pelo Vereador eleito para o mandato de 2009 a 2012 que, até 2008, possuía vínculo societário com a referida empresa. Portanto, em 2012 foram realizados pagamentos a pessoa não investida de poderes para firmar quitação com o Município, revelando deficiências no setor de pagamentos a terceiros.

Ainda, em última análise, contabilizando no gráfico 2 com ausência ou deficiência no controle de frotas, e contrato irregular, obteve-se o processo nº 001919-0200/14-7, do Município de Carazinho. O Tribunal apurou em sua fiscalização ausência de efetivo controle de estoque: a auditada não possuía setor de almoxarifado; o controle sobre combustíveis, tubos de concreto e pneus era efetuado mediante anotações incompletas e desprovidas de confiabilidade; o controle sobre o abastecimento com óleo diesel foi realizado por registros incompletos e em especial sem identificação do fornecedor, quando do ingresso de combustível, e nem dos veículos que foram abastecidos; ausência de demonstração de atendimento do interesse público nas respectivas despesas, risco de desvios do patrimônio público; deficiências no controle da frota municipal, ausência de planilhas de desempenho e de relação custo x benefício; risco de desperdício e erros. Ainda, verificou-se concessão de transporte coletivo urbano sem verificação de parâmetros de sua viabilidade econômico-financeira⁹.

Todas as decisões somaram quatro incidências de ausência ou deficiência no controle de frotas; quatro incidências de contrato irregular; uma incidência de falta de licitação para contratação de seguro; uma incidência de falta de licitação para manutenção de veículos e máquinas; uma incidência de falta de

9 – Não obstante a existência de estudo para projeto básico da licitação o qual estabelecia como razoável a tarifa de R\$ 2,58, a Administração aceitou proposta da empresa vencedora com a tarifa de R\$ 1,65. A tarifa proposta era inferior à tarifa anteriormente praticada pela mesma empresa em concessão com o Município, qual seja R\$ 2,40. Criação de risco social e econômico pela possível inviabilidade de se manter o contrato **(1.1)**. Possibilidade de existência de superfaturamento **(1.2)**. A sugestão de não aceitação da proposta pela Comissão de Licitação não foi aceita pelo Prefeito Municipal que entendeu por decidir monocraticamente a questão - Gestor incorreu em afronta à norma licitatória, eis que a comissão é o órgão julgador do certame, não podendo ser substituída pela autoridade administrativa, mormente quando a decisão não contempla fundamentação de ordem técnica. Não observâncias aos princípios da legalidade e da impessoalidade **(1.3)**.

licitação para despesas de transporte de lixo seco; uma incidência de despesas elevadas e irregulares com combustível; e uma incidência de falta de licitação para concessão/permissão do serviço público de transporte.

Graficamente obteve-se os seguintes percentuais para cada caso de ilícitos:

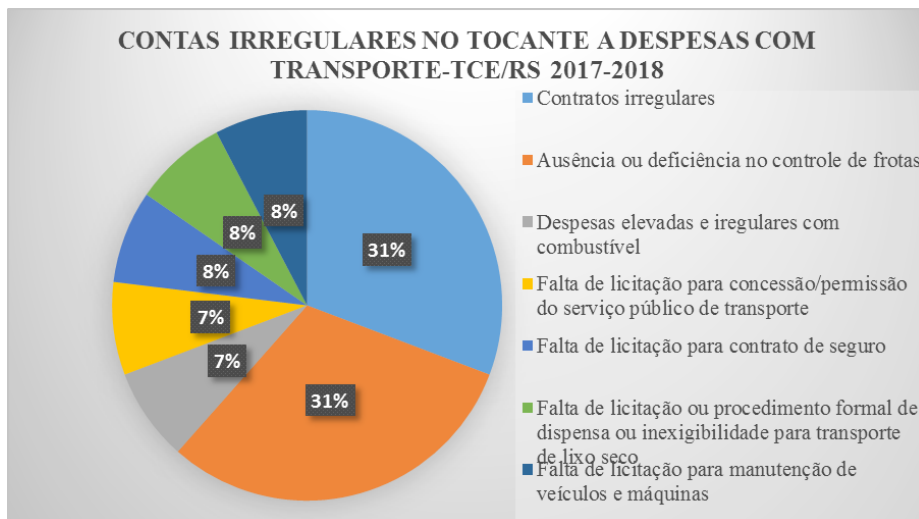


Gráfico 2- Contas irregulares no tocante a despesas com transporte- TCE/RS 2017-2018

Analisando o gráfico vê-se que os percentuais maiores concentram-se na ausência ou deficiência no controle de frotas, bem como, em contratos irregulares, ambos com 31 % de incidência. Todos esses dados já formulam certa base para responder o problema proposto, sendo assim, o terceiro capítulo se destina a realizar uma análise geral desses dois períodos, verificando a concentração dos percentuais nas irregularidades encontradas, e posterior verificação de remessa ao Tribunal de Justiça do estado.

IV – IRREGULARIDADES E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS: CRIME DE RESPONSABILIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Tendo em vista as pretensões da presente pesquisa, considerando as irregularidades encontradas nos períodos de observação, numa análise geral, representa-se no gráfico 3, as maiores incidências dos erros típicos cometidos pelos gestores dos municípios do estado frente as despesas relativas com transporte. Esses

percentuais ajudam a verificar as hipóteses levantadas, averiguando o problema proposto:

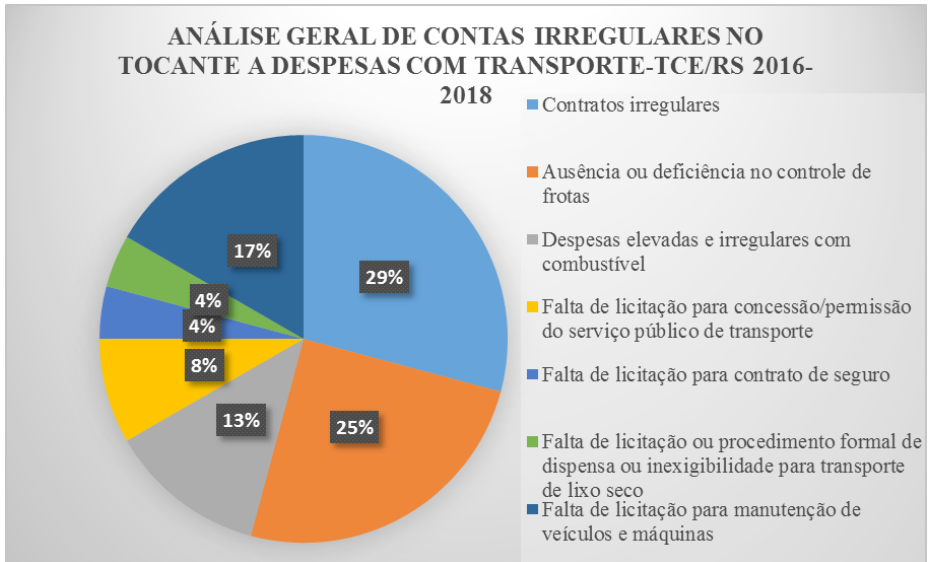


Gráfico 3- Análise geral de contas irregulares no tocante a despesas com transporte- TCE/RS 2016-2018

Observando o gráfico 3, os maiores percentuais encontrados foram de contratos irregulares, e ausência ou deficiência no controle de frotas, respectivamente com 29% e 25% de incidência. Contratos irregulares foram aqueles que quando investigados, apresentaram algum desvio na sua execução como pagamentos indevidos, despesas fora da margem real, dentre outros. E, ausência ou deficiência no controle de frotas foram todos os casos em que o município não apresentava verificação de quilometragens, horários, percursos, ou mesmo quando apresentava, o controle mostrava-se deficiente.

Esses dados proporcionam determinar que as principais ocorrências de ilícitos apontadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul nas prefeituras municipais do estado, no que se refere a despesas com transporte, são contratos irregulares (29%), ausência ou deficiência no controle de frotas (25%), despesas elevadas e irregulares com combustíveis (13%), falta de licitação para manutenção de veículos e máquinas (17%), falta de licitação para concessão/permissão de serviço público de transporte (8%), falta de licitação para contrato de seguro, e falta de licitação ou procedimento formal de dispensa ou inexigibilidade para transporte de lixo seco (4%).

As informações elencadas permitem verificar às consequências que esses ilícitos sofrem no Tribunal de Justiça do estado. Frente toda atribuição fiscalizatória do Tribunal de Contas, comporta a ele a remessa de peças ao Ministério Público e às demais autoridades competentes, quando houver fundados indícios de ilícito penal e de atos de improbidade administrativa.

IV.1 – REPERCUSSÕES DAS IRREGULARIDADES NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A fim de melhor compreender as ilicitudes realizadas no âmbito da Administração Pública, por seus servidores e por terceiros prestadores de serviço, torna-se relevante as temáticas dos crimes de responsabilidade e improbidade administrativa.

O crime de responsabilidade encontra-se previsto na Lei 1.079/50, sendo também regulado no artigo 85 da Constituição Federal de 1988. O referido artigo elenca como crimes, ações do Presidente da República, Ministros do Estado, Governadores e Secretários do Estado que seriam atentatórios contra:

I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Na esfera municipal, ações realizadas por prefeitos e vereadores são reguladas pelo Decreto-Lei 201/67, no seu artigo 1º, com rol taxativo de crimes passíveis de serem julgados pelo Poder Judiciário.

Já a Improbidade Administrativa, por sua vez, decorre de uma ofensa ao princípio da probidade e da moralidade administrativa. Tem-se a necessidade de observar os princípios éticos e de boa-fé, abarcando regras que assegurariam uma boa administração pública (DI PIETRO, 2012).

A improbidade administrativa é tutelada no art. 37 § 4º da Constituição Federal, que define as sanções contra atos ímprobos. O ato de improbidade decorre de uma violação do princípio da moralidade administrativa. Consoante Di Pietro (2012), sua inserção na Constituição advém, principalmente, de uma preocupação de combate à corrupção e à impunidade na Administração Pública.

A Lei 8.429/92 conhecida como Lei de Improbidade, de forma específica, vem detalhar os atos considerados ilícitos, estando entre eles o crime de enriquecimento ilícito (art. 9), o crime de dano ao erário (art.10), e os crimes atentatórios aos princípios da Administração Pública (art. 11). O avanço da referida lei é refletido no rol de legitimados ativos, dando aos cidadãos, e à pessoa jurídica lesada (Fazenda Pública) a possibilidade de intentar ações quando verificados atos de improbidade dos gestores (ROSA, 2011).

Para que haja a apuração de improbidade administrativa ou de ilícitos penais cometidos pelo gestor, é realizado o julgamento das contas dos administradores e daqueles que detenham reponsabilidade por dinheiro ou bens públicos pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. Este tem atribuição de determinar, a qualquer momento, remessa de peças ao Ministério Público e às demais autoridades competentes, quando houver fundados indícios de ilícito penal e de atos de improbidade administrativa, conforme se observa no Art. 15, XIV do Regimento Interno do TCERS.

Considerando essas decisões desfavoráveis do Tribunal, já mencionado que a pesquisa realizada levantou um total de 55 casos de ilícitos nos municípios do estado, sendo trinta decisões consideradas do período de 2016 a 2017, e vinte e cinco decisões do período de 2017 a 2018.

Com o intuito de analisar as consequências desses ilícitos no tribunal de Justiça, verificou-se que do ano de 2016 a 2017, das 30 decisões analisadas, somente 3 processos tiveram remessa ao Ministério Público em função de presentes indícios de atos de improbidade ou ilícitos penais. Contudo, nenhum desses casos estavam relacionados com despesas irregulares no tocante às necessidades com transporte.

Do ano de 2017 a 2018, das 25 decisões analisadas, 4 processos tiveram a remessa expressa ao Ministério Público apontando-se indícios de atos de improbidade ou ilícitos penais. Desses quatro processos, dois deles eram relacionados ao tema da presente pesquisa, o processo de nº 002004-0200/15-3 do município de Chuí, e o processo nº 001255-0200/13-8, do município de Ubiretama.

No município de Chuí, no tocante ao transporte, o Tribunal apontou ausência de organização quanto ao controle de frota municipal, especificamente no abastecimento das viaturas do município, já que constava compra de combustível incompatível com o veículo abastecido – abastecimento de gasolina para veículos a diesel e vice-versa (1) -, e o abastecimento de onze placas que não pertenciam aos seus automóveis (2).

No que concerne a análise quanto a incompatibilidade de combustíveis nas viaturas do município (1), tendo em vista os ilícitos mencionados, não há ocorrência de crime de Improbidade Administrativa. O caso em apreço não se enquadra no rol dos arts. 9, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, pois não há má-fé do administrador no trato da coisa pública, mas sim a desorganização nas compras e na forma de governança.

O entendimento acima é o que se retira por equiparação dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), utilizando os termos: “desorganização” “improbidade”, e não utilizando outros tipos de filtro. O Egrégio Tribunal alude que a desorganização através da boa-fé, não é um determinante para Improbidade Administrativa, esse posicionamento manifesta no processo nº 7000633714, onde refere que “seja qual for o conceito que se adote (imoralidade administrativa qualificada pela desonestidade, devassidão ou corrupção administrativa), não é possível classificar de improbidade administrativa a desorganização (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018 <tjrs.jus.br) [...]”.

Referente ao segundo tópico de abastecimento de placas que não seriam do município, o enquadramento já seria diferente. Nesse caso, o administrador estaria incorrendo em crime de Improbidade Administrativa, já que retoma em um prejuízo ao erário sua negligência ao abastecer viaturas não pertencentes à frota do município, conforme determina o art. 10, XVII da Lei de Improbidade:

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.

Diante desse ilícito, o gestor poderá ser sentenciado com o ressarcimento integral dos valores a que houve dano, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, conforme dispõe o art. 12 da Lei 8.249/92.

Ademais, no mesmo município ainda é indicado à contratação de uma empresa para fazer o transporte de bens da repartição. Transporte realizado com ausência de zelo e precaução, quantos aos bens da prefeitura. Apesar do serviço ter sido integralmente remunerado, não houve a realização de todo o período que já havia sido pago pelo ente municipal. Ainda, restou caracterizado relação de parentesco entre o Secretário do município e o proprietário da empresa

contratada. Empresa aberta apenas três dias antes de sua contratação, e em análise das notas de serviços prestados pela empresa, todas referem a serviços prestados ao município.

Essas circunstâncias ensejam ato de Improbidade devido à ausência de cuidado com os bens públicos, conforme dispõe o Art. 10, que elenca como improbidade administrativa todo ato que cause lesão ao erário, seja por ação ou omissão, dolosa ou culposa, com perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens.

Nesse caso, também pode-se compreender conduta ilícita quanto a contratação de parentes para a realização de tarefa na Administração, destacando-se como clara violação dos princípios de imparcialidade e legalidade. Sendo um ato do secretário atentatório contra os princípios da Administração Pública, constante do art. 11 da Lei de Improbidade:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Em busca no sítio do Tribunal de Justiça do estado, utilizando os quesitos “parentes” e “improbidade”, sem utilização de qualquer filtro, é encontrado 13 retornos, que refletem o posicionamento do Tribunal em casos similares.

CONTRATAÇÃO COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. FRAUDE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. Os agentes públicos encontram-se sujeitos a ações de improbidade administrativa, tendo por escopo a apuração de infração civil causadora de enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou, simplesmente, que atentam contra os princípios da Administração Pública (arts. 9, 10 e 11 da Lei 8.429/92), englobando, obviamente, aqueles agentes detentores de mandato eletivo, tais como os Chefes do Poder Executivo.
2. **Configuração do ato de improbidade estampada pelo conjunto probatório, consistente na contratação indireta de parente do chefe do executivo municipal para prestação de serviço de ornamentação em praça do município, com posterior fraude a procedimento de dispensa de licitação visando dar aparência de legalidade ao serviço**

prestado, em clara violação aos princípios que regem a administração pública. (Apelação Cível, Nº 70061457248, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em: 27-05-2015)

Assim, perceptível que o Tribunal de Justiça julga coaduno com o apresentado, determinando como ato atentatório da moralidade administrativa, a contratação com dispensa de licitação de parente do agente público. Essa manifestação de improbidade pode ser sancionada conforme o art. 12, III da Lei 8.249/92 punível com ressarcimento integral do dano, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

Apesar desses casos ocorridos em Chuí terem indicação de remessa ao Ministério Público, não há no Tribunal de Justiça qualquer processo referente ao município, ou aos atos indicados.

O segundo processo que o Tribunal de Contas manifesta remessa ao Ministério Público, é do município de Ubiretama, com nº 001255-0200/13-8. Nesse caso é verificada contratação pelo gestor municipal de quatro veículos emergenciais para transporte escolar, contudo, o prefeito teve um período de sessenta dias para realização do certame licitatório a fim de promover uma empresa para a prestação, e não o fez, mesmo com os valores dos veículos emergenciais sendo acima dos limites de dispensa de licitação.

As constatações acima, demonstram clara inobservância dos princípios do art. 37 da Constituição Federal de impessoalidade, moralidade e eficiência. Dessa forma, o gestor comete crime de responsabilidade, consoante o Decreto-Lei 201/67, enquadrando sua conduta no art. 1º, V, ao ordenar despesas não autorizadas ou em desacordo, que seria o exemplo da despesa sem licitação, bem como, no art. 1º, XI, ao adquirir serviço sem realizar concorrência ou a coleta de preços exigidos por lei.

Crimes de responsabilidade podem ser definidos com pena de detenção de três meses a três anos (art. 1º, § 1 do Decreto-Lei 201), sendo que a condenação definitiva gera a perda do cargo, com inabilitação pelo prazo de cinco anos (art. 1º, § 2 do Decreto-Lei 201).

O mesmo caso, também pode ter seus atos caracterizados como Improbidade Administrativa, observando art. 10, IX da Lei de Improbidade, o qual manifesta que realizar despesa não autorizada em lei ou regulamento, é punível com ressarcimento dos danos causados ao erário, e inabilitação política.

Em pesquisa ao Tribunal de Justiça Gaúcho acerca das questões tratadas de dispensa de licitação, realizou-se uma busca com os termos “dispensa de licitação”, “transporte escolar”, sem utilização de outros filtros. Dessa busca retornaram dez resultados. Interessante o julgado de nº 70079484499, similar ao apontado na decisão do TCE:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATO DE TRANSPORTE ESCOLAR. SITUAÇÃO EMERGENCIAL. LESÃO AO ERÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO. DOLO DOS AGENTES NÃO EVIDENCIADO. CONDUTAS ÍMPROBAS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. A afronta aos princípios da Administração Pública previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal, e aos deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade, constitui ato de improbidade administrativa. [...] **Havendo ou não falha da gestão, ausência de planejamento ou até mesmo desídia administrativa, a situação precisava ser solucionada, e o fato da demora até então observada para com a elaboração de procedimento licitatório não denota má-fé ou qualquer elemento subjetivo satisfatório suficiente no agir dos agentes públicos apto a embasar os atos de improbidades administrativa ora imputados.** APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível, Nº 70079484499, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em: 18-12-2018) (grifo nosso).

Nesse caso específico, o Tribunal compreendeu que a dispensa de licitação foi válida, porque não houve morosidade para ser realizada a prestação do serviço, assim como, não houve má-fé dos agentes para a contratação de empresa terceirizada sem licitação. Os atos consistiriam em Improbidade Administrativa, mas não seriam considerados devido a necessidade momentânea da prestação do serviço.

Por outro lado, pode-se ver decisões apontando a licitação como regra, sendo indispensável, salvo casos autorizados por lei, conforme se compreende do julgado de nº 70059977314:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

PREFEITO MUNICIPAL. [...] No tocante à dispensa de licitação para contratação de transporte escolar, no ano de 2001, por meio do convênio firmado com Associação de Pais dos Estudantes de Teutônia - APET, **verifico que restou comprovada a sua irregularidade, uma vez que a licitação é a regra e ela só é dispensável em hipóteses excepcionais previstas na legislação, o que não é o caso dos autos.** Por sua vez, a Tomada de Preço 01-02/2002 apontou em seu edital que o critério de avaliação seria o menor preço apresentado por item para executar os itinerários, porém, foram desclassificados todos os participantes do certame, exceto a empresa vencedora, com justificativas que não faziam parte dos termos do edital - comprovação de frota mínima e realização de oferta global. [...] (Apelação Cível, Nº 70059977314, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em: 29-09-2016). (grifo nosso).

A decisão desse julgado penalizou o gestor com suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar com o poder público, além de multa no valor de cinquenta vezes do que recebia à época.

Apesar desses ilícitos ocorridos no município de Ubiretama também terem indicação de remessa ao Ministério Público, não há no Tribunal de Justiça qualquer julgamento do caso.

Os casos apontados do município do Chuí e de Ubiretama foram definidos diante das decisões do Tribunal de Contas de Estado, como irregulares e possíveis de serem adotadas medidas punitivas para os agentes mediante o encaminhamento ao Ministério Público. Contudo, em análise aos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não há o ajuizamento de nenhum desses ilícitos, e a consequente punição do agente público por ter agido de forma contrária aos princípios da boa administração pública.

Dessa forma, ao retornar ao problema norteador da pesquisa de verificar quais as principais ocorrências de ilícitos apontadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul nas prefeituras municipais, no que se refere a despesas com transporte tanto para benefício dos servidores e Administração Pública, quanto para os administrados, averiguando suas posteriores consequências no Tribunal de Justiça do Estado, os resultados apontam apenas para averiguações similares no tocante a análise das consequências.

V – CONCLUSÃO

O estudo realizado se propôs a verificar quais as principais ocorrências de ilícitos apontadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul nas prefeituras municipais, no que se referia a despesas com transporte tanto para benefício dos servidores e Administração Pública, quanto para os administrados, e suas consequências no Tribunal de Justiça do Estado.

Observou-se o controle externo da administração pública como importante instrumento ao estudo proposto, visto que as pesquisas levantadas tiveram como base imprescindível os pareceres prévios desfavoráveis e contas julgadas irregulares do Tribunal de Contas, bem como, a judicialização dessas irregularidades no Tribunal de Justiça.

Viu-se que os principais ilícitos encontrados foram contratos irregulares (29%), ausência ou deficiência no controle de frotas (25%), despesas elevadas e irregulares com combustíveis (13%), falta de licitação para manutenção de veículos e máquinas (17%), falta de licitação para concessão/permissão de serviço público de transporte (8%), falta de licitação para contrato de seguro, e falta de licitação ou procedimento formal de dispensa ou inexigibilidade para transporte de lixo seco (4%), num universo de 55 decisões analisadas do ano de 2016 a 2018, que o Tribunal de Contas considerou como irregulares.

Dessas decisões relativas às despesas com transporte, apenas duas delas foram definidas diante das decisões do Tribunal de Contas de Estado como possíveis de serem adotadas medidas punitivas para os agentes, por ter fundados indícios de ilícito penal e atos de improbidade administrativa. Entretanto, verificou-se no estudo que nos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não houve o ajuizamento de nenhum desses ilícitos, e a consequente punição do agente público. Diante dessa inexistência, pode-se apenas averiguar casos similares, para entender como Tribunal de Justiça vem enquadrando essas demandas.

A partir das pesquisas realizadas, compreendeu-se como a grande maioria dos erros cometidos pelas prefeituras municipais têm com ponto central um descaso ou uma desorganização com as contas públicas, não possuindo sistemas de dados e análise para ver se as compras estão dentro dos valores corretos. Viu-se que essas ações, quando não realizadas com má-fé, não foram punidas, visto que não apresentavam dano ao erário. Contudo, por exemplo, em uma realização de uma licitação de preços que se presta a dar conhecimento ao município sobre os seus gastos nos próximos períodos, se o ente compra por meio desse instrumento um modelo X de combustível,

não pode vir depois a utilizar Y. Tais atos prejudicam o orçamento municipal na compra de um bem, que é usado diariamente, e que poderia ter grande diferença de preço do item licitado, para um aquele comprado a preço de mercado.

Outra problemática rotineira com relação à desorganização das frotas, é a ausência de informações sobre a quilometragem percorrida pelos veículos da prefeitura, não sendo apresentado a motivação dessas viagens. E, em várias situações é percebido irregularidades que poderiam ser atribuídas como má-fé do gestor, como nos casos em que há abastecimento de placas diferentes daquelas dos veículos da frota municipal, e preços relativos a compra de combustível adquiridos pela administração superior àqueles contratados em licitação.

Por outra via, quando se observa sobre contratação de terceiro para a prestação do serviço de transporte como nos casos de coleta de lixo, transporte escolar, transporte coletivo percebe-se irregularidades nos contratos de licitação e na dispensa de licitação. As contratações realizadas possuem tabelas de gasto superfaturadas, em que a empresa apresenta o gasto, mas em realidade a despesa é muito aquém do demonstrado.

Os apontamentos sobre a dispensa de licitações em grande parte são observados sobre o transporte escolar, em que vários municípios utilizam a dispensa para realizar a contratação das empresas. Nesses casos em grande maioria as quilometragens a serem percorridas pela empresa são maiores que deveria, aumentando o valor do trajeto e trazendo prejuízos ao erário, pagando a maior pelo serviço prestado.

Das análises realizadas pelo Tribunal de Contas quanto ao transporte, apenas duas manifestavam remessa ao Ministério Público, mas em análise dos julgados do Tribunal de Justiça referente as atividades não houve retorno, indicando que as ações não foram ajuizadas e que não houve consequências pelos delitos dos gestores.

Nos casos julgados do Tribunal de Justiça foi deferido penalidades graves apenas quando restava demonstrado o intuito doloso do agente, considerando a intenção do gestor ao aplicar a sanção. Nos casos de desorganização da frota municipal, que é percebido como comum aos municípios, não há que se falar em má-fé do agente, mas a conjuntura leva a problemas nas finanças do município, podendo possibilitar fraudes.

Todos esses desvios geram profundos reflexos na aplicação dos recursos públicos, deixando de serem realizados inúmeros direitos. Nesse sentido, o principal responsável por uma atuação racional e maximizada na alocação desses recursos é a Administração Pública, cabendo a todos exercer forte fiscalização perante sua atuação.

VI – REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Lei 8.294/92. Dispõe sobre sanções aplicáveis aos agentes públicos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 jun. 2002. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Decreto-Lei 201/67. Dispõe sobre a responsabilidade de Prefeitos e Vereadores. . Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Ulysses Jacoby. Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013.

LEITE, Harrison Ferreira. Autoridade da lei orçamentária. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle da Administração Pública. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MILESKI, Hélio Saul. O controle da gestão pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIZZI E; GONZALEZ M; XIMENES S. Direito Humano à Educação. 2 ed. Curitiba: Maxigrafica, 2011.

ROSA, Marcio Fernando. Direito Administrativo. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70061457248. Relator: Francesco Conti. Porto Alegre: 27 de maio de 2015. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 12 jul. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.70079484499. Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício. Porto Alegre: 18 dezembro de 2018. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 12 jul. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível, Nº 70059977314. Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em: 29 outubro de 2016. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 12 jul. 2019.

SILVA, Thiago Antunes. Conceitos e evolução da administração pública: o desenvolvimento do papel administrativo. Anais do VIII Seminário Internacional sobre Desenvolvimento Regional, UNISC, 2017.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



CENTRO DE FORMAÇÃO E DE
DESENVOLVIMENTO DE PESSOAS