

REVISTA

MPC • PR

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ

**CENTRO
DE ESTUDOS**
MPC • PR 

NOV 2020 | MAI 2021

NÚMERO 13 | ANO VII
ISSN 2359-0955

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná/ Ministério Público de Contas do Estado do Paraná. - n. 13, (2020) - _ Curitiba: Ministério Público de Contas do Paraná, 2020.

Semestral

Resumo em português e inglês

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

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

CDU 336.126.55(816.5)(05)

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

Conselho Editorial

VALÉRIA BORBA	Presidente
FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI	Membro
MICHAEL RICHARD REINER	Membro
KÁTIA REGINA PUCHASKI	Membro
ANGELA CASSIA COSTALDELLO	Membro
ÉLIDA GRAZIAN PINTO	Membro
FABRÍCIO MACEDO MOTTA	Membro
HELENO TAVEIRA TORRES	Membro
INGO WOLFGANG SARLET	Membro
JUAREZ FREITAS	Membro
MARCO ANTONIO CARVALHO TEIXEIRA	Membro
MARCOS ANTÔNIO RIOS DA NÓBREGA	Membro
MARIA PAULA DALLARI BUCCI	Membro
RODRIGO LUÍS KANAYAMA	Membro
VANICE LIRIO DO VALLE	Membro

Organização: SAULO LINDORFER PIVETTA

Projeto Gráfico: NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

Diagramação: NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

Capa: NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná – Secretaria do Conselho Editorial

Praça Nossa Senhora da Salete, s/n – Centro Cívico – Curitiba – PR

Contato – centrodeestudos@mpc.pr.gov.br – Tel (41) 3350-1909

sumário

Apresentação	8
Artigos Científicos.....	12
O PAPEL DAS OUVIDORIAS PÚBLICAS NA IMPLEMENTAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)	12
Ana Lucia Lourenço e João Daniel Vilas Boas Taques	
PEC 32/2020 E A ESTABILIDADE DE SERVIDORES PÚBLICOS COMO VILÃ.....	29
André Luís Bortolini	
O CONTROLE INTERNO NO PODER LEGISLATIVO – UM ESTUDO DE CASO DA CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPINAS	45
Bruno Barbosa de Souza Santos e Heloisa Candia Hollnagel	
A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS	58
Bruno Sampaio Barros	
A CONTABILIDADE E O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTOS NECESSÁRIOS PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO E À BOA GOVERNANÇA.....	77
Lauro Ishikawa e Moises Maciel	
OS REFLEXOS DO CICLO ELEITORAL NOS GASTOS PÚBLICOS COM SAÚDE NOS MUNICÍPIOS DO NORTE PIONEIRO DO ESTADO DO PARANÁ.....	95
Leila Tiyomi Hirakuri e Nilton Facci	
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	115
Luisa Doria de Oliveira Franco	
CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: A DEMOCRACIA INDIRETA BRASILEIRA COMPARADA À DEMOCRACIA DIRETA	127
Matheus Bahia Sousa e José Claudio Monteiro de Brito Filho	
LIMIAR JURÍDICO DAS ATRIBUIÇÕES DA GUARDA MUNICIPAL FRENTE À PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL	143
Patrícia Dayane Moesch Riedel e Alysson Vitor da Silva	
REVISÃO, REAJUSTE E REPACTUAÇÃO DE PREÇOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES, FUNDAMENTAÇÃO DOS PEDIDOS ADMINISTRATIVOS E A DESJUDICIALIZAÇÃO.....	161
Márcia Walquiria Batista dos Santos e Raquel Fernanda Guariglia Escanhoela	
A COMUNIDADE LGBT NO SISTEMA CARCERÁRIO: A RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	177
Regina Priscilla Werka Xavier de França	

DESCONTO COMPULSÓRIO EM FOLHA DE PAGAMENTO: UMA ALTERNATIVA PARA INCREMENTAR A EFETIVIDADE DAS DECISÕES CONDENATÓRIAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS 201

Sérgio Ramos Filho

EXTRAFISCALIDADE E O FUTEBOL: AS NORMAS EXTRAFISCAIS NO FUTEBOL E A LEI 13.155/15 (PROFUT) 226

Víctor Guilherme Esteche Filho

Orientações Para Envio de Artigos 240



apresentação

A 13ª edição da Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná apresenta conteúdo focado em artigos científicos, submetidos por pesquisadores de diversas regiões do país. Os temas trabalhados estão alinhados à linha editorial desta Revista, dedicada a uma análise ampla e multidisciplinar do controle externo exercido sobre a Administração Pública.

Nessa linha, a presente edição apresenta pesquisas relacionadas diretamente à atuação do Tribunal de Contas, como o texto de Sérgio Ramos Filho, que aborda a possibilidade de desconto compulsório em folha de pagamento para adimplemento de condenação imposta em processo de contas, e o de Luisa Doria de Oliveira Franco, sobre o controle de constitucionalidade empreendido pelas Cortes de Contas.

Ainda, são desenvolvidos temas de mais alta relevância para a prática administrativa, como o controle interno no Poder Legislativo (Bruno Barbosa de Souza Santos e Heloisa Candia Hollnagel), a importância do compliance para os Municípios (Bruno Sampaio Barros), a importância da contabilidade e do *compliance* para o combate à corrupção (Lauro Ishikawa e Moises Maciel), a revisão, reajuste e repactuação de preços em contratos administrativos (Márcia Walquiria Batista dos Santos e Raquel Fernanda Guariglia Escanhoela), a conformação constitucional das Guardas Municipais brasileiras (Alysson Vitor da Silva e Patrícia Dayane Moesch Riedel) e a relevância da estabilidade de servidores públicos (André Luís Bortolini).

Buscando ampliar o horizonte de reflexão, a Revista traz ainda trabalhos sobre o papel das Ouvidorias Públicas na implementação da Lei Geral de Proteção de Dados (Ana Lucia Lourenço e João Daniel Vilas Boas Taques), os reflexos do ciclo eleitoral nos gastos públicos com saúde (Leila Tiyomi Hirakuri e Nilton Facci), a responsabilidade do Estado por omissão em caso de danos causados à comunidade LGBT no ambiente carcerário (Regina Priscilla Werka Xavier de França), a formatação da democracia indireta brasileira (Matheus Bahia Sousa e José Claudio Monteiro de Brito Filho), e os efeitos fiscais positivos decorrentes da Lei nº 13.155/15 (Victor Guilherme Esteche Filho).

VALÉRIA BORBA

Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná





**artigos
científicos**

artigos científicos

O PAPEL DAS OUVIDORIAS PÚBLICAS NA IMPLEMENTAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)

THE ROLE OF PUBLIC SECTOR OMBUDSMAN IN THE IMPLEMENTATION OF BRAZILIAN GENERAL DATA PROTECTION ACT

Ana Lucia Lourenço¹
João Daniel Vilas Boas Taques²

RESUMO

O advento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) trouxe novos desafios ao poder público, em especial a participação do titular no tratamento de seus dados. Portanto, por serem ambas pautadas na participação direta do indivíduo na administração, as Ouvidorias Públicas despontam como órgãos essenciais à implementação da lei pelo Estado, facilitando a participação entre o ente estatal e os titulares dos dados, bem como possibilitando um maior controle social, transparência e conformidade. Assim, o presente estudo busca analisar a atuação das Ouvidorias Públicas na implementação da referida lei.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Geral de Proteção de Dados; LGPD; Ouvidorias; Ouvidorias Públicas; Transparência.

ABSTRACT

The advent of the Brazilian General Data Protection Act brought new challenges to the public authorities, particularly the participation of the data-holder in the treatment of their assets. Therefore, since both are based on the individual's direct participation in the administration, the Public Sector Ombudsman emerges as an essential body for the implementation of the law by the State, facilitating the participation between it and the data owners, as well as allowing greater social control, transparency and compliance. Thus, the present study seeks to analyze the ways in which the Public Sector Ombudsman can act in the implementation of aforementioned law.

KEYWORDS: General Data Protection Act; LGPD; Ombudsman; Public Sector Ombudsmen; Transparency.

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Desembargadora do Tribunal de Justiça do Paraná. Ouvidora de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (biênio 2017/2018). Ouvidora-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (biênio 2019/2020).

² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Mestre em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduado em Direito Internacional pela Damásio Educacional.

1. INTRODUÇÃO

Com os avanços da tecnologia e a virtualização das relações sociais e de consumo, pode-se dizer, seguramente, que o fluxo de dados e informações cresce a cada minuto. Por meio de uma simples pesquisa em um buscador, como o Google, softwares podem coletar as mais diversas informações, como a localização, deslocamento e até mesmo hábitos de consumo.

Assim, em tempos de amplo fluxo de dados e informações, potencializado pelas novas tecnologias, torna-se imperativa a regulamentação e a proteção do uso indevido dos dados pessoais compartilhados, assegurando-se que estes dados sejam utilizados estritamente para os fins que legitimaram a sua concessão pelo titular.

Em resposta a esses novos e dinâmicos desafios, e em consonância com as políticas adotadas em escala mundial, surge a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), sancionada em 15 de agosto de 2018.

A norma traz diversos princípios e definições, firmando, assim, os alicerces necessários para que o direito responda à essa nova e dinâmica sociedade, que, tal como as próprias tecnologias que lhe definem, está em constante mudança.

Em razão de seu caráter inovador, espera-se também que a lei traga novos desafios às pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, que operem dados, desafios estes que serão muito maiores ao Estado que, pela sua própria natureza e dimensão, demanda o acesso e uso de dados em uma escala muito maior.

Fruto de uma nova forma de pensamento, que preza pela participação do indivíduo, as Ouvidorias públicas podem, então, auxiliar a Administração Pública, facilitando a participação entre o ente estatal e os titulares dos dados, bem como proporcionando um maior controle social, transparência e conformidade.

Este artigo tratará, em um primeiro momento, sobre a LGPD e suas disposições, traçando as principais linhas que orientam a norma. Em seguida, abordar-se-á as implicações da Lei na Administração Pública e seus potenciais desafios. Por fim, buscará ressaltar a importância das Ouvidorias públicas enquanto aliadas na implementação da Lei 13.709/2018.

2. PRINCIPAIS ELEMENTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), promulgada em 15 de agosto de 2018, versa sobre o tratamento de dados pessoais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado. Nos termos do seu artigo 1º, tem como objetivo tutelar os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o personalidade.³

3 BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em 29 de agosto de 2020.

Trata-se, pois, da consolidação de um debate global que vem se desenvolvendo desde os anos 1990, quando os avanços tecnológicos, em especial o desenvolvimento da *internet*, acabou por criar um maior fluxo de dados e informações, de modo que se tornou necessário marco normativo que fizesse frente à essa nova realidade.⁴

Isso porque a geração e a captação de dados cresceram de maneira exponencial. Transações bancárias, utilização de aplicativos de transportes, publicações em redes sociais e outros atos *online* geram grande volume de dados que, devidamente codificados, tornam-se a matéria-prima da nova economia: a informação.⁵

Esta nova economia é chamada de economia informacional, assim chamada porque a produtividade e competitividade de seus agentes dependem, essencialmente, da sua capacidade em trabalhar com informações nos seus mais variados níveis, da sua feitura à sua aplicação. Nesse novo modelo econômico, a informação é o elemento estruturante essencial à nova economia, do mesmo modo que o vapor e a eletricidade foram necessários às revoluções econômicas anteriores.⁶

Tem-se, nos dias de hoje, um novo modelo de negócio, baseado na monetização dos dados pessoais, em que “o pagamento – seja ele integral ou parcial – de muitos serviços é realizado com os dados pessoais do próprio consumidor”^{7 8}, de modo que cabe ao Direito, à ciência jurídica, se readequar aos novos desafios emergentes desta nova realidade.

Nessa linha, a LGPD desponta como um mecanismo imprescindível aos tempos atuais, ao conferir maior segurança jurídica à totalidade das operações que envolvam dados pessoais.

Compartilhando dessa posição, Pinheiro aduz que “a legislação visa fortalecer a proteção da privacidade do titular dos dados, a liberdade de expressão, de informação, de opinião e de comunicação, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem e o desenvolvimento econômico e tecnológico”⁹. Tais objetivos encontram, também, previsão expressa no artigo 2º da Lei, que estabelece as ideias fundamentais que pautam a LGPD.¹⁰

4 Sobre o tema, leciona Pinheiro: “O motivo que inspirou o surgimento de regulamentações de proteção de dados pessoais de forma mais consistente e consolidada a partir dos anos 1990 está diretamente relacionado ao próprio desenvolvimento do modelo de negócios da economia digital, que passou a ter uma dependência muito maior dos fluxos internacionais de bases de dados, especialmente os relacionados às pessoas, viabilizados pelos avanços tecnológicos e pela globalização”. PINHEIRO, Patrícia Peck. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: Comentários à lei nº 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Não-paginado.

5 BIONI, Bruno Ricardo. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. *E-book*. Não-paginado.

6 CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. 14ª reimpressão. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 114.

7 BIONI, Bruno Ricardo. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. *E-book*. Não-paginado.

8 Sobre o tema, destaca-se também a lição de Pinheiro: “Como visto, a necessidade de uma lei específica sobre a proteção de dados pessoais decorre da forma como está sustentado o modelo atual de negócios da sociedade digital, na qual a informação passou a ser a principal moeda de troca utilizada pelos usuários para ter acesso a determinados bens, serviços ou conveniências”. PINHEIRO, Patrícia Peck. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: Comentários à lei nº 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Não-paginado.

9 PINHEIRO, Patrícia Peck. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: Comentários à lei nº 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Não-paginado.

10 **BRASIL**. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em 29 de agosto de 2020.

Trata-se, também, de uma legislação principiológica¹¹, na medida em que estabelece amplo rol de princípios que, em razão da sua importância à privacidade do titular e dos seus dados¹², devem ser observados. São eles:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integridade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Sobre os princípios, estes são uma convergência dos objetivos e linhas de atuação presentes nas mais diversas leis alienígenas que tratam sobre a proteção de dados, vinculando a norma, ainda, à proteção da dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais.¹³

Devido ao seu caráter inovador, o marco normativo em análise também traz em sua redação a definição de alguns conceitos e terminologias essenciais às operações envolvendo dados, que encontram previsão em seu artigo 5º. Aliás, a própria operação de dados recebe o nome de “tratamento” (art. 5º, X), sendo definido como toda operação

11 PINHEIRO, Patrícia Peck. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: Comentários à lei nº 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Não-paginado.

12 “É uma carga principiológica que procura conformar, justamente, a ideia de que o titular dos dados pessoais deve ser empoderado com o controle de suas informações pessoais e, sobretudo, na sua autonomia da vontade”. BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. *E-book*. Não-paginado

13 DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, 2011, 12(2), 91-108. p. 98.

realizada com dados pessoais, aí inclusas a coleta, produção, utilização, acesso, reprodução, processamento e qualquer outra atividade realizada sobre os dados.¹⁴

Nos termos do artigo 5º, I, dado pessoal é toda a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Os dados também podem ser definidos como “sensíveis”, o que ocorre quando relacionados às características da personalidade do indivíduo ou escolhas pessoais.¹⁵ Apresentam esta característica distintiva em razão do seu conteúdo oferecer um maior vulnerabilidade, dado que sujeito a atos discriminatórios.

A lei também define como “titular” a pessoa natural, cujos dados pessoais são objeto de tratamento. O titular dos dados pessoais tem papel privilegiado nas operações, sendo-lhe outorgado o direito à autodeterminação informativa, cujos efeitos irradiam ao longo de toda a redação normativa.

Com previsão artigo 2º, II, da LGPD, a consagração da autodeterminação informativa é um dos principais pontos a serem destacados na lei.

Trata-se de uma evolução, e também alargamento, do direito à intimidade, definido em sua tradicional matriz liberal como o “direito de estar só”, ainda em 1890, que buscava tutelar a vida íntima, familiar e pessoal do indivíduo¹⁶. Contudo, na redefinida análise contemporânea, este direito passou a ser entendido, ante o advento da modernidade e a alteração das relações sociais, como o direito a controlar, endereçar e até mesmo interromper os próprios dados e informações.¹⁷

Tal princípio surgiu no Tribunal Federal Constitucional Alemão, ao julgar uma legislação censitária em 1983, que reconheceu a possibilidade de uma autodeterminação informativa, sob o argumento de que a proteção do indivíduo contra a coleta, armazenamento, uso e divulgação de seus dados derivaria dos direitos da personalidade. A única limitação a esse direito se daria nos casos de interesse público.¹⁸

Surge, assim, a privacidade enquanto autodeterminação informativa, que possibilita ao indivíduo o controle sobre o fluxo de suas informações. Para Doneda, a autodeterminação informativa se traduz no direito do indivíduo de controlar a obtenção, titularidade, tratamento e transmissão dos seus dados pessoais.¹⁹

A autodeterminação informativa é o fundamento sobre o qual se erige a LGPD, vez que se trata de uma manifestação direta dos direitos constitucionais da intimidade, privacidade e personalidade. É com base neste direito que o indivíduo assume o papel de protagonista no tratamento de seus dados.

14 BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em 29 de agosto de 2020.

15 PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais**: Comentários à lei nº 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book. Não-paginado.

16 WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. p. 193-220. **Harvard Law Review**, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890).

17 RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 92.

18 CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. Privacidade, proteção de dados e autodeterminação informativa. p. 823-848. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília v. 15 n. 107 Out. 2013/Jan. 2014. p. 827.

19 DONEDA, Danilo. A Proteção dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental. **Espaço Jurídico**. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>. Acesso em: 29 de agosto de 2020.

Por esse princípio, o titular deixa de ser apenas um mero fornecedor de dados, assumindo um papel ativo e de destaque, em que tem o direito de acompanhar todo o processo de tratamento dos dados, da coleta ao seu termo, o que justifica a extensa previsão de direitos que lhe são atribuídos ao longo da lei, efetivando a sua participação ativa na gestão de dados.

Pela ideia de que os dados e informações são uma exteriorização do indivíduo, a autodeterminação informativa assume um papel essencial à salvaguarda da liberdade, privacidade e desenvolvimento da pessoa natural, direitos estes previstos no artigo 1º da LGPD e também na Constituição Federal.

É a afirmação do personalismo da lei, proporcionando ao titular o total controle de seus dados e informações, não apenas impedindo a sua captação, se assim entender, mas participando de maneira ativa na totalidade do tratamento de dados. O titular passa a interagir e intervir no processo de tratamento de dados.

A autodeterminação informativa tem fundamento, pois, no consentimento do indivíduo, condição necessária ao tratamento de dados, somente dispensável nas hipóteses previstas no artigo 7º (cumprimento de obrigação legal, execução de políticas públicas, pesquisas, proteção de crédito e outras).

Ante a vulnerabilidade que advém da circulação dos dados pessoais, potencializada pela internet, fez-se necessária a manifestação clara do titular para garantir que este tem conhecimento de que seus dados serão captados e utilizados, bem como a finalidade para a qual serão destinados.

O consentimento é a exteriorização da própria autodeterminação informativa. É o que define o sentido e o alcance da autodeterminação informativa, vinculando todos os envolvidos no tratamento de dados à livre vontade do titular.²⁰ Modificada a finalidade do tratamento dos dados, por exemplo, faz-se necessário novo consentimento do titular.

A LGPD estabelece que o consentimento deve ser praticado pela pessoa natural titular dos dados, ou por seu responsável legal, e deve demonstrar, ainda, a livre manifestação de vontade do indivíduo, vontade esta que deve ser livre, informada, inequívoca e determinada.

O consentimento livre é a escolha que o indivíduo tem em optar pela aceitação ou recusa de compartilhamento de seus dados, sem que isto lhe cause qualquer prejuízo. Sendo livre, o indivíduo pode decidir, inclusive, quais os dados que serão fornecidos e quando serão revogados. Contudo, a sua liberdade de escolha pode sofrer limitações, como nos casos de serviços que somente serão fornecidos se houver a troca de suas informações.²¹

20 SILVA, Paulo Henrique Tavares da. SOUSA, Rosilene Paiva Marinho de. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E OS CONTORNOS DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA. *Inf. & Soc.*:Est., João Pessoa, v.30, n.2, p. 1-19, abr./jun. 2020. p. 11.

21 MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 41.

Por informado, deve-se entender que as entidades responsáveis pelo tratamento de dados devem fornecer todas as possibilidades de utilização dos dados ao usuário, enquanto que por inequívoco se tem que o usuário deve consentir de forma ativa. O consentimento deve ser, também, determinado, devendo ser informado ao usuário a extensão do tratamento, os agentes envolvidos e as condições específicas.²²

O art. 9º, § 1º, estabelece que o consentimento será considerado nulo se o titular tiver sido exposto a conteúdo enganoso ou abusivo, ou se não tiver sido demonstrado de forma clara e inequívoca. Do mesmo modo, será considerado nulo o consentimento que seja formulado de forma genérica

Para que o Consentimento seja considerado válido, faz-se necessária a observância dos elementos previstos em sua própria definição (art. 5º, XII), segundo a qual o consentimento deve ser livre, informado e inequívoco e com uma finalidade determinada. Em se tratando de dados sensíveis, o consentimento deve ser, ainda, fornecido de forma específica e destaca, consoante dispõe o artigo 11, I, da LGPD.

O consentimento, aqui, em observância ao mote da lei, não se encerra no momento na simples permissão para a coleta dos dados, se tornando a linha mestra pelo qual a operação se desenvolve, vinculando todo o processo de tratamento dos dados à vontade do agente, como a utilização, processamento, transmissão, compartilhamento e qualquer outra atividade.

Em virtude da sensibilidade e importância que os dados pessoais assumem na LGPD, impõe-se que os titulares tenham ciência de que devem consentir com a utilização de seus dados, bem como a finalidade para a qual estão sendo coletados e o livre acesso ao seu conteúdo ao longo de todo o processo.

O titular dos dados pessoais assume, assim, o protagonismo nas relações de operação de dados pessoais, sendo parte essencial não apenas à coleta, mas também na destinação dos dados, cabendo ao detentor dos dados observar os limites impostos. Com a autodeterminação informativa se coloca o titular como principal ator no tratamento dos dados.

Dentre os direitos do titular, elenca-se os de acessar, corrigir, anonimizar e até mesmo eliminar os seus dados, nos termos do artigo 18 da Lei. Sobre o tema, a lição de Frazão *et al.*:

Por conseguinte, revela-se impossível cogitar de proteção integral à liberdade, à privacidade e ao desenvolvimento da pessoa natural sem que se lhe garanta eficaz defesa e controle de seus próprios dados – o que se traduz na expressão autodeterminação informativa.

[...]

Daí a expressa referência do legislador brasileiro de que a proteção conferida tem o objetivo de “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade

22 FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e Suas Repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 299-302.

da pessoa natural” (art. 1º), verdadeira premissa que deve orientar a interpretação de todos os preceitos da LGPD.²³

Outro a ponto a ser destacado na lei é a ideia de anonimização, sendo esta definida como a técnica que retira do dado a sua capacidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, quebrando o vínculo entre o titular e seu dado em maior ou menor grau, a depender da técnica utilizada.²⁴ São os dados que, ao contrário dos relacionados “à pessoa natural identificada ou identificável”, não permitem a identificação do seu titular.

O processo de anonimização busca eliminar os chamados “elementos identificadores” em uma base de dados, podendo se dar por meio de supressão, generalização, randomização e pseudoanonimização.²⁵

A anonimização não se limita, pois, aos identificadores diretos, como nome e documentos, abrangendo, também, os dados como *internet protocol* (IP) e *cookies*, que podem ser utilizados, por exemplo, para definir os padrões de consumo do usuário.

A LGPD, tal como seu equivalente europeu, adotou, um conceito reducionista de anonimização, em que se admite que toda anonimização de dado é passível de falhas, podendo se tornar, novamente, identificável, refutando, assim, a suposição de anonimização robusta²⁶.

Para tanto, a LGPD se valeu do que Bioni define como “critério da razoabilidade”, segundo o qual se exige, quando da anonimização, a utilização dos meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento.²⁷ Assim, por essa lógica, se foi necessário um esforço além do razoável para a identificação do titular por meio de determinado dado, há uma violação ao critério da razoabilidade, não havendo que se falar, então, em dado pessoal.

A lei define, também, os agentes de tratamento, ou seja, aqueles responsáveis pela coleta e instrumentalização das informações fornecidas pelo titular. São eles: o controlador, o operador e o encarregado.²⁸

Os agentes são obrigados a manter registro das operações de tratamento que realizaram (art. 37), apontando neste a finalidade, tempo de processamento, prazo e sigilo, bem como as hipóteses em que houver exclusão de consentimento. Trata-se, pois, do aspecto preventivo da lei, que tem como objetivo conferir maior proteção ao titular. Nesse sentido, Frazão *et al.* entendem que a normativa possui um

23 FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato e; ABILIO, Vivianne da Silveira. Compliance de dados pessoais (p. 677-715). In FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo e; OLIVA, Milena Donato. **A lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. 678.

24 DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 44.

25 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. *E-book*. Não paginado.

26 DONEDA, Danilo; MACHADO, Diego. Proteção de dados pessoais e criptografia: tecnologias criptográficas entre anonimização e psudonimização de dados. p. 99-128. Revista dos Tribunais. vol. 998. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 110.

27 BIONI, Bruno. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. p. 191-201. **Cadernos Jurídicos**. São Paulo, ano 21, nº 53. Janeiro-Março/2020. p. 192.

28 **BRASIL**. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em 29 de agosto de 2020.

contundente aspecto preventivo, com o objetivo de evitar qualquer prejuízo ao titular de dados.²⁹

O controlador é o principal responsável pelo tratamento dos dados, enquanto que o operador, por sua vez, é mandatário, operando os dados pessoais conforme lhe for instruído (art. 39). Sobre eles recai a responsabilidade pelo correto tratamento dos dados. Nos termos do artigo 42 da norma, se, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais e em violação à LGPD, causarem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, serão obrigados a repará-lo.

A responsabilização será afastada em três hipóteses: quando ficar provado que os agentes não realizaram o tratamento; quando, embora tenham realizado o tratamento, não houver qualquer violação às disposições da LGPD; e quando a culpa pelo dano for exclusivamente do titular dos dados ou terceiro estranho ao tratamento.

Por meio da responsabilização dos agentes, busca-se preservar a autodeterminação informativa do titular. Trata-se, pois, de uma garantia de proteção aos direitos assegurados na lei, que, como dito alhures, assumem uma nova importância no atual modelo econômico. Sobre o tema, leciona Scopel:

O *caput* do art. 42, regra geral aplicável aos controladores (pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado) não menciona a necessidade de comprovação de culpa por danos causados em decorrência da atividade de tratamento de dados, pelo que se infere a imposição de responsabilidade civil objetiva aos controladores. Essa conclusão é reforçada pelo fato de o art. 45 da LGPD estabelecer que “as hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente”, sendo certo que o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor consagra a responsabilidade objetiva do causador do dano.³⁰

Outro agente importante é o “encarregado”, com inspiração no Data Protection Officer (DPO) da GDPR europeia. O agente é definido como pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Nos termos do artigo 41, § 2º, as atividades do encarregado consistem em aceitar reclamações e comunicações dos titulares e da autoridade nacional, prestar esclarecimentos e adotar providências, bem como orientar os funcionários da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados.

O papel de encarregado se mostra de vital importância à implementação da proteção de dados, pois se trata de peça chave ao exercício da autodeterminação informativa, estabelecendo o essencial contato entre o titular e os operadores dos dados.

29 FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato e; ABILIO, Vivianne da Silveira. Compliance de dados pessoais (p. 677-715). In FRAZÃO, Ana. TEPELINO, Gustavo e; OLIVA, Milena Donato. **A lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. 681.

30 SCOPEL, Adriano Sayão. Breves considerações sobre tratamento de dados pelo Poder Público e meios de defesa dos dados pessoais por particulares. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias** | vol. 7/2020 | Abr - Jun / 2020.

Permite-se, assim, por meio do encarregado, que o titular formule requerimentos e requisite informações sobre o tratamento de dados realizado.

Tem-se, assim, uma lei ampla em princípios e terminologias que busca dar prioridade ao titular, que, com o controle de seus dados, exercita a autodeterminação informativa.

3. A LGPD E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em se tratando de coleta, armazenamento e manipulação de dados a Administração Pública assume papel de destaque. Isso porque a sua atuação, pela sua própria natureza, demanda o amplo acesso e o uso de dados (pessoais ou não) – de modo a permitir, facilitar e conferir maior eficiência a atividade administrativa.³¹

Tome-se o Estado brasileiro, por exemplo. Por meio dos inúmeros documentos oficiais, declarações de renda, movimentos bancários e cadastro previdenciário, evidencia-se que a Administração dispõe de ampla gama de dados e informações. Neste sentido, Scopel entende que o Poder Público maneja, inclusive, uma ampla gama de dados sensíveis, como os de origem racial e referentes à saúde, como os prontuários médicos guardados pelo Sistema Único de Saúde.³²

Em razão desse volume, a Administração também está sujeita à maiores riscos, bem como a um maior potencial de dano aos titulares. Em 2015, por exemplo, 191 milhões de estadunidenses tiveram seus dados pessoais violados. Os dados envolviam nome, endereço, data de nascimento, afiliações partidárias, números de telefone e e-mails, afetando os 50 estados e o distrito federal.³³ Na Índia, o vazamento dos dados contidos na base de dados Aadhar, a maior do mundo, atingiu mais de 1 bilhão de pessoas. Os dados, neste caso, envolviam, inclusive, informação biométrica, que poderia ser utilizada para abrir contas bancárias.³⁴

É necessário atentar ainda para os riscos decorrentes do Estado de vigilância, que, tal como na fábula orwelliana “1984”³⁵, se reveste de caráter autoritário. Os altos índices de violência no Brasil, bem como a insegurança generalizada por parte da população, constituem um ambiente propício ao afrouxamento dos limites impostos à coleta de dados, o que, por sua vez, pode levar a arroubos autoritários por parte do Estado.³⁶

A LGPD deixou inequívoca, já em seu artigo 1º, a sua incidência sobre os órgãos públicos (“ou por pessoa jurídica de direito público”). Ademais, além das previsões

31 SCOPEL, Adriano Sayão. Breves considerações sobre tratamento de dados pelo Poder Público e meios de defesa dos dados pessoais por particulares. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias** | vol. 7/2020 | Abr - Jun / 2020.

32 SCOPEL, Adriano Sayão. Breves considerações sobre tratamento de dados pelo Poder Público e meios de defesa dos dados pessoais por particulares. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias** | vol. 7/2020 | Abr - Jun / 2020.

33 FINKLE, Jim; VOLZ, Dustin. Database of 191 million U.S. voters exposed on Internet: researcher. **Reuters**. Publicado em 28 de dezembro de 2015. Disponível em <<https://uk.reuters.com/article/us-usa-voters-breach-idUKKBN0UB1E020151229>>. Acesso em 30 de agosto de 2020.

34 Aadhar: ‘Leak’ in world’s biggest database worries Indians. **BBC News**. Publicado em 05 de janeiro de 2018. Disponível em <<https://www.bbc.com/news/world-asia-india-42575443>>. Acesso em 30 de agosto de 2020.

35 ORWELL, George. **1984**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2009. Tradução de Alexandre Hubner e Heloisa Jahn.

36 CORRÊA, Adriana Espíndola. Lei de proteção de dados e identificação nacional: há antinomias? **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.19, n.120, p. 9-16, jul./ago. 2019.

gerais dispostas no texto, que se aplicam às pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado, a Lei também destinou um capítulo específico ao tratamento de dados pessoais pelo poder público, no caso os artigos 23 a 32.

Sucedo que, diante da promulgação da Lei 13.709/2018, surgem algumas controvérsias a respeito da aplicação de alguns dos dispositivos da referida lei ao Poder Público. Dentre os pontos controversos, acentua-se a obrigatoriedade de consentimento do titular, consoante dispõe o art. 26 da LGPD. A respeito desse tema, Adami *et al.* afirmam que, por vezes, o cidadão não possui uma liberdade de escolha quanto à coleta de dados, pois o seu tratamento é essencial às atividades desenvolvidas Poder Público.³⁷ Cita-se, como exemplo, a ampla gama de informações coletada pela Justiça Eleitoral, como endereço e dados biométricos, mas que são essenciais à manutenção da democracia.

O artigo 23, em observância ao disposto no Lei de Acesso à Informação, indica quais pessoas jurídicas estão efetivamente sujeitas às normas da LGPD: os órgãos públicos integrantes da Administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, Poder Judiciário e do Ministério Público, e as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Também devem ser somados à lista os serviços notariais e de registro, exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (art. 23, § 4º).

O dispositivo em comento estabelece, ainda, que o tratamento dos dados pessoais deve atender a sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público³⁸, observando-se, ainda, duas condições:

Incumbe ao Poder Público informar – o texto legal não diz a quem, mas infere-se que seja aos titulares dos dados – o fundamento legal e a finalidade da coleta e tratamento dos dados pessoais coletados, bem como indicar quem será o encarregado (pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a agência nacional de proteção de dados). Logo, conclui-se que o Poder Público não pode exigir todo e qualquer dado pessoal do particular, mas somente o que seja necessário para suas atividades públicas.³⁹

Tem-se, assim, que a exigência do Poder Público pelos dados e informações deve estar limitada somente ao essencial para seus propósitos.

37 ADAMI, Mateus Piva. DOUEK, Daniel. FARIAS, Pedro. LANGENEGGER, Natalia. PARISIO, Isabela de Oliveira. Tratamento de dados pessoais pela administração pública: análise do SERPRO. p. 193-224. In **Proteção de dados pessoais no Brasil**: uma nova visão a partir da Lei nº 13.709/2018 (coord. Paulo Marcos Rodrigues Brancher e Anna Claudia Beppu). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

38 “Da mesma forma que as instituições privadas devem apresentar uma finalidade clara e transparente para a realização do tratamento de dados pessoais, a pessoa jurídica de direito público deve adotar a finalidade pública e o interesse público para a realização de tratamento de dados”. PINHEIRO, Patrícia Peck. PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais**: Comentários à lei nº 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book. Não-paginado.

39 SCOPEL, Adriano Sayão. Breves considerações sobre tratamento de dados pelo Poder Público e meios de defesa dos dados pessoais por particulares. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias** | vol. 7/2020 | Abr - Jun / 2020.

O poder público pode também compartilhar dados (art. 26, *caput*), desde que observadas as finalidades específicas de execução de políticas, bem como os princípios previstos no artigo 6º da Lei. O Poder Público tem o dever de garantir que o compartilhamento de dados observe os princípios e dispositivos elencados na LGPD.⁴⁰

Contudo, é vedado à administração pública transferir informações a entidades privadas, exceto em casos de execução descentralizada de atividade pública, em que os dados forem de acesso público, quando houver previsão legal para tanto, quando respaldada em contratos e convênios e, por fim, quando a transferência objetivar a prevenção de fraudes e irregularidades (art. 26, § 1º).

Além da já visitada regra geral de responsabilidade prevista no artigo 42, a LGPD também trouxe regras específicas de responsabilidade destinadas ao Poder Público, em harmonia ao disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Os artigos 31 e 32 da Lei estabelecem que quando houver infração aos dispositivos legais pelos órgãos públicos, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) poderá enviar informe com as medidas necessários a correção da violação, bem como solicitar aos agentes a publicação de relatórios. Scopel critica tais dispositivos afirmando que se trata, pois, de uma “tímida e inócua previsão de possibilidades”, que sequer são obrigatórias.⁴¹

Assim, do ponto de vista do direito público, tem-se que, em razão da sua amplitude, os órgãos da administração estão sujeitos a um rigor maior do que o imposto as entidades privadas, representando novo desafio a ser superado pela administração.

4. O PAPEL DAS OUVIDORIAS PÚBLICAS NA IMPLEMENTAÇÃO DA LGPD

Para que exista, de fato, um controle social, em pleno funcionamento, faz-se necessário que o titular e a sociedade civil participem ativamente do controle e operação de dados. Em face dos novos desafios trazidos pela LGPD, as ouvidorias públicas surgem como uma aliada, proporcionando um espaço seguro para o diálogo e controle entre a Administração e o titular dos dados.

As ouvidorias públicas possuem origem na Suécia, entre os séculos XVIII e XIX, quando surgiu a figura do *ombudsman*. A tradução literal do termo *ombudsman* para o português é “mediador”, aquele que mediava a comunicação entre os cidadãos e o Poder Público.⁴²

40 PINHEIRO, Patrícia Peck. PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários à lei nº 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book. Não-paginado.

41 SCOPEL, Adriano Sayão. Breves considerações sobre tratamento de dados pelo Poder Público e meios de defesa dos dados pessoais por particulares. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias** | vol. 7/2020 | Abr - Jun / 2020.

42 CARDOSO, Antonio Semeraro Rito. ÂLCANTARA, Elton Luiz da Costa. e LIMA NETO, Fernando Cardoso. Ouvidoria pública e governança democrática. In **Transparência e Controle Social: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Ano 1, n. 1 (dez. 1983-). Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 1983. P. 29-40. p. 29.

As ouvidorias públicas estão essencialmente ligadas à participação da população na gestão da administração pública, pois são um instrumento essencial ao efetivo e direto controle social das instituições por parte da sociedade civil. Neste sentido, leciona Cardoso que o controle social exige um inclusão social, a qual se dá por meio de uma participação ativa da sociedade na gestão pública, que permite ao cidadão sair do papel de mero destinatário da atividade estatal e participar da administração pública, orientando esta à construção do bem comum.⁴³

Na condição de facilitadoras do diálogo, as ouvidorias podem e devem assumir papel de destaque na implementação e efetivação da LGPD.

Uma das possibilidades é a de as ouvidorias assumirem o papel de encarregado, previsto no artigo 41 da Lei.

A atuação prevista no artigo 41 da LGPD já encontrava previsão semelhante no artigo 40 da Lei de Acesso à Informação (LAI), que prescrevia a designação de autoridade para efetivar o monitoramento e *compliance* da administração pública com a disposição previstas na referida lei.

Em pesquisa realizada pela Controladoria-Geral da União (CGU) e pela Unesco, verificou-se a possibilidade de as ouvidorias assumirem as responsabilidades previstas no artigo 40 da LAI. Isso se daria em razão do fato de tanto a autoridade do artigo 40 quanto as ouvidorias apresentarem responsabilidades congêneres, não apenas para garantir o acesso do indivíduo à administração pública, mas também para auxiliar na governança institucional.

Nessa linha, tem-se, portanto, a possibilidade de as ouvidorias também assumirem a função de encarregado, posto que semelhante ao papel já desempenhado em observância ao artigo 40 da LAI.

Inspirado na figura do DPO da sistemática europeia, o artigo 5º, VIII, da LGPD define “encarregado” como a “pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)”. Dispõe também o artigo 41 que o encarregado será responsável pela comunicação entre o ente responsável pelo tratamento de dados, o titular e a ANPD. É o responsável, ainda, pela governança institucional, auxiliando na implementação de ações que reforcem a LGPD.⁴⁴

Sobre o tema, Hang e Kaunert afirmam o seguinte:

Esse canal de comunicação estabelecido entre os envolvidos no tratamento de dados é de vital importância, porque define e centraliza na pessoa do encarregado as informações das providências tomadas ou que devam ser tomadas, ou seja, é ele quem deve ser procurado para todos os esclarecimentos e requerimentos que dizem respeito ao

43 CARDOSO, Antonio Semeraro Rito. Ouvidoria pública como instrumento de mudança. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**: Brasília, 2010. p. 13.

44 **BRASIL**. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em 30 de agosto de 2020.

tratamento de dados. Daí a importância da documentação e registro de todos os atos.⁴⁵

Trata-se, pois, de figura essencial à LGPD; por meio de suas funções de informação, controle e aconselhamento, o encarregado possui o condão de impulsionar e harmonizar as operações de dados em sua instituição.

Assim, ao atuar como canal de comunicação entre os agentes, titulares e órgãos competentes, pode-se afirmar que o papel das ouvidorias e do encarregado possuem similaridades entre si, dando margem, portanto, à possibilidade de se concentrarem em uma única figura. Isso porque ambos possuem a obrigação de facilitar a participação, o controle social, a transparência e a conformidade, dando o devido encaminhamento às manifestações do titular para que sejam prestados esclarecimento, garantindo, assim, o exercício aos direitos de acesso, retificação, portabilidade dos dados.

Ainda, por meio de uma análise das requisições, o encarregado pode orientar a entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais. Concentrando-se esta função nas ouvidorias, as políticas de proteção de dados terão maior alcance na instituição, inserindo-se nas práticas de governança.

A governança pública associa-se a um movimento capitaneado pelo Banco Mundial no final do século XX, que buscava melhorar a prestação dos serviços públicos à população, por meio, principalmente, de um maior envolvimento da sociedade civil.

Logo, enquanto instrumentos de participação direta, as ouvidorias podem e devem assumir um papel de liderança nas práticas de governança de proteção de dados, potencializando a participação do titular, e também da sociedade, no Poder Público, o que se dá por meio do recebimento de manifestações de cidadãos, acompanhamento das providências em relação aos dados.

Com potencial ainda maior para a proteção de dados, há que se destacar o seu papel ativo.⁴⁶ Sob esta ótica, as ouvidorias têm o condão de realizar e promover estudos, implementar projetos, fazer diagnósticos e promover a capacitação dos servidores, o que se mostra essencial na implementação dessa nova cultura voltada à proteção de dados do titular, direcionando e, se necessário, reposicionando a atuação e prestação da Administração Pública.

As ouvidorias podem, também, assumir um papel auxiliar na implementação da LGPD. Isso porque, por serem uma figura externa e prévia às normas de proteção de dados, posto que as ouvidorias foram criadas anteriormente à LGPD, bem como por terem uma atuação que vai além do tratamento de dados, elas mesmas podem ser objeto de controle e até mesmo censura nos termos da Lei.

45 HANG, Cristina. Kaunert, Jane. Dos agentes de tratamento de dados. p. 88-106. In **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. (Coord. Regiane Martines dos Santos e Adriana Cristina F. L. de Carvalho. Comissão de Direito Digital, Tecnologia e Inteligência Artificial. OAB-SP 116ª Subseção. Jabaquara. 2020. p. 97.

46 SALGADO, Valéria Alpino Bigonha. Ouvidorias do Poder Executivo Federal. 2013. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/ouvidoria/producao-e-servicos/consulta-publica/arquivos/produto3_ouvidorias_executivo.pdf>. Acesso em 13 de setembro de 2020.

Tratar-se-ia, pois, de um arranjo descentralizado, em que a ouvidoria e os agentes da LGPD estão distribuídos em pessoas diversas. Essa organização descentralizada já foi adotada quando da implementação da LAI, em que alguns órgãos como o Ministério da Fazenda e o Banco Central do Brasil separaram a autoridade prevista no artigo 40 da Lei 12.527/2011 e as ouvidorias.⁴⁷

A arquitetura organizacional descentralizada tem como vantagens a promoção da neutralidade e imparcialidade, evitando-se a confusão de interesses entre as ouvidorias e o tratamento de dados, que pode acabar por gerar uma interpretação diversa.

Assim, o encarregado seria uma figura criada especificamente nos termos da LGPD e para as funções ali previstas, enquanto às ouvidorias seria destinado o papel de auxiliar na implementação e integração da proteção de dados às instituições.

As ouvidorias públicas já representam uma nova cultura que objetiva maior participação do indivíduo na administração, colocando-o no centro do debate sobre a organização estatal. Essa cultura se originou já na redemocratização, na medida em que a Constituição Federal trouxe novo contexto social, de revitalização da cidadania, em que o controle social e o envolvimento da sociedade civil são elementares à própria essência do Estado brasileiro.

Do mesmo modo, a LGPD se insere nessa dinâmica, por meio da consagração da autodeterminação informativa, tendo como ponto principal a participação do indivíduo no tratamento de dados pessoais. Na lição de Santos e Taliba, consagrou-se um regime de participação entre titular de dados e os agentes, em que deve observar os interesses do primeiro.⁴⁸

Assim, por terem origem semelhante na participação do indivíduo, as ouvidorias podem auxiliar o debate em prol de uma mudança cultural que estabeleça a ideia de que os dados pessoais são merecedores de proteção jurídica, por ser um meio de representação da pessoa na sociedade, e que o seu titular deve assumir um papel de destaque no tratamento de dados.

5. CONCLUSÃO

Ante o avanço das tecnologias, a virtualização das relações, o crescente fluxo de dados pessoais e a sua monetização, a proteção de dados se tornou essencial à proteção não apenas do cidadão, mas também da sociedade como um todo, que vê a privacidade desaparecer em um mundo cada vez mais conectado.

Impõe-se, assim, a operação responsável dos dados pessoais dos cidadãos, para que lhe seja proporcionada a segurança necessária a participação em um mundo cada vez mais conectado, sem abrir mão do direito fundamental à privacidade.

47 Controladoria-Geral da União. Orientações para a implementação da Lei de Acesso à Informação nas Ouvidorias Públicas: rumo ao sistema participativo. **Coleção OGU**. Brasília, 2012.

48 SANTOS, Fabíola Meira de Almeida; TALIBA, Rita. Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil e os possíveis impactos. **Revista dos Tribunais** | vol. 998/2018 | p. 225 - 239 | Dez / 2018. Não-paginado.

Frente aos novos e dinâmicos desafios da modernidade, as ouvidorias públicas, por meio de reclamações, sugestões, críticas e elogios, possuem o potencial de auxiliar a administração pública na implementação da Lei Geral de Proteção de Dados, viabilizando canal de interação entre o cidadão e a administração pública.

Isso se dá, em grande medida, pelo fato de ambos os institutos estarem ligados a uma nova forma de gestão participativa, que pressupõe maior destaque do indivíduo na esfera estatal, no caso da proteção de dados, por meio da autodeterminação informativa recém consagrada, ou como cidadão, responsável pelo controle social das instituições.

Afinal, se a sociedade da informação se baseia em conexões e fluxos, seus mecanismos de controle e proteção também devem operar sobre as mesmas bases, criando-se, assim, uma verdadeira comunicação entre o indivíduo, detentor dos dados, e os operadores.

BIBLIOGRAFIA

ADAMI, Mateus Piva. DOUEK, Daniel. FARIAS, Pedro. LANGENEGGER, Natalia. PARISIO, Isabela de Oliveira. Tratamento de dados pessoais pela administração pública: análise do SERPRO. p. 193-224. In **Proteção de dados pessoais no Brasil**: uma nova visão a partir da Lei nº 13.709/2018 (coord. Paulo Marcos Rodrigues Brancher e Anna Claudia Beppu). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em 29 de agosto de 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. *E-book*.

BIONI, Bruno. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. p. 191-201. **Cadernos Jurídicos**. São Paulo, ano 21, nº 53. Janeiro-Março/2020.

CARDOSO, Antonio Semeraro Rito. Ouvidoria pública como instrumento de mudança. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**: Brasília, 2010.

CARDOSO, Antonio Semeraro Rito. ÂLCANTARA, Elton Luiz da Costa. e LIMA NETO, Fernando Cardoso. Ouvidoria pública e governança democrática. In **Transparência e Controle Social**: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Ano 1, n. 1 (dez. 1983-). Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 1983.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. 14ª reimpressão. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

Controladoria-Geral da União. Orientações para a implementação da Lei de Acesso à Informação nas Ouvidorias Públicas: rumo ao sistema participativo. **Coleção OGU**. Brasília, 2012.

CORRÊA, Adriana Espíndola. Lei de proteção de dados e identificação nacional: há antinomias?. In **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.19, n.120, p. 9-16, jul./ago. 2019.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law** [EJL], 2011, 12(2), 91-108.

DONEDA, Danilo. A Proteção dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental. **Espaço Jurídico**. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>.

DONEDA, Danilo. MACHADO, Diego. Proteção de dados pessoais e criptografia: tecnologias criptográficas entre anonimização e psudonimização de dados. p. 99-128. **Revista dos Tribunais**. vol. 998. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

FINKLE, Jim; VOLZ, Dustin. Database of 191 million U.S. voters exposed on Internet: researcher. **Reuters**. Publicado em 28 de dezembro de 2015. Disponível em <<https://uk.reuters.com/article/us-usa-voters-breach-idUKKBN0UB1E020151229>>. Acesso em 30 de agosto de 2020.

FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato e; ABILIO, Vivianne da Silveira. Compliance de dados pessoais (p. 677-715). In FRAZÃO, Ana. TEPEDINO, Gustavo e; OLIVA, Milena Donato. **A lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e Suas Repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

HANG, Cristina. Kaunert, Jane. Dos agentes de tratamento de dados. p. 88-106. In **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. (Coord. Regiane Martines dos Santos e Adriana Cristina F. L. de Carvalho. Comissão de Direito Digital, Tecnologia e Inteligência Artificial. OAB-SP 116ª Subseção. Jabaquara. 2020.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

ORWELL, George. **1984**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2009. Tradução de Alexandre Hubner e Heloisa Jahn.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais**: Comentários à lei nº 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

SALGADO, Valéria Alpino Bigonha. **Ouvidorias do Poder Executivo Federal**. 2013. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/ouvidoria/produtos-e-servicos/consulta-publica/arquivos/produto3_ouvidorias_executivo.pdf>. Acesso em 13 de setembro de 2020.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida; TALIBA, Rita. Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil e os possíveis impactos. **Revista dos Tribunais** | vol. 998/2018 | p. 225 - 239 | Dez / 2018.

SCOPEL, Adriano Sayão. Breves considerações sobre tratamento de dados pelo Poder Público e meios de defesa dos dados pessoais por particulares. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias** | vol. 7/2020 | Abr - Jun / 2020.

SILVA, Paulo Henrique Tavares da. e SOUSA, Rosilene Paiva Marinho de. Proteção de dados pessoais e os contornos da autodeterminação informativa. **Inf. & Soc.: Est.** João Pessoa, v.30, n.2, p. 1-19, abr./jun. 2020.

WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. p. 193-220. **Harvard Law Review**. Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890)

PEC 32/2020 E A ESTABILIDADE DE SERVIDORES PÚBLICOS COMO VILÃ PEC 32/2020 AND THE STABILITY OF PUBLIC SERVERS AS VILLAIN

André Luís Bortolini¹

artigos
científicos

RESUMO

A estabilidade consiste em um direito concedido ao servidor público efetivo, após o preenchimento de certas condições e requisitos, que impede o seu desligamento arbitrário, resguardando a sua atuação impessoal e inibindo a interrupção ineficiente do serviço público. No entanto, muito se tem debatido atualmente quanto à necessidade de redução de gastos do aparelho estatal com o custeio de servidores públicos e ao asseguramento de maior efetividade no desempenho funcional, quadro em que se levantam vozes contrárias à estabilidade funcional. Nessa perspectiva, o presente artigo tem como objetivo analisar a proposta de reformulação do regime de estabilidade dos servidores públicos efetivos levada a efeito pela PEC n. 32/2020, que sugere restringir o direito apenas a ocupantes de cargos típicos de Estado, problematizando-a em face do modelo de Estado adotado pela CF/88, no qual servidores públicos estáveis figuram como protagonistas à consecução das finalidades dispostas constitucionalmente. Por meio do método dedutivo e pesquisa bibliográfica, constatou-se que a estabilidade, para além de direito de servidores efetivos, simboliza garantia à coletividade e, como tal, deve ser preservada e aprimorada, contexto em que se destaca a avaliação periódica de desempenho de servidores públicos, em vista da profissionalização da gestão pública, eficiência e máxima realização do direito fundamental à boa administração.

PALAVRAS-CHAVE: PEC n. 32/2020; estabilidade de servidores públicos como instrumento de garantia da sociedade e de promoção da eficiência; avaliação periódica de desempenho de servidores estáveis; profissionalização da gestão pública.

ABSTRACT

Stability consists of a right granted to the effective public servant, after fulfilling certain conditions and requirements, which prevents his arbitrary dismissal, safeguarding his impersonal performance and inhibiting the inefficient interruption of the public service. However, much has been debated today about the need to reduce expenses of the state apparatus with the cost of public servants and ensuring greater effectiveness in functional performance, a situation in which voices are raised contrary to functional stability. In this perspective, this article aims to analyze the proposal for reformulation of the stability regime of effective civil servants carried out by PEC n. 32/2020, which suggests restricting the right only to occupants of typical

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Promotor de Justiça no Estado do Paraná. E-mail: abortolini@mppr.mp.br.

state positions, problematizing it in the face of the State model of law adopted by CF/88, in which stable civil servants figure as protagonists in achieving the purposes constitutionally arranged. Through the deductive method and bibliographic research, it was found that stability, in addition to the right of permanent employees, symbolizes guarantee to the community and, as such, must be preserved and improved, a context in which the periodic evaluation of performance of public servants, in view of the professionalization of public management, efficiency and maximum realization of the fundamental right to good administration.

KEYWORDS: PEC n. 32/2020; stability of public servants as an instrument to guarantee society and promote efficiency; periodic performance evaluation of stable servers; professionalization of public management.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho traz à discussão a atual proposta de Reforma Administrativa, formalizada na Proposta de Emenda Constitucional n. 32/2020 (PEC n. 32/2020), que propugna a reformulação do regime de estabilidade dos servidores públicos efetivos.

Sob o discurso de se alinhar às necessidades atuais e futuras da Administração, reduzir os gastos do aparelho estatal com o custeio de pessoal e assegurar maior efetividade no desempenho funcional de seus quadros, a PEC n. 32/2020 sugere restringir a prerrogativa de estabilidade apenas a servidores que ocupem cargos típicos de Estado.

Nesse cenário, o artigo destaca a relação do ideário político-econômico da PEC n. 32/2020 com o modelo de Estado Social e Democrático de Direito adotado pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), no qual servidores públicos estáveis figuram com papel de destaque para a consecução de suas finalidades e objetivos (arts. 1º e 3º).

O desenvolvimento da pesquisa enfatiza as importantes funções da garantia da estabilidade aos servidores à tutela da coletividade, especialmente de resguardar a atuação impessoal, livre de quaisquer vícios, pressões ou influências políticas, e de inibir a descontinuidade administrativa decorrente de demissões personalistas ou clientelistas, com interrupção ineficiente do serviço público.

O trabalho problematiza, ainda, as críticas direcionadas ao instituto da estabilidade dos servidores públicos, não raro lastreadas em mitos ou falácias, descerrando os horizontes que evidenciam que servidor público estável pode perder o cargo (art. 41, § 1º, da CF/88), que a estabilidade não impede a redução de despesas que comprometam o equilíbrio das contas públicas (art. 169, §4º da CF/88) e, por fim, que a estabilidade não congela cargos e carreiras, podendo serem extintos cargos e os servidores estáveis ficarem em disponibilidade (art. 41, §3º, CF/88).

Ao final, ao tempo em que se revelam problemas na operacionalização das hipóteses constitucionais e legais de demissão e exoneração de servidores estáveis, o artigo

desafia a sua superação mediante o aprimoramento jurídico e estrutural, horizonte no qual a avaliação periódica de desempenho de pessoal se destaca como mecanismo relevante à profissionalização da gestão pública, eficiência e máxima realização do direito fundamental à boa administração.

2. PEC N. 32/2020: ESTABILIDADE DE SERVIDORES PÚBLICOS COMO VILÃ

No último dia 03 de setembro de 2020, o Governo Federal enviou ao Congresso Nacional a PEC n. 32/2020 contendo a chamada “Reforma Administrativa”, que propõe, dentre outras iniciativas, a reformulação do atual regime de estabilidade dos servidores públicos efetivos.²

Seguindo uma linha ideológica inspirada no ideário neoliberal, especialmente assentada em orientações de redução do papel do Estado na economia e na proteção social e compressão do gasto público³, a atual proposta de Reforma Administrativa sustenta-se no discurso de que os servidores públicos consomem considerável fatia das receitas públicas sem dar a devida contrapartida, bem como que as garantias dadas a esses servidores freiam o Estado e inviabilizam a gestão.⁴

O regime jurídico dos servidores públicos, no magistério de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, é definido pelo modelo de Estado adotado, que identifica o tipo de servidor que realizará as finalidades de atendimento das necessidades da população. Destaca a autora, assim, a prática do Estado neoliberal, “no qual o gerenciamento dos serviços públicos pode estar a cargo de pessoas distantes de princípios que regem uma pessoa jurídica pública, por profissionais com os mesmos contornos jurídicos de um empregado na empresa privada [...] o servidor público passa a ser um profissional do mercado de trabalho”.⁵

Este modelo de Estado, a despeito das diferentes correntes teóricas que o fundamentam, no destaque de Emerson Gabardo, tem íntima ligação com o discurso que dá alicerce ao princípio da subsidiariedade⁶, cuja inclusão dentre os princípios regentes da Administração Pública (art. 37, *caput*, CF/88) é proposta pela PEC n. 32/2020.

Para Jacques Chevallier, o princípio da subsidiariedade remete à ideia de que a “intervenção do Estado somente é legítima em caso de insuficiência ou de falha dos mecanismos de autorregulação social (supletividade), sendo entendido que convém [...] apelar à colaboração dos atores sociais (parceria)”.⁷

2 AGÊNCIA BRASIL. Política. Governo envia PEC da reforma administrativa para análise do Congresso. 2020. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-09/governo-envia-pec-da-reforma-administrativa-para-analise-do-congresso>>. Acesso em 13 out. 2020.

3 ASSUNÇÃO, Leandro Garcia Algarte. A PEC da Reforma Administrativa e o Ideário Político-Econômico que a Fundamenta. In: Reforma Administrativa – PEC 32/2020. Org.: Renee do Ó Souza. São Paulo: Editora Mizuno, 2021, p. 39-45.

4 CERQUEIRA, Bráulio Santiago; CARDOSO JR, José Celso. Estado de bem-estar e funcionalismo público na linha de tiro do neoliberalismo: a Reforma Administrativa Bolsonaro e suas falácias. In: Estado social contra a barbarie. Jorge Abrahão de Castro e Marcio Pochmann (organizadores). São Paulo : Fundação Perseu Abramo, 2020, p. 319-334.

5 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A profissionalização da função pública e as exigências da eficiência administrativa. A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 3, n. 13, p. 115-127, 2003.

6 GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 221.

7 CHEVALLIER, Jacques. O estado pós-moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 60.

Carlos E. Delpiazzo, nesse ponto, extrai dois aspectos na aplicação do princípio da subsidiariedade que, segundo ele, deve animar a atuação estatal, um aspecto negativo, que deslegitima o Estado quanto a responsabilidade e competência que podem ser executadas por particulares, e um aspecto positivo, correspondente ao dever do Estado de ajudar, coordenar e proteger a iniciativa privada, fornecendo o que os particulares, individual ou coletivamente, não podem oferecer.⁸

Na mesma linha do que ocorreu com a Reforma Administrativa da década de 1990, que discursava a suposta falência das estruturas administrativas burocráticas e visava, segundo leitura de Adriana da Costa Ricardo Schier, a revisão das funções do Estado no Brasil, com consequente reformulação do aparelho estatal⁹, a PEC n. 32/2020 propõe, atualmente, relevantes modificações na Administração Pública, impactando sobretudo o delineamento do regime jurídico da estabilidade dos servidores públicos.

Nessa esteira, aspira-se, para além da redução de despesas com o funcionalismo civil, flexibilizar a estabilidade dos servidores públicos mediante alteração do art. 41, *caput*, da CF/88, cuja redação sugerida seria: “Art. 41. Adquire a estabilidade o servidor que, após o término do vínculo de experiência, permanecer por um ano em efetivo exercício em cargo típico de Estado, com desempenho satisfatório, na forma da lei.”¹⁰

A estabilidade, na hipótese de aprovação da proposta, além de sofrer alteração em seu prazo e modo de aquisição¹¹, estará destinada apenas a servidores públicos que exerçam carreiras típicas de Estado, a serem identificadas por futura regulamentação em lei.

Extraí-se da exposição de motivos da referida PEC que, “ao propor vinculações mais bem alinhadas às necessidades atuais e futuras da Administração”, são previstos tipos diversos de vínculos jurídicos de servidores públicos com o Estado. Além dos atuais cargos em comissão e funções de confiança, com nova roupagem de “cargo de liderança e assessoramento” e contratações temporárias¹², previu-se: (i) “cargo com vínculo por prazo indeterminado, para o desempenho de atividades contínuas, que não sejam típicas de Estado, abrangendo atividades técnicas, administrativas ou especializadas e que envolvem maior contingente de pessoas”; e (ii) “cargo típico de Estado, com garantias, prerrogativas e deveres diferenciados, restrito aos servidores que tenham como atribuição o desempenho de atividades que são próprias do

8 DELPIAZZO, Carlos E. Instrumentalidad de la función administrativa para el logro de la justicia social. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, UniBrasil, v. 24, n. 3, p. 119-137, set./dez.2019.

9 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Fomento – Administração pública, direitos fundamentais e desenvolvimento. Curitiba: Editora Ithala, 2019, p. 108.

10 BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição PEC 32/2020. Altera disposições sobre servidores empregados públicos e organização administrativa, Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2262083>>. Acesso em: 14 out. 2020.

11 O referido vínculo de experiência, nos termos do art. 37, II-B, b, da referida PEC, seria fase do concurso público, com prazo de 2 anos, na qual o aprovado ficaria ligado à Administração em vínculo precário. Apenas após o referido período e sendo aferido, em suma, seu bom aproveitamento no cargo, restaria mais um ano de exercício efetivo das funções para a aquisição da estabilidade.

12 Nos termos da exposição de motivos: vínculo por prazo determinado, que possibilitará a admissão de pessoal para necessidades específicas e com prazo certo, a atender: (a) necessidade temporária decorrente de calamidade, de emergência, de paralização (sic) em atividades essenciais ou de acúmulo transitório de serviço; (b) atividades, projetos ou necessidades de caráter temporário ou sazonal, com indicação expressa da duração dos contratos; e (c) atividades ou procedimentos sob demanda.

Estado, sensíveis, estratégicas e que representam, em grande parte, o poder extroverso do Estado”.¹³

Nessa toada, se aprovada a PEC n. 32/2020, para além dos que ingressaram no serviço público antes da Reforma Administrativa, a estabilidade poderá ser adquirida apenas por servidores de provimento efetivo que exercerem cargos típicos de Estado, não protegendo, portanto, os denominados servidores de vínculo indeterminado.

A proposta de Reforma Administrativa em vigência, ao tempo em que aspira reduzir gastos e assegurar maior efetividade no desempenho funcional de servidores públicos, aponta para o atual regime de estabilidade como o vilão de cenários de ineficiência na prestação de serviços públicos.

3. ESTABILIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS: INSTRUMENTO DE GARANTIA DA SOCIEDADE E DE PROMOÇÃO DA EFICIÊNCIA NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A CF/88 optou por um modelo de Estado Social e Democrático de Direito para a consecução de suas finalidades ou objetivos, especialmente em seus artigos 1º e 3º.

Em que pesem as inúmeras transformações pelas quais passa o Estado contemporâneo, com ele permanece o papel de indutor, promotor e garantidor do desenvolvimento sustentável. E se, no comentário de Gustavo Justino de Oliveira, “no centro da noção de desenvolvimento encontra-se a pessoa humana, cumpre à organização estatal exercer ações em número, grau, extensão e profundidade suficientes para bem desincumbir-se da obrigação constitucional de realizar um dos valores que fundamentam a República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana (inc. III do art. 2º da Constituição Brasileira)”.¹⁴

Nessa linha, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao lecionar que a Constituição brasileira apresenta-se como uma estampada antítese do neoliberalismo, destaca que o

Estado Brasileiro tem compromissos formalmente explicitados com os valores que nela se enunciam, obrigando a que a ordem econômica e a social sejam articuladas de maneira a realizar os objetivos apontados. Com isto, arrasa liminarmente e desacredita do ponto de vista jurídico quaisquer veleidades de implantação, entre nós, do ideário neoliberal.¹⁵

Tal modelo de Estado Social e Democrático de Direito brasileiro propõe-se, portanto, a realizar os direitos fundamentais e a alcançar os objetivos previstos no artigo 3º da

¹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição PEC 32/2020. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2262083>>. Acesso em: 14 out. 2020.

¹⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estatuto jurídico do terceiro setor e desenvolvimento: conectividade essencial ao fortalecimento da cidadania, à luz dos 20 anos da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Terceiro Setor RDTS*, ano 3, n. 5, jan./jun. 2009.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32a. ed.. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 816.

CF/88 de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais e regionais, em busca do desenvolvimento sustentável e cidadania.¹⁶

Para tanto, o Estado organiza-se e conta com um corpo de pessoas físicas a concretizar a sua missão, em um aparelhamento que se encontra voltado, por excelência, à satisfação cotidiana das necessidades coletivas.¹⁷

Em vista de tal escopo, é exigível que algumas garantias ao bom funcionamento do próprio serviço público sejam conferidas a esse quadro de pessoas que age em nome do Estado, sendo a estabilidade de servidores uma das mais relevantes.

A estabilidade dos servidores públicos esteve presente em todas as Constituições brasileiras¹⁸, ascendendo, segundo os apontamentos de Ana Luísa C. Coutinho, na Constituição Federal de 1934.¹⁹

A institucionalização desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu, no entanto, de forma gradual, sendo influenciada pelo contexto histórico e social de cada momento.²⁰

A Constituição de 1988, ao consagrar um regime jurídico constitucional-administrativo, calcado em princípios expressos no art. 37, *caput*, no destaque de Romeu Felipe Bacellar Filho, “arquitetou arsenais jurídicos para alteração do quadro tradicional de uma Administração Pública marcada pela pouca atenção dispensada aos direitos e garantias integrantes do patrimônio do cidadão-administrado.”²¹

A fim de enfrentar essa realidade é que a CF/88 optou por um modelo racional e burocrático, baseado no cumprimento impessoal de tarefas por servidores profissionais e permanentes (selecionados via concurso público), guiados pelo interesse público e capazes de garantir a continuidade dos serviços públicos e eficiência da Administração Pública.

Nesse horizonte, o poder constituinte originário de 1988 previu o instituto da estabilidade no art. 41 da Constituição, estabelecendo serem estáveis “após dois anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”.

A partir da década de 1990, no entanto, o instituto passou a ser questionado, no contexto da Reforma Administrativa daquele período. Sustentava-se, então, que a estabilidade, sendo concedida de forma irrestrita aos servidores públicos concursados, gerava acomodação, desestímulo à inovação, dificultava a cobrança de

16 GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

17 CARNAÚBA, Aline Soares Lucena. O Apartheid (Inconstitucional) no Serviço Público Brasileiro. *In*. **Reforma Administrativa – PEC 32/2020**. Org.: Renee do Ó Souza. São Paulo: Editora Mizuno, 2021, p. 17-25.

18 MOTTA, Fabrício. Estabilidade de servidores na administração pública não é privilégio. **Revista Consultor Jurídico**, out. 2019.

19 COUTINHO, Ana Luísa Celino. **Servidor público**: reforma administrativa, estabilidade, empregado público, direito adquirido. Curitiba: Juruá, 2003, p. 104.

20 Idem.

21 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 232, p. 1-10, 2003.

resultados, além de configurar-se como um privilégio sem igual na iniciativa privada. Assim, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado ofereceu propostas com o fim de flexibilizar tal instituto.²²

Adveio, nessa perspectiva, a Emenda Constitucional n. 19/1998, que, dentre outras reformulações de relevo, alterou a redação do referido art. 41 ao passar a exigir três anos de efetivo exercício do cargo (estágio probatório); disponibilidade com remuneração proporcional, e não mais integral (§3º); e obrigatoriedade de avaliação especial de desempenho, por comissão instituída para essa finalidade, para aquisição da estabilidade (§4º).

A despeito da correção de rumos nos requisitos e condições do regime de estabilidade, a Emenda Constitucional n. 19/1998 não impactou a legitimidade do instituto, que continuou a representar, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, um direito do servidor público de não ser desligado senão em virtude das hipóteses previstas no parágrafo 1º do artigo 41 da Constituição Federal.²³

No magistério de Hely Lopes Meirelles, a estabilidade é a garantia constitucional da permanência no serviço público outorgado ao servidor que, nomeado para cargo de provimento efetivo, em virtude de concurso público, tenha transposto o estágio probatório de três anos, após ser submetido a avaliação especial de desempenho por comissão constituída com essa finalidade.²⁴

Cumprida a estabilidade, nesse horizonte, resguardar a atuação proba, impessoal e desapaixonada do servidor público, livre de quaisquer vícios ou pressões, sem qualquer espada pairando sob sua cabeça²⁵, o que se mostra essencial à missão do Estado na persecução de suas finalidades.

A estabilidade representa, assim, verdadeira garantia “contra o arbítrio de determinados gestores públicos, permitindo que os servidores desempenhem suas atribuições sem pressões e com profissionalismo, independência, dentro de uma regra de competência previamente definida.”²⁶

Estabilidade, portanto, é garantia outorgada não como privilégio de servidores públicos, mas “para propiciar, em favor do interesse público e dos administrados, uma atuação impessoal do Poder Público”.²⁷

Nessa esteira, Fabrício Motta alerta que

a estabilidade é instituto jurídico com vocação instrumental, concebido para garantir o desempenho impessoal do servidor público. Trata-se de meio imaginado para impedir que a influência política (notadamente político-

22 OLIVEIRA, Kamila Pagel de; VIEIRA, Gabriel Maggi; LOPES, Luana de Castro; CARMOS, Mariana Marcatto do. A estabilidade no serviço público brasileiro: proteção da burocracia ou dos burocratas? **As ciências sociais aplicadas e a competência no desenvolvimento humano**. Org. Luciana Pavowski Franco Silvestre. Ponta Grossa/PR: Atena Editora, 2020, p. 1-25.

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 297.

24 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. 32 ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2000, p. 447.

25 CARNAÚBA, Aline Soares Lucena. *Op. cit.*, p. 20.

26 ISMAIL FILHO, Salomão. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente. **Revista de Direito Administrativo**, v. 277, n. 3, p. 105-137, set./dez. 2018.

27 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 268.

partidária) comprometa o desempenho da missão de bem servir o público, por temor de qualquer tipo de represália ou consequência negativa.²⁸

Os cargos, na doutrina de Max Weber, “não servem ao propósito de apropriação por parte do funcionário, mas ao de garantir o caráter puramente objetivo e independente da conduta no cargo, de modo a ser orientada pelas normas pertinentes”.²⁹

Nessa linha, Marçal Justen Filho, ao lembrar, com espeque em Max Weber, que a estrutura burocrática estável é condição inafastável para a legitimidade democrática do poder político, destaca que

a democracia exige que as funções públicas sejam exercidas por pessoas físicas integradas de modo permanente nas instituições estatais, sujeitas a um regime jurídico que lhes imponha e assegure atuação orientada à realização do direito. Isso significa a neutralização de influências indevidas, provenientes seja dos poderosos, seja da própria massa popular.³⁰

O principal objetivo da estabilidade é, então, ao proteger os servidores em relação a perseguições políticas e demissões injustas, garantir segurança para que estes possam prestar serviços à sociedade de forma impessoal e eficiente. Previne-se que a Administração Pública se transforme em palco de personalismo, nepotismo, clientelismo e cartorialismo, como a história já evidenciou.³¹

De outro lado e não menos importante, a estabilidade tutela a coletividade social ao inibir a descontinuidade administrativa decorrente de demissões personalistas ou clientelista, com interrupção ineficiente do serviço público.

Neste aspecto, lembram Caroline Muller Bittencourt e João Felipe Lehmen que o instituto da estabilidade teve suas origens nos Estados Unidos com o intuito de dar fim as alterações completas realizadas no quadro funcional ocorridas quando havia troca no poder, o que prejudicava a continuidade do serviço público.³²

Também Hely Lopes Meirelles, ao se reportar ao período que antecedeu o advento da estabilidade, relata que “de fato, quase como regra, a cada alternância do poder político o partido que assumia o governo dispensava os servidores do outro, quer para admitir outros do respectivo partido, quer por perseguição política”.³³

Neste ponto, Juarez Freitas ressalta a importância dos servidores estáveis, os quais asseguram “a permanência das metas do Estado (de longo prazo), sem prejuízo de alterações conjunturais, a cargo dos agentes políticos, transitórios por definição”.³⁴

28 MOTTA, Fabrício. *Op. cit.*, out. 2019.

29 WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 5. ed. JC Editora. 1963, p. 20.

30 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12a. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 692.

31 Para um recorte mais amplo do que o adotado na presente pesquisa, ver: COMPARATO, Fábio Konder. **A oligarquia brasileira: visão histórica**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017; FAORO, Raymundo. **Os donos do poder - Formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Editora Biblioteca Azul, 5a. ed., 2012; HOLANDA, Sergio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 26a. ed., 1995; LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2012.

32 LEHMEN, João Felipe; BITTENCOURT, Caroline Muller. A estabilidade do servidor público como condição a manutenção da qualidade do ensino básico: reflexões necessárias a partir da prestação dos serviços pelo terceiro setor. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**. Brasília, v. 6, n. 1, p 277-298, jan-jul, 2019.

33 MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 518.

34 FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 120.

Logo, no Brasil, como no resto do mundo, a estabilidade no serviço público legitima-se na necessária autonomia que os servidores precisam ter garantida, “além de prevenir contra perseguições políticas e minimizar os efeitos que a alternância de governos pode gerar em projetos e políticas públicas”.³⁵

É nesse contexto, em que se transparecem os benefícios e finalidades sociais da estabilidade de servidores públicos, que se deve problematizar a PEC n. 32/2020 e a sua proposta de flexibilização do instituto, reservando-o apenas a servidores de provimento efetivo que exercerem cargos típicos de Estado, não albergando, portanto, os denominados servidores de vínculo indeterminado, que representam a grande maioria dos agentes públicos ocupantes do aparelho estatal.

Respaldam as propostas de relativização da estabilidade, como referido, discursos que a apontam como fator causal de ineficiência, acomodação e má qualidade do serviço público.³⁶ A pretendida reforma parece ter consolidado sua posição para o combate a esse fator, com pouca preocupação com a preservação das vantagens e garantias oferecidas à coletividade pelo instituto.³⁷

Ocorre que muitas das críticas direcionadas à estabilidade dos servidores públicos fundamentam-se em mitos ou falácias que demandam venham à tona em vista de provocar maior ônus argumentativo à defesa de uma reforma com tamanho impacto na Administração Pública.

As linhas mestras da proposta de reformulação do regime de estabilidade, baseiam-se na visão equivocada de que ela impossibilita a exoneração ou demissão de servidores públicos que não cumprem seus deveres.

Com efeito, a estabilidade não permite a exoneração ou demissão de forma arbitrária, autorizando, contudo, nas hipóteses legalmente previstas no ordenamento jurídico pátrio, respeitado o devido processo legal.

Nos termos do art. 41, § 1º, da Constituição, o servidor público estável pode perder o cargo: (i) em virtude de sentença judicial transitada em julgado; (ii) mediante procedimento administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa; e (iii) mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

A terceira hipótese, prevista, no art. 41, § 1º, III, da CF/88, trata-se de novidade trazida pela Emenda Constitucional nº 19/1998 e busca atender o princípio da eficiência. Todavia, depende de lei complementar que a regulamente, o que ainda não aconteceu, obstando, assim, sua aplicação, conforme será melhor delineado a seguir.

Na esfera federal, a Lei n. 8.112/90 dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, tratando

35 ABRÃO, Ana Carla; FRAGA NETO, Arminio; SUNDFELD, Carlos Ari. **A reforma do RH do governo federal**. Série Panorama Brasil, Oliver Wyman, 2019, p. 27.

36 OLIVEIRA, Kamila Pagel de; VIEIRA, Gabriel Maggi; LOPES, Luana de Castro; CARMOS, Mariana Marcatto do. *Op. cit.*, p. 11.

37 ASSUNÇÃO, Leandro Garcia Algarte. *Op. cit.*, p. 43.

do regime disciplinar nos arts. 116 a 182 e definindo alguns critérios em que o servidor deve ser avaliado, tais como assiduidade, disciplina, produtividade e responsabilidade. A título de exemplo, em casos de inassiduidade habitual, improbidade ou insubordinação grave em serviço, o servidor público pode ser demitido por intermédio de devido processo administrativo.

A ilustrar tal cenário, entre 2003 e 2019 foram contabilizadas 7.588 punições expulsivas aplicadas a servidores estatutários do Poder Executivo Federal, cerca de 500 ao ano. Dessas expulsões, 64% deveram-se a atos relacionados a corrupção; 26% por abandono de cargo, inassiduidade ou acumulação ilícita de cargos; os demais 10% dividiram-se entre desídia (3%), participação em gerência ou administração de empresas (1%) e ainda outras razões e motivos variados (6%).³⁸

Em contraponto, alertam Carlos Ari Sundfeld *et al* dificuldades no desligamento de servidores públicos, diante da lentidão dos processos administrativos e de avaliação de desempenho, além de constantes erros formais nos processos que levam à reintegrações ou readmissões de servidores, mesmo em casos de faltas graves. Quanto à avaliação de desempenho, ainda, enfatizam os autores que, embora haja previsão constitucional que permita o desligamento por baixo desempenho, “as avaliações de performance, quando executadas, não diferenciam bons e maus servidores e acabam por apresentar baixíssima eficácia, com processos pro forma e amplamente ineficazes”.³⁹

Tais conclusões, antes de infirmar a garantia de estabilidade dos servidores públicos, revela problemas na operacionalização das hipóteses constitucionais e legais de demissão e exoneração, que devem ser enfrentadas.

Outro mito que se sustenta e alimenta o senso comum contrariamente à estabilidade, é de que ela engessa o volume de gastos com pessoal, impedindo redução de despesas que comprometam o equilíbrio das contas públicas.

Com efeito, o servidor estável pode perder o cargo em razão de excesso de gastos do respectivo ente desde que, primeiramente: a) sejam reduzidas em pelo menos vinte por cento as despesas com cargos em comissão e funções de confiança e b) sejam exonerados os servidores não estáveis. Após esse percurso, se as medidas não forem suficientes para assegurar o cumprimento da lei de responsabilidade fiscal, 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 (art.169, §4º CF/88).⁴⁰

Mostra-se falacioso, ainda, o discurso de que a estabilidade cristaliza os cargos e carreiras, “impedindo adequações necessárias à evolução das necessidades públicas em razão da mudança dos processos tecnológicos, por exemplo”⁴¹. Na

38 CERQUEIRA, Bráulio Santiago; CARDOSO JR, José Celso. *Op. cit.*, p. 328.

39 ABRÃO, Ana Carla; FRAGA NETO, Arminio; SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 28-29.

40 MOTTA, Fabrício. *Op. cit.*, out. 2019.

41 Idem.

verdade, cargos podem ser extintos e, nesses casos, os servidores estáveis ficam em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo (art.41, §3º, CF/88).

Assim, a defesa da flexibilização do direito à estabilidade, restringindo-o a apenas servidores com carreira de Estado, exige ônus argumentativo que ultrapasse discursos frágeis baseados no senso comum, demandando, ainda, análise detalhada e consciente das suas consequências para a sustentabilidade do serviço público, dadas as suas reais vantagens e garantias à sociedade no que toca aos riscos de personalismo, patrimonialismo, nepotismo, descontinuidade no serviço público, etc.

Neste sentido, se a estabilidade dos servidores é fator que pode levar à ineficiência, acomodação, baixo desempenho, má qualidade do serviço público, etc, há que se aprimorar o ordenamento jurídico e as estruturas de controle em vistas de enfrentar esses problemas, não se mostrando razoável, como sugere a PEC n. 32/2020, a deslegitimação, ainda que parcial, desse relevante instituto.

Essa é a percepção de Fabrício Motta, para quem, se essas garantias são utilizadas por alguns “como escudo para não trabalhar ou fazê-lo de forma ineficiente, o ordenamento jurídico prevê outros remédios. Só não dá para culpar o remédio pelos excessos do paciente.”⁴²

O desafio que se coloca, nesse quadro, é o do aprimoramento desses remédios constitucionais e legais, contexto em que a avaliação periódica de desempenho de servidores públicos figura com destaque, conforme análise a seguir, em vista da profissionalização da gestão pública, eficiência e máxima realização do direito fundamental à boa administração.⁴³

4. AVALIAÇÃO PERIÓDICA DE DESEMPENHO DE SERVIDORES ESTÁVEIS: FERRAMENTA DE PROFISSIONALIZAÇÃO DA GESTÃO PÚBLICA

A profissionalização da função pública constitui instrumento de legitimação da Administração Pública perante a sociedade, servindo para dar cumprimento ao princípio da eficiência (art. 37, da CF/88).

Quando se fala em eficiência da função administrativa pela profissionalização do servidor público, esta deve ser entendida com vistas a obter a otimização da ação estatal, abrangendo tanto a produtividade como o aperfeiçoamento do trabalho, além de sua adequação técnica para atingir os fins visados pela Administração.

O dever de eficiência, na lembrança de Romeu Felipe Bacellar Filho, já era tratado na doutrina brasileira, a exemplo dos escritos de Hely Lopes Meirelles, sendo consagrado no Decreto-Lei 200/67 em correspondência ao dever de boa administração.⁴⁴

⁴² Idem.

⁴³ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 111-123.

⁴⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 5.

A boa administração, lida como direito fundamental por Juarez Freitas, consiste na busca mandatória por uma Administração Pública

eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.⁴⁵

A estabilidade dos servidores públicos representa, ao lado de outros instrumentos, a exemplo da licitação e do concurso público, elemento de profissionalização da atividade administrativa. Aliás, como referido, a estabilidade dos servidores públicos foi arquitetada e inserida na ordem jurídica brasileira em um contexto de profissionalização da gestão.⁴⁶

Nessa perspectiva, a Reforma Administrativa consubstanciada na Emenda Constitucional n. 19/1998, ao inovar o art. 41 da CF/88 e prever avaliação periódica de desempenho como requisito para manutenção da estabilidade (§1º, III), teve como um dos seus objetivos a profissionalização do servidor público.

Ao tratar da avaliação periódica de desempenho, Marçal Justen Filho comenta que

a relevância do dispositivo reside em estabelecer que a demissão poderá fundar-se não apenas na prática de infrações graves, mas também na ausência de aptidão ou capacidade para o desempenho das atribuições inerentes ao cargo. A avaliação periódica destina-se não propriamente a verificar se o sujeito infringiu seus deveres, mas a apurar se dispõe de condições para cumpri-los.⁴⁷

Neste ponto, Fabrício Motta enaltece que é preciso refletir sobre a construção de “um sistema de avaliação de desempenho adequado, justo e impessoal, que aproveite, mas não se limite a reproduzir os métodos privados, em razão da diversidade de propósitos e realidades.”⁴⁸

Alinhando-se aos métodos privados de avaliação de desempenho, Carlos Ari Sundfeld *et al* advogam uma gestão de performance no setor público,

desenhada de modo a criar mecanismos de diferenciação entre funcionários, garantindo justiça na concessão de gratificações e promoções, mas também aumentando a produtividade e consequentemente eficiência do setor público, com o desligamento daqueles servidores com mau desempenho por ciclos consecutivos.⁴⁹

Para isso, propõe os autores o estabelecimento de curva forçada de avaliação, baseada na avaliação de resultados individuais, metas individuais e metas institucionais; implementação de treinamento anual para a avaliação dos servidores; programa de apoio para aqueles servidores que forem mal avaliados e no desenho da curva forçada estiverem no quadrante inferior; faltas graves deverão ser motivo

45 FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 21.

46 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 1-10.

47 JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 804.

48 MOTTA, Fabrício. *Op. cit.*, out. 2019.

49 ABRÃO, Ana Carla; FRAGA NETO, Arminio; SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 32.

de demissão eficiente do servidor mediante instauração de processo administrativo disciplinar a ser acompanhado e instruído de forma a garantir celeridade e para que se evitem erros formais; servidores públicos que sejam avaliados como de baixo desempenho por três anos consecutivos no programa de gestão de performance poderão ser dispensados.⁵⁰

De todo modo, independente do modelo de avaliação periódica de desempenho que se adote, é preciso atentar para que a futura regulamentação do art. 41, §1º, III, da CF/88, que tratará da exoneração de servidores estáveis por insuficiência de desempenho, prime pelo caráter de impessoalidade e transparência na avaliação.

No âmbito federal, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 248/1998, cujo texto prevê que a avaliação terá por finalidade verificar o desempenho do servidor quanto aos seguintes itens: a) cumprimento das normas de procedimento e de condutas no desempenho das atribuições do cargo; b) produtividade no trabalho, com base em padrões previamente estabelecidos de qualidade e de economicidade; c) assiduidade; d) pontualidade; e e) disciplina.⁵¹

Versa o referido Projeto, também, que a avaliação periódica de desempenho será realizada por comissão especial, instituída para essa finalidade, composta por quatro servidores, sendo ao menos três estáveis, que tenham no mínimo três anos de exercício no órgão ou entidade a que estejam vinculados, com nível hierárquico igual ou superior ao do servidor a ser avaliado.⁵²

Extraí-se do Projeto, ainda, com destaque, que o termo de avaliação deverá conter todas as deficiências do servidor avaliado e propor o treinamento necessário ao desempenho desejado, caso o respectivo ente público possua aparato para organizar as instituições de aperfeiçoamento do servidor público.⁵³

Com o mesmo objeto, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei Complementar n. 116/17, que disciplina sobre a perda de cargo público por insuficiência do servidor público estável nos termos do art. 41, § 1º, III, da CF/88.⁵⁴

Prevendo sua aplicação em todos os entes da federação, o projeto estabelece que o procedimento de avaliação anual contemplará: planejamento da avaliação; acompanhamento das atividades durante a fase avaliativa; avaliação de desempenho do servidor; e feedback ao servidor sobre os pontos que precisam ser melhorados.⁵⁵

A avaliação será realizada por comissão composta por três membros, sendo um servidor estável designado pelo setor de recursos humanos, um chefe imediato do

50 Ibidem, p. 32-33.

51 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar 248/1998**. Disciplina a perda de cargo público por insuficiência de desempenho do servidor público estável, e dá outras providências, Brasília, 1998. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21616>>. Acesso em: 16 out. 2020.

52 Idem.

53 Idem.

54 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 116/2017**. Regulamenta o art. 41, § 1º, III, da Constituição Federal, para dispor sobre a perda do cargo público por insuficiência de desempenho do servidor público estável, Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128876>>. Acesso em: 16 out. 2020.

55 Idem.

servidor e um estável (escolhido por sorteio entre os servidores da mesma lotação), tendo por base fatores fixos e variáveis dispostos no projeto de lei).⁵⁶

É possível perceber que ambos os Projetos de Lei destacam o aprimoramento da qualificação técnica dos agentes, em vista de capacitá-los para que tenham um bom desempenho e condições de prestação de serviços profissionais.

As avaliações periódicas de desempenho de servidores públicos estáveis, desde que construídas de forma transparente, proba e impessoal, atentando para a promoção de programas de capacitação dos servidores, podem representar um instrumento de aperfeiçoamento do serviço público, possibilitando a exoneração do cargo público daqueles que não tiverem desempenho satisfatório e, a um só tempo, legitimando a prerrogativa da estabilidade daqueles que desempenham com eficiência as funções administrativas.

Nessa perspectiva, é possível concluir que as reformulações necessárias em vista de um alinhamento às necessidades atuais e futuras da Administração e asseguração de maior efetividade no desempenho funcional de servidores públicos, conforme visado pela exposição de motivos da PEC n. 32/2020, não demandam a flexibilização radical da prerrogativa da estabilidade funcional, sendo razoável e suficiente à realização do princípio da eficiência e à tutela do direito fundamental à boa administração o cumprimento efetivo do art. 41, § 1º, III, da CF/88.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de Reforma Administrativa, formalizada na PEC n. 32/2020, sob o discurso de que a garantia de estabilidade de servidores públicos geram ineficiência administrativa e conseqüente má qualidade dos serviços prestados pelo Estado, a despeito de aspirar oficialmente maior efetividade no desempenho funcional, promove excessiva flexibilização da aludida garantia constitucional ao sugerir restrição da garantia de estabilidade apenas a servidores que ocupem cargos típicos de Estado.

Ao deixar sem resguardo da garantia de estabilidade a maioria dos servidores públicos efetivos (denominados servidores de vínculo indeterminado), a Reforma Administrativa, se aprovada, transforma a Administração Pública espaço de personalismo, clientelismo e cartorialismo, como a história já evidenciou, gerando riscos, ainda, de descontinuidade de políticas públicas e no serviço público.

Ademais, não se pode olvidar que, para a concretização dos objetivos previstos para o modelo de Estado Social e Democrático de Direito acolhido pela CF/88, afigura-se crucial o seu aparelhamento racional, com garantias ao seu corpo funcional.

⁵⁶ Fatores fixos que envolvem a qualidade (trabalhos de forma adequada à finalidade de sua função, respeitando as normas e procedimentos do órgão; utilização das providências necessárias para evitar reincidência de erros) e a produtividade (se presta o serviço com tempestividade, eficiência e eficácia). Fatores variáveis: relacionamento profissional, em que é analisado se mantém vínculos construtivos e cooperativos com os demais; foco no usuário/cidadão; inovação; capacidade de iniciativa; responsabilidade; solução de problemas; tomada de decisão; aplicação do conhecimento visando um melhor desempenho do setor; compartilha conhecimento; possui compromisso com os objetivos institucionais; se tem autodesenvolvimento e se o servidor utiliza feedback recebido para aprimorar o seu desenvolvimento profissional e pessoal.

No alerta pertinente de Juarez Freitas, “a garantia patrocinada pela estabilidade do art. 41 da CF deve ser concebida como proteção oferecida à sociedade – donde segue não haver motivo para antagonizar os qualificadamente estáveis”.⁵⁷

Todavia, para se promover transformações efetivas no desempenho dos servidores públicos, em vista da profissionalização da gestão pública, eficiência e máxima realização do direito fundamental à boa administração, quadro que pode conferir, inclusive, maior legitimidade social à estabilidade, há que se realizar, de fato, revisão dos processos atuais de avaliação periódica de desempenho, especialmente com programas de capacitação dos servidores, a serem implementados de forma estruturada.

Tais reformulações, necessárias para um alinhamento às necessidades atuais e futuras da Administração e asseguramento de maior efetividade no desempenho funcional de servidores públicos, conforme visado pela exposição de motivos da PEC n. 32/2020, não demandam a flexibilização radical da prerrogativa da estabilidade funcional, sendo razoável e suficiente o cumprimento efetivo do art. 41, § 1º, III, da CF/88.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Ana Carla; FRAGA NETO, Arminio; SUNDFELD, Carlos Ari. **A reforma do RH do governo federal**. Série Panorama Brasil, Oliver Wyman, 2019.

AGÊNCIA BRASIL. Política. **Governo envia PEC da reforma administrativa para análise do Congresso**. 2020. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-09/governo-envia-pec-da-reforma-administrativa-para-analise-do-congresso>>. Acesso em 13 out. 2020.

ASSUNÇÃO, Leandro Garcia Algarte. A PEC da Reforma Administrativa e o Ideário Político-Econômico que a Fundamenta. *In*. **Reforma Administrativa – PEC 32/2020**. Org.: Renee do Ó Souza. São Paulo: Editora Mizuno, 2021, p. 39-45.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 232, p. 1-10, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar 248/1998**. Disciplina a perda de cargo público por insuficiência de desempenho do servidor público estável, e dá outras providências, Brasília, 1998. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21616>>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 116/2017**. Regulamenta o art. 41, § 1º, III, da Constituição Federal, para dispor sobre a perda do cargo público por insuficiência de desempenho do servidor público estável, Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128876>>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição PEC 32/2020**. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa, Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2262083>>. Acesso em: 14 out. 2020.

CARNAÚBA, Aline Soares Lucena. O Apartheid (Inconstitucional) no Serviço Público Brasileiro. *In*. **Reforma Administrativa – PEC 32/2020**. Org.: Renee do Ó Souza. São Paulo: Editora Mizuno, 2021, p. 17-25.

CERQUEIRA, Bráulio Santiago; CARDOSO JR, José Celso. Estado de bem-estar e funcionalismo público na linha de tiro do neoliberalismo: a Reforma Administrativa Bolsonaro e suas falácias. *In*: **Estado social contra a barbarie**. Jorge Abrahão de Castro e Marcio Pochmann (organizadores). São Paulo : Fundação Perseu Abramo, 2020, p. 319-334.

⁵⁷ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 121.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A oligarquia brasileira: visão histórica**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

COUTINHO, Ana Luísa Celino. **Servidor público: reforma administrativa, estabilidade, empregado público, direito adquirido**. Curitiba: Juruá, 2003.

DELPIAZZO, Carlos E. Instrumentalidad de la función administrativa para el logro de la justicia social. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, UniBrasil, v. 24, n. 3, p. 119-137, set./dez.2019.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder - Formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Editora Biblioteca Azul, 5a. ed., 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A profissionalização da função pública e as exigências da eficiência administrativa. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 3, n. 13, p. 115-127, 2003.

FREITAS, Juares. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 120.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

HOLANDA, Sergio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 26a. ed., 1995.

ISMAIL FILHO, Salomão. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente. **Revista de Direito Administrativo**, v. 277, n. 3, p. 105-137, set./dez. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12a. ed. São Paulo: RT, 2016.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2012.

LEHMEN, João Felipe; BITTENCOURT, Caroline Muller. A estabilidade do servidor público como condição a manutenção da qualidade do ensino básico: reflexões necessárias a partir da prestação dos serviços pelo terceiro setor. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**. Brasília, v. 6, n. 1, p 277-298, jan-jul, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32a. ed.. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo Brasileiro**. 32 ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2000.

MOTTA, Fabrício. Estabilidade de servidores na administração pública não é privilégio. **Revista Revista Consultor Jurídico**, out. 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estatuto jurídico do terceiro setor e desenvolvimento: conectividade essencial ao fortalecimento da cidadania, à luz dos 20 anos da Constituição de 1988. **Revista de Direito do Terceiro Setor RDTS**, ano 3, n. 5, jan./jun. 2009.

OLIVEIRA, Kamila Pagel de; VIEIRA, Gabriel Maggi; LOPES, Luana de Castro; CARMOS, Mariana Marcatto do. A estabilidade no serviço público brasileiro: proteção da burocracia ou dos burocratas? **As ciências sociais aplicadas e a competência no desenvolvimento humano**. Org. Luciana Pavowski Franco Silvestre. Ponta Grossa/PR: Atena Editora, 2020, p. 1-25.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento - Administração pública, direitos fundamentais e desenvolvimento**. Curitiba: Editora Ithala, 2019, p. 108.

WEBER, Max. **Ensaios de Sociologia**. 5. ed. JC Editora. 1963.

O CONTROLE INTERNO NO PODER LEGISLATIVO – UM ESTUDO DE CASO DA CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPINAS
INTERNAL CONTROL IN LEGISLATIVE POWER - A CASE STUDY OF THE CAMPINAS MUNICIPAL COUNCIL

Bruno Barbosa de Souza Santos¹
 Heloisa Candia Hollnagel²

artigos
científicos

RESUMO

A implantação do sistema de controle interno de cada Poder, em todas as esferas de governo, é um mandamento constitucional e o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem firmado posicionamento em fazer cumprir essa determinação da Carta Magna, seja por meio de seus comunicados emitidos, seja nas fiscalizações realizadas aos órgãos sob sua guarda. Com uma pesquisa descritiva e qualitativa, na modalidade estudo de caso o objetivo desse trabalho foi descrever a implementação e o funcionamento do sistema de controle interno no âmbito do Poder Legislativo de Campinas abordando a concepção teórica e normas regulamentadoras, bem como analisar sua contribuição para o aprimoramento da gestão. Os resultados encontrados nesse estudo indicam que além do atendimento a legislação e normas aplicáveis ao órgão de controle interno do Poder, é nítida sua contribuição em tornar a Administração Pública mais eficiente e transparente como demanda a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Interno. Gestão Pública. Poder Legislativo. Transparência.

ABSTRACT

The implementation of the internal control system of each branch of government, in all its spheres, is a constitutional mandate. Furthermore, the Court of Auditors of the State of São Paulo has established a position to enforce the Magna Carta's determination, either through its communications issued or in the inspections carried out on the agencies under their custody. With descriptive and qualitative research, this paper aims to describe the implementation and functioning of the internal control system within the scope of the Legislative Power of Campinas' Municipal Council, addressing the theoretical conception and regulatory norms as well as analyzing its contribution to the management improvement. The results found in this study indicate that in addition to complying with the legislation and regulations

1 Servidor Estatutário – Analista Legislativo – Auditor - da Câmara Municipal de Campinas, atualmente exercendo a função de Controlador Geral Adjunto. Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2008), Especialista em Auditoria e Perícia Fiscal pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (2012) e Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de São Paulo - UNIFESP (2019). E-mail: <brunosouza87@hotmail.com>.

2 Graduada em Ciências Biológicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1989) e em Matemática com ênfase em Informática pela Universidade Paulista - UNIP (2012), Especialista em Educação a Distância, com ênfase na docência e na tutoria em EAD (modalidade em EAD)- PUCRS (2013), Mestre (1994) e Doutora (2000) em Ciências pela Universidade de São Paulo. Professora Adjunto II da Universidade Federal de São Paulo - UNIFESP - Campus Osasco com experiência na coordenação de cursos de Graduação, Especialização MBA e de Gestão da Educação Pública da UAB/ PNAP em EAD e do Programa de Mestrado Profissional em Gestão de Políticas e Organizações Públicas (MPGPOP). Depois de sete meses como Coordenadora Geral de Bolsas e Projetos da Diretoria de Relações Internacionais da Capes, hoje atua como Diretora. E-mail: <heloisa.hollnagel@unifesp.br>.

applicable to the internal control body of the Power. We emphasize its contribution to making the Public Administration more efficient and transparent as society demands are precise.

KEYWORDS: Internal Control. Public Management. Legislative power. Transparency.

1. INTRODUÇÃO

A implantação do sistema de controle interno é uma determinação constitucional como destaca o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em 2016 no Manual Básico - Controle Interno: “a legislação constitucional e legal é cristalina ao ordenar a operação de sistema de controle interno em cada Poder estatal”.

A Corte de Contas Paulista que tem como missão: “fiscalizar e orientar para o bom e transparente uso dos recursos públicos em benefício da sociedade” é incumbida de exercer o controle externo em todos os municípios paulistas, exceto a capital que conta com Tribunal de Contas próprio, enquanto o controle interno é formado por representantes de cada órgão, integrantes da própria estrutura e lotados no órgão público que realizam a fiscalização.

No exercício de sua função, em 2014, a referida Corte de Contas apontou que dos 644 municípios fiscalizados, 193 não dispunham de um órgão ou, ao menos, um servidor responsável pelo controle interno com atribuições formalmente definidas, ou seja, 30% dos municípios do Estado de São Paulo permaneciam inertes em relação a instituição de um sistema de controle interno, mesmo após mais de três décadas da promulgação da constituição federal de 1988, que preconiza que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem manter, de forma integrada, um sistema de controle interno.

No mesmo ano da pesquisa citada, 2014, a Câmara Municipal de Campinas criou a Controladoria Geral da Casa e esse trabalho tem por objetivo descrever os resultados positivos alcançados pelo Poder Legislativo do Município de Campinas - SP após a implementação do setor.

O fator motivador do estudo é documentar de forma sistemática como foi estruturado no Poder Legislativo um sistema de controle interno que além de atender determinações legais, pode contribuir com o aprimoramento da gestão pública e *Accountability*.

Com uma pesquisa descritiva e qualitativa, na modalidade estudo de caso o presente estudo abordou o caminho percorrido desde a formação do setor até o momento, demonstrando os resultados alcançados e conquistas.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A transparência nas contas públicas, *Accountability* está relacionada a uma boa governança (MORREL, 2009), o que implica que as organizações públicas que o fazem

ao conduzir a gestão de recursos públicos reduzem as possibilidades de abuso e corrupção, além de atender os aspectos legais (BHUIYAN E AMAGOH, 2011; UNITED NATION HUMAN RIGHTS, 2012).

Muitos órgãos governamentais têm promovido reformas para atender as demandas da população por transparência e *Accountability*. Os tópicos desta seção abordarão pesquisas relacionadas ao tema, conceitos de controles internos e a importância do sistema de controle interno nos órgãos.

2.1. CONTROLE INTERNO

O controle interno é um conceito multidimensional e tem sido abordado de várias formas na literatura sobre gestão (AGBEJULE; JOKIPII, 2009; BOWRIN, 2004).

O Sistema de controle interno é parte vital nas práticas de auditorias internas (FADZIL *et al.*, 2005) e em uma organização pública, seu papel é sustentar o sistema estabelecido enquanto favorece a tomada de decisão e a *Accountability* (BIANCHI, 2010).

Dessa forma, o controle interno representa em uma organização “o conjunto de procedimentos, métodos ou rotinas com os objetivos de proteger os ativos, produzir dados contábeis confiáveis e ajudar a administração na condução ordenada dos negócios da empresa.” (ALMEIDA, 2010, p. 42).

Crepaldi (2013, p. 465) comenta que “o controle interno deve ser exercido em todos os níveis da entidade do setor público”, a fim de preservar o patrimônio público, controlar a execução de ações que integram programas e zelar pelo cumprimento da legislação.

A revisão de Aziz e colaboradores (2015) sobre controles internos aponta que a literatura enfatiza fortemente que as atividades de controle e operação por meio de leis, atividades de regulação e processos garantem o aumento da *Accountability* no setor público em diversos países.

No Brasil, a necessidade de implantação de um sistema de controle interno em cada órgão da administração pública é apresentada tanto na Constituição Federal de 1988 quanto na Constituição do Estado de São Paulo de 1989.

Em busca de fazer cumprir esse mandamento constitucional e fomentar a área de controles internos de cada órgão, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo emitiu o Comunicado SDG nº 35/2015 e reforçou essa necessidade com a edição, em 2016, do Manual Básico: Controle Interno, onde afirma: “em suma, esse nível internalizado de controle pode contribuir para auxiliar na gestão da organização, na primazia da qualidade do gasto público, além de evitar que o dirigente incorra em desacertos fatais para a sua carreira política.”

No mesmo sentido apontado pelo Tribunal de Contas, um estudo realizado sobre a organização dos controles internos do Município de Porto Murtinho – MS (SILVA,

LOPES E MENDONÇA, 2016) também concluiu pela vital importância da estruturação da área responsável pelos controles internos:

A função de uma controladoria interna é importante para a correta e eficiente gestão de uma organização. Assim, um controle que desenvolve suas atividades de maneira correta, com base legal, evita erros, fraudes, desperdícios e desvios de recursos públicos. (SILVA, LOPES E MENDONÇA, 2016, p,11).

Para que seja alcançado o máximo de aproveitamento e eficiência da área de controle e para atingir os objetivos demonstrados acima é necessário que os legisladores criem Controladorias com estruturas adequadas para seu funcionamento. Sobre o tema Cavalheiro e Flores (2005) comentam:

Conheço poucos e bons setores de controle interno, normalmente criados a partir de uma estrutura com profissionais que têm prerrogativas profissionais para o exercício do trabalho em auditoria. Esses municípios tiveram também um ganho de qualidade, pela autonomia e independência do controle interno, resultando em uma melhor organização em sua estrutura e, por consequência, numa melhor prestação de serviços à sociedade. (CAVALHEIRO E FLORES, 2007, p. 8).

A criação e estruturação da área de controle interno nos órgãos públicos com profissionais qualificados, com independência para atuação e compromisso com a atividade são elementos essenciais para atingir os objetivos precípuos da controladoria e pesquisas sobre esse tema podem contribuir para a construção de órgãos de controle atuantes e com foco no bom emprego do recurso público.

A importância e relevância do tema são demonstradas também em estudo realizado em 2014 por Beuren e Zonatto que concluem em pesquisa, que os temas mais importantes para abordar controle interno no setor público são: auditoria, controladoria, controle interno, gestão de riscos, governança pública, finanças públicas, orçamento público, políticas públicas, desenvolvimento econômico, gestão de pessoas, serviços públicos (assistência social, educação, habitação, saúde, saneamento, segurança pública e transporte) e outros temas emergentes. (BEUREN E ZONATTO, 2014, p. 1158).

Na mesma linha, merece destaque o fato de que a criação de controladorias não seja apenas para atendimento de normas/leis, determinações do Tribunal de Contas, pois esses órgãos de controle interno têm a obrigação de desenvolver atividades que contribuam com o aprimoramento da gestão do órgão público e para que isso ocorra os dirigentes municipais devem conhecer as atividades e utilizarem os resultados em suas gestões, porém conforme pesquisa realizada, em 2011, nos 21 municípios do Corede Produção do Rio Grande do Sul que avaliou o entendimento dos gestores municipais sobre a atuação das controladorias, auditorias internas e controles internos nos municípios concluiu que apenas 15% dos participantes da pesquisa conhecem as atribuições dessas áreas.(SANTOS E TRES, 2012).

Toscano e Leitão, em 2006, já destacavam a importância da área de controle interno, em sua participação em uma administração pública responsável e focada na melhoria contínua, onde os órgãos de controle interno governamental precisam demonstrar à sociedade que o papel desenvolvido por eles corresponde de alguma forma às suas expectativas. Numa nova filosofia de busca por resultados, esses órgãos que são incumbidos de aferir os resultados das ações praticadas pela administração pública, carecem mais do que de qualquer outra entidade, apresentar resultados eficientes. (TOSCANO JR. E LEITÃO, 2006, p.13).

No mesmo sentido, Bonifácio e Vicente (2010), apontaram em pesquisa realizada nos 13 municípios que compõem a Associação dos Municípios da Região da Laguna – AMUREL – SC que para a maioria dos controladores participantes da enquete ocorreram melhorias no setor contábil após a implantação do sistema de controle interno, onde os níveis chegam a 80% de evolução nas atividades desempenhadas na gestão pública.

No Poder Legislativo, um estudo sobre a importância da implantação de sistema de controle interno na Câmara Municipal de Itaocara – RJ, apontou em 2012, que para 40,67% da população pesquisada, vereadores e servidores, o maior benefício trazido pelo sistema de controle interno a administração pública é promover a eficiência na entidade e para 33,33% é proporcionar segurança aos atos do gestor. (PALÁCIOS; JACONE E SILVA, 2012).

Os dados levantados em setembro/2011 em Itaocara – RJ filiam-se aos demais apresentados, evidenciando mais uma vez a importância de que os órgãos de controle interno sejam implantados e possam contribuir com aprimoramento da gestão pública, buscando mais eficiência, melhores resultados e a boa aplicação dos recursos cada vez mais escassos, em todos os Poderes. (PALÁCIOS; JACONE E SILVA, 2012).

A unidade de controle interno de Castanhal – PA foi analisada em 2017 e os pesquisadores concluíram que a controladoria do município além de atender a legislação, tem seus dados e informações como preciosa base para tomada de decisão e contribui para uma gestão mais transparente, eficaz, eficiente e ordeira (ARAÚJO, SILVA E LIMA, 2017).

Da mesma forma, o estudo de Silva, Lopes e Mendonça (2016) desenvolvido para analisar a organização dos sistemas de controles internos do Poder Executivo e Legislativo de Porto Murtinho – MS e identificar suas peculiaridades e ações em comum, bem como as formas de estruturação, utilizando a percepção dos seus gestores, concluiu que a população pesquisada compreende a importância do controle interno para a Administração Pública, e sua contribuição para tornar a gestão mais eficiente e eficaz. (SILVA, LOPES E MENDONÇA, 2016)

As pesquisas realizadas sobre Controle Interno nos municípios brasileiros, seja no Pará, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina ou no Rio Grande do Sul mostram a importância e o poder de contribuição no aprimoramento da

Administração Pública que uma Controlaria interna possui, contando com estrutura adequada as necessidades do órgão público, com membros comprometidos, e independentes o resultado é um recurso público cada vez melhor empregado.

Nessa esteira, esse trabalho tem por objetivo descrever os resultados positivos alcançados pelo Poder Legislativo do Município de Campinas - SP após a implementação da Controladoria Geral.

3. METODOLOGIA

3.1. CARACTERIZAÇÃO DA PESQUISA

A pesquisa em tela se classifica como descritiva e qualitativa, na modalidade estudo de caso. Segundo Gil (2006), o estudo de caso é uma modalidade de pesquisa que consiste no profundo e exaustivo estudo, de um ou poucos objetos, de maneira que permita seu amplo e detalhado conhecimento. Estas pesquisas “pedem descrição, compreensões e análise de informações, fatos, ocorrências que naturalmente não são expressas por números” (MARTINS E THEÓPHILO, 2007, p. 135).

No desenvolvimento do presente estudo abordaremos as etapas desde a formação e estruturação da área de controle interno do Poder Legislativo Campineiro, passando pelas modificações e avanços concretizados até o presente exercício, evidenciando o caminho percorrido em cinco anos para chegada no estágio atual.

3.2. COLETA E ANÁLISE DE DADOS

A coleta de dados foi realizada por meio da análise documental e da literatura. Paralelamente, foram descritas as etapas realizadas, a partir da experiência de um dos autores na implantação dos controles internos neste local.

A pesquisa foi pautada nas resoluções da Casa de Leis que instituíram e aprimoraram a Controladoria Geral do Poder Legislativo Campineiro apresentando as atribuições, competências, cargos e funções que compõem a área, assim como o ato da mesa diretora que regulamentou o funcionamento do sistema de controle interno na Câmara Municipal, além de editais de concursos públicos lançados, portarias da mesa diretora e relatórios e documentos do setor.

4. RESULTADOS

4.1. CARACTERIZAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO CAMPINEIRO

No dia 15 de dezembro de 1797, com a eleição dos primeiros vereadores, foi formada a Câmara Municipal da então Vila de São Carlos, que apesar do nome oficial já era chamada de Campinas pelos 2107 habitantes.

Após mais de dois séculos, Campinas tem uma população de 1.194.094 habitantes e para o desenvolvimento de suas atividades a Câmara conta, em 2019, com um orçamento de R\$ 135.735.300,00, onde 33 vereadores, 182 servidores efetivos e 228 servidores comissionados são os responsáveis para que o Poder Legislativo do terceiro maior município do Estado de São Paulo cumpra com suas obrigações e atinja a sua missão descrita no Planejamento Estratégico 2018-2021 da Casa.

Representar a população de Campinas oferecendo um espaço democrático e participativo, fiscalizando os atos da Administração Pública e legislando em prol de uma cidade mais justa e menos desigual. (PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DA CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPINAS 2018-2021, 2017, pg.6).

A organização administrativa da Casa de Leis é apresentada na Resolução nº 886/14, com quatro grandes áreas:

- **Órgãos de direção superior:** mesa diretora, secretaria geral, gabinetes de vereadores e corregedoria legislativa;
- **Órgãos de Assessoramento e Controle:** gabinete da presidência, procuradoria, controladoria geral, ouvidoria, central de comunicação institucional e escola do legislativo;
- **Órgãos de Gestão Institucional:** Direção Geral;
- **Órgãos Colegiados de Assessoramento:** comissão permanente de licitação, comissão permanente de sindicância, comissão permanente de processo administrativo disciplinar e comissão técnica de gestão de carreiras.

4.2. DESCRIÇÃO DA IMPLEMENTAÇÃO DO CONTROLE INTERNO NA CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPINAS

A reestruturação da Casa ocorrida em 2014 criou como órgão de assessoramento e controle, vinculado diretamente à Presidência, a Controladoria Geral, o órgão central do sistema de controle interno do Poder Legislativo.

Para implantar a nova estrutura, no mesmo exercício, os vereadores aprovaram a Resolução 885/14 que criou novos cargos na Casa, dentre eles o de analista legislativo – auditor que tem como requisito para provimento curso superior em ciências contábeis com especialização em auditoria e, por ser um cargo de provimento efetivo, o recrutamento ocorreu por concurso público, cujo edital foi lançado em 03/04/2014.

Ainda em 2014, a Controladoria iniciou suas atividades, naquele momento com o Chefe da Controladoria Geral, um analista legislativo – auditor e um técnico legislativo, todos servidores efetivos.

Em 2015 o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, por meio do comunicado SDG nº 35/2015 recomendou:

É primordial que o controle interno seja instituído e atue de fato. As entidades, levando em conta a sua realidade interna, avaliarão

quais atividades comporão o seu sistema de controle interno e qual a estrutura necessária para exercer as atribuições correspondentes, sendo recomendável que a **atividade seja exercida por servidor de provimento efetivo**. (Comunicado SDG nº 35/2015, TCE-SP, 2015).

Para início de suas atividades o setor buscou por meio de relatórios apresentados trimestralmente ao dirigente máximo da Casa analisar os principais pontos também verificados pelo órgão de controle externo, o Tribunal de Contas, a fim de buscar a melhor forma de corrigir as não conformidades encontradas.

No exercício seguinte, 2015, o setor ampliou seu quadro, com mais um analista legislativo – auditor, bem como suas atividades, com o início de auditorias dos processos da Câmara, atividades que continuaram em 2016, ano em que a Controladoria elaborou seu primeiro relatório anual de atividades.

Em 2017 a Controladoria Geral foi fortalecida com a criação de mais um cargo de analista legislativo – auditor e a função de Controlador Geral Adjunto e pela necessidade de aprimoramento da regulamentação, e apontamentos do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo sinalizando no mesmo sentido, foi editado o Ato da Mesa nº 18/2017 que pormenorizou as atribuições da área, apresentando a periodicidade e fluxo de tramitação dos relatórios do setor e instituiu o Plano Anual de Atividades da Controladoria Geral.

Com o Ato da Mesa nº 18/2017 em vigor e com seu quadro de servidores fortalecido, a Controladoria Geral passou, em 2018, a executar suas atividades com base em um plano anual, que permite um melhor planejamento e dimensionamento das ações de controle interno com base na força de trabalho da área. Ao final do exercício anterior a aplicação do plano, o documento é encaminhado ao Presidente da Casa, para ciência.

Tabela 1 – Plano de Anual de Atividades da Controladoria Geral - 2018

ITEM	AÇÕES	QUANTIDADE DE AÇÕES	HORAS PREVISTAS
1	Execução Contratual	2	640
2	Fiscalização de Contratos	1	320
3	Folha de Pagamento	3	960
4	Transparência	1	320
5	Aquisições de Bens e Serviços	2	640
6	Gestão Patrimonial	1	320
8	Execução Orçamentária	1	320
9	Gestão de Transporte	1	320
10	Gestão Documental	1	320
TOTAL		13	4.160

Fonte: Síntese das informações que constam no Memorando nº 22/2017-CG

Desde então, os relatórios das atividades da Controladoria Geral geram recomendações onde os responsáveis pelos setores auditados devem propor planos de ação para corrigir as não conformidades encontradas, ou mitigar o risco identificado na análise do órgão central de controle interno.

Para um melhor controle e acompanhamento, a Controladoria Geral reporta trimestralmente à Presidência da Casa o andamento dos planos de ação em vigor, ou seja, aprovados, porém ainda não implantados – em andamento.

Apresentamos abaixo quadro exemplificativo das principais ações e os resultados alcançados com a atuação do controle interno.

Quadro 1 – Principais ações realizadas pela Controladoria Geral

CONSTATAÇÃO DO AUDITOR	RECOMENDAÇÃO	AÇÃO REALIZADA	RESULTADO ALCANÇADO
Bens adquiridos e não operando. Secadores de mão, adquiridos e não instalados a mais de 2 anos.	Instalar os secadores de mão estocados.	Foi realizada a instalação dos secadores de mão nos banheiros da Casa.	Economia de Papel.
Exigências contratuais não cumpridas. Fornecedor deixou de instalar dispensers de papel.	Instalar os 48 dispensers de papel toalha e 83 de papel higiênico.	A instalação foi realizada pela equipe da Câmara.	Utilização de equipamentos comprados pela Casa.
Supressão de contrato de outsourcing de impressão.	Suprimir contrato.	Contrato suprimido.	Supressão total de 53,30%.
Bens não localizados. Classe de bens patrimoniais denominada "bens não localizados" (87 itens cadastrados).	Envidar esforços para encontrar os 87 bens e atualizar a localização no sistema de controle patrimonial.	A área de Patrimônio da Casa conseguiu localizar os bens. Eles foram transferidos para o setor responsável ou para a Prefeitura.	Melhoria dos controles dos bens patrimoniais da Câmara Municipal.
Supressão do contrato de correspondência. Constatou-se que nos últimos 5 anos a Câmara estava utilizando em média 64,57% do valor contratado com Correios.	Adequar o valor do contrato dos Correios ao histórico de consumo da Câmara.	O contrato com os Correios contou com uma redução de 24%.	Economia de recursos.
Desincorporação de bens. Os bens obsoletos ficavam armazenados em local inapropriado o que dificultava a localização e conferência.	Providenciar um novo depósito para a guarda dos bens obsoletos. Aprimorar o processo de conferência.	Nova sala para guarda dos bens retirados de uso. Bens encaminhados para desfazimento passaram a ser validados/ aprovados.	Salvaguarda dos bens retirados de uso e melhoria dos controles de desfazimento de bens.

Fonte: Síntese de parte do Relatório das principais ações da Controladoria Geral (2015 a 2018)

Além dos benefícios apresentados no quadro 1, que a atuação da Controladoria já proporcionou, foram também identificados nessas análises:

- Banco de horas e ausências legais: inconsistências foram corrigidas e horas compensadas pelos servidores identificados;
- Gestão e fiscalização de contratos: implantação de sistema para controle de prazos para evitar atrasos em contratações e mitigar o risco de a Casa ficar descoberta de serviços essenciais ao seu funcionamento;
- Controle de bens patrimoniais: criação de controles para identificação de todos os bens públicos retirados do órgão para manutenção externa, assim como localização de bens obsoletos para a disponibilização ao Poder Executivo conforme normativos;
- Fortalecimento dos controles internos: comandas de papel substituídas por chamados em sistema web;
- Adequação das necessidades da Casa: materiais médicos adquiridos acima das necessidades foram doados a fim de não perderem a validade sem utilização;
- Controle de correspondências: correção de inconsistências identificadas nas publicações do portal transparência da Casa e as correspondências dos setores administrativos também passaram a ser publicados no portal.

Ao longo do exercício de 2018 foram propostas diversas recomendações, que geraram 59 planos de ação, sendo 47 melhorias implementadas no decorrer do próprio exercício e as 12 em andamento passaram para acompanhamento no exercício de 2019.

Cabe destacar que todo acompanhamento citado, é realizado por meio de software livre (*redmine*), portanto não gerando custo para a Administração. Essa ferramenta gratuita permite que toda a comunicação entre o responsável pela implementação da ação e a Controladoria Geral seja realizada via web, facilitando e agilizando a atividade de monitoramento das ações, além de permitir o preciso controle dos prazos.

A vanguarda da edilidade na área é evidenciada com a protocolização na Assembleia Legislativa de São Paulo, apenas em 2017, do Projeto de Lei Complementar 28/2017 para criação da Controladoria Geral do órgão, que deu origem a lei complementar nº 1.340 de 7 de maio de 2019. Campinas conta desde 2014 com a Controladoria Geral e o Poder Legislativo do estado mais rico do país criou seu órgão de controle interno em maio/2019.

Destaque também para o Ato da Mesa nº 18/2017 que regulamentou o funcionamento do sistema de controle interno da Câmara Municipal de Campinas que concorreu, em 2018, na categoria Gestão Legislativa – Gestão Pública no Prêmio de Boas Práticas Legislativas que tem como objetivo estimular o reconhecimento de iniciativas capazes de impactar positivamente a realidade municipal a partir dos parlamentos. A Câmara de Campinas foi premiada em segundo lugar nessa categoria.

Nessa mesma esteira, no exercício de 2019, a Câmara de Campinas concorreu ao Prêmio Transparência e Fiscalização Pública, promovido pela Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados que busca reconhecer trabalhos ou ações que mereçam especial destaque para a causa da transparência e/ou fiscalização na gestão administrativa, patrimonial e dos recursos públicos no Brasil, e nessa oportunidade o Poder Legislativo Campineiro alcançou o terceiro lugar, sendo a única Câmara Municipal do Brasil premiada.

Em 2019 também se destaca o ingresso da Câmara no Conselho Nacional de Controle Interno – CONACI, instituição que busca a integração entre órgãos responsáveis em promover os controles dos gastos públicos, em desenvolver uma gestão pública mais eficiente e assertiva. O Poder Legislativo Campineiro é a primeira Câmara Municipal do Brasil a integrar essa entidade que tem a missão de fortalecer o controle interno no país.

As melhorias implementadas e os resultados alcançados com a atuação da controladoria geral são determinantes para que o Poder Legislativo Campineiro possa atender com excelência aos anseios da sociedade por transparência e *Accountability*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constituição federal de 1988, diz em seu art. 74, que os poderes legislativo, executivo e judiciário têm o dever de manter, de forma integrada, o sistema de controle interno. Dessa forma analisar um órgão que tenha tido sucesso, contribui para o aprimoramento da gestão em outros que ainda não tenham implementado.

Um sistema de controle interno robusto, atuante e imparcial, livre de ingerência é ferramenta poderosa para o aprimoramento da Administração Pública e o bom emprego dos recursos públicos, que estão cada vez mais escassos.

A metodologia empregada para o estudo de caso da implantação da Controladoria Geral na Câmara Municipal de Campinas permitiu apresentar o caminho percorrido até então e as contribuições positivas que foram conquistadas com a estruturação do órgão central de controle interno.

Destaca-se que o Poder Legislativo Campineiro conta com uma controladoria formada por servidores efetivos, com um plano anual de atividades desenhado de acordo com a força de trabalho disponível, atividades estas que são desenvolvidas e os relatórios gerados são direcionados conforme fluxograma normatizado. As recomendações para aprimoramento dos processos, contidas em seus relatórios, geram planos de ação para mitigar os riscos identificados, planos esses que são monitorados pelo órgão central do sistema de controle interno e periodicamente levados ao conhecimento da alta administração da Casa. Por fim, ao final de cada exercício é gerado o relatório anual da área para demonstração de todas as atividades desenvolvidas e conquistas atingidas.

Nesse contexto, foi possível verificar o atendimento do órgão a normatização vigente e principalmente aos anseios da sociedade, que tem o direito de contar com entidades públicas com linhas de defesas internas para zelar e contribuir com o emprego dos recursos públicos de forma transparente e eficiente.

Com o estudo, formou-se uma base do contexto histórico da implantação da Controladoria Geral da Câmara Municipal Campineira e resultados alcançados, como sugestão para futuras pesquisas e contribuições a partir de outros cenários recomenda-se a outros pesquisadores o desenvolvimento de estudos sobre órgãos centrais dos sistemas de controles internos de Poderes Legislativos.

REFERÊNCIAS

- AGBEJULE, A., JOKIPII, A. Strategy, control activities, monitoring and effectiveness. **Managerial Auditing Journal**, v. 24, n. 6, p. 500-522. 2009.
- ALMEIDA, Marcelo Cavalcanti. **Auditoria: um curso moderno e completo; textos, exemplos e exercícios resolvido**. 7. Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010.
- AZIZ, M. A. A.; RAHMAN, H. A.; ALAM, M. M.; SAID, J. Enhancement of the Accountability of Public Sectors through Integrity System, Internal Control System and Leadership Practices: A Review Study. **Procedia Economics and Finance**, v. 28, p. 163 – 169. 2015.
- BEUREN, Ilse Maria; ZONATTO, Vinícius Costa da Silva. Perfil dos artigos sobre controle interno no setor público em periódicos nacionais e internacionais. **Rev. Adm Pública**. Rio de Janeiro, v. 48, n. 5, p.1135 – 1163, set/out. 2014.
- BIANCHI, C. Improving performance and fostering accountability in the public sector through system dynamics modelling: From an “external” to an “internal” perspective. **Systems Research and Behavioral Science**, v. 27, p. 361-384. 2010.
- BONIFACIO, Roseli; VICENTE, Ernesto. A implantação dos Sistemas de Controle Interno nos Municípios da Região da AMUREL – SC e os Reflexos nas Atividades Desempenhadas pelo Contador. Vitória-ES: **Encontro ANPAD – EnANPAD**. Vitória-ES, 2010.
- BOWRIN, A. R. Internal control in Trinidad and Tobago religious organizations. **Accounting, Auditing & Accountability Journal**, v. 17, n. 1, p. 121-152. 2004.
- BHUIYAN, S. H.; AMAGOH, F. Public sector reform in Kazakhstan: issues and perspectives. **International Journal of Public Sector Management**, v. 24, n. 3, p. 227-249. 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- CAMPINAS. Ato da Mesa nº 18, de 6 de novembro de 2017. **Regulamenta o funcionamento do Sistema de Controle Interno no Poder Legislativo do Município de Campinas**. Diário Oficial do Município, Campinas, SP, n. 11715, 6 nov. 2017, p. 78.
- CAMPINAS. Resolução nº 885, de 13 de fevereiro de 2014. **Dispõe sobre o plano de cargos e carreiras dos servidores da Câmara Municipal de Campinas e dá outras providências**. Diário Oficial do Município, Campinas, SP, n. 10812, 14 fev. 2014, p. 64-80.
- CAMPINAS. Resolução nº 886, de 17 de fevereiro de 2014. **Dispõe sobre a organização administrativa da Câmara Municipal de Campinas e dá outras providências**. Diário Oficial do Município, Campinas, SP, n. 10814, 18 fev. 2014, p. 75-88.
- CAVALHEIRO, Jader Branco; FLORES, Paulo Cesar. **A organização do sistema de controle interno municipal**. 4 ed. Porto Alegre, Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul, 2007.

- CREPALDI, Silvio Aparecido. **Auditoria Contábil: teoria e prática**. 9. Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013.
- FADZIL, F. H., HARON, H., JANTAN, M. Internal auditing practices and internal control system. **Managerial Auditing Journal**, v. 20, n. 8, 844-866. 2005.
- GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MARTINS, Gilberto de A.; THEÓPHILO, Carlos R. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MORRELL, K. Governance and the public good. **Public Administration**, v. 87, p. 538-556. 2009.
- PALÁCIOS, L.; JACONE, D.; SILVA, J. A importância da implantação do sistema de controle interno: um estudo na Câmara Municipal de Itaocara - RJ. Rio de Janeiro: **IX SEGeT – Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia**, 2012.
- CAMPINAS. **Planejamento Estratégico da Câmara Municipal de Campinas – 2018-2021**. Disponível em: <<http://www.campinas.sp.leg.br/institucional/planejamento-estrategico/arquivos/pe-cmc-2018-2021>>. Acesso em: 02/06/2019.
- SANTOS, S. R. T. dos. TRES, T. F. Controladoria, Auditoria Interna e Controle Interno: O Entendimento dos Gestores Públicos Municipais Pertencentes ao Corede Produção/RS. In: **Congresso USP de Controladoria e Contabilidade**, 12, 2012. São Paulo, SP. 2012.
- SÃO PAULO. **Constituição do Estado de São Paulo**: promulgada em 5 de outubro de 1989.
- SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado. **Comunicado SDG nº 35/2015 – Sistema de Controle Interno**. São Paulo, 04 set. 2015.
- SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado. **Manual Básico: Controle Interno – com jurisprudência, instruções e comunicados do TCE**, pág. 17. São Paulo, São Paulo, 2016.
- SILVA, C. H.; LOPES, A. C.V.; MENDONÇA, J. C. A. A organização dos controles internos no âmbito dos poderes executivo e legislativo municipal: um estudo de caso em Porto Murтинho - MS. Natal-RN. **Congresso Internacional de Administração**, 2016, Natal – RN. ADM 2016 - Gestão Estratégica: da crise à oportunidade, 2016.
- TOSCANO JR., Eudes Moacir; LEITÃO, Carla Renata Silva. Os desafios do controle interno governamental diante da reforma do Estado: o caso do Programa de Modernização do Controle Interno do Estado da Paraíba (Promocin). Rio de Janeiro: **Caderno EBRAPE**. BR, v. 4, n 1, mar. 2006.
- UNITED NATION HUMAN RIGHTS. **Good Governance**. 2012. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/GoodGovernanceIndex.aspx>>. Acesso em: 24 jan. 2019.
- YIN, R. K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2 ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS THE IMPORTANCE OF COMPLIANCE IN THE BRAZILIAN MUNICIPALITIES

Bruno Sampaio Barros¹

RESUMO

O presente artigo foi concebido com o objetivo de explorar e analisar mais profundamente, sob a ótica do direito administrativo, constitucional e infraconstitucional, o mecanismo do *Compliance* na Administração Pública Brasileira, em especial, no tocante à importância de sua aplicação na gestão dos Municípios. Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental, sendo que as fontes basilares de consulta foram as legislações vigentes no ordenamento jurídico pátrio, obras e artigos jurídicos com foco em Governança, *Compliance* e Cidadania, trabalhos acadêmicos e outros documentos eletrônicos disponíveis na rede mundial de computadores sobre assuntos correlatos. Os indicadores booleanos utilizados para pesquisas do título foram *and* e *or*, a partir dos seguintes descritores: “Conformidade”, “Integridade”, “Municípios”, “Brasileiros” e “Administração Pública”, todos extraídos do *DeCS*. Ao final do trabalho, buscou-se êxito em toda a explanação técnico-jurídica para o devido enraizamento do conhecimento e a conscientização da problemática que envolve a ausência de regulamentação da Lei Federal nº 12.846/2013 em parte dos Estados e Municípios brasileiros, a fragilidade do sistema de controladoria na Administração Pública Direta e a dificuldade na aplicação do *Compliance* como instrumento de controle inteligente no setor público.

PALAVRAS-CHAVE: Conformidade. Integridade. Municípios. Brasileiros. Administração Pública.

ABSTRACT

The following article was conceived to explore and analyze more deeply, from the perspective of the administrative, constitutional and bellow-constitutional law, the Compliance mechanism in the Brazilian public administration, especially with regard to its importance in the application of the municipalities' management. Therefore, a bibliographical and documental research, having the laws in force in the national legal system, works and legal articles with a focus on Governance, Compliance and Citizenry, academic works and other electronic documents available on the World Wide Web on the related subjects, as basic sources of consultation. The boolean indicators used for title searches were “and” as well as “or”, based on the following descriptors: “Conformity”, “Integrity”, “Brazilian”, “Municipalities” and “Public

¹ Graduado em Direito pela Universidade Paulista - UNIP, campus Limeira/SP, no ano de 2018. Atualmente é Advogado (OAB/SP nº 436.223), Microempreendedor Individual e Investidor no mercado financeiro. Tem experiência em pesquisas jurídicas e atividades filantrópicas envolvendo temas como Cidadania e Controle Social dos Poderes Executivo e Legislativo, na cidade de Limeira/SP. Email: bruno.sampaio.barros@adv.oabsp.org.br. Pós-graduado em *Compliance* e Direito Anticorrupção pelo Complexo Educacional Renato Saraiva (CERS) nos anos de 2019 a 2020.

Administration, all of them extracted from DeCS. At the end of the work, the outcome was sought in all technical-legal explanations for the proper rooting of knowledge and awareness of the problem which involves the lack of regulation of the Federal Law 12.846/2013 in part of the Brazilian States and Municipalities, the fragility of the controllership system in the Direct Public Administration and the difficulty in applying Compliance as an intelligent control in the public sector.

KEYWORDS: Conformity. Integrity. Municipalities. Brazilian. Public Administration.

1. INTRODUÇÃO

“Aquele que não é capaz de governar a si mesmo não será capaz de governar os outros”.
Mahatma Gandhi.

Este trabalho, de modalidade bibliográfica, apresenta um panorama geral do instituto de *Compliance* na Administração Pública Brasileira, e traz a lume o conceito, origem histórica, tratamento legislativo nas diferentes esferas federativas de Estado, finalidades, políticas e procedimentos necessários para implementação em órgãos públicos e os benefícios do *Compliance* na seara governamental.

O artigo científico não procura ser exaustivo em suas descrições e se desenvolve, quanto à abordagem, de forma qualitativa, uma vez que busca examinar, sob à ótica do direito administrativo, constitucional e infraconstitucional, o mecanismo do *Compliance* no ordenamento jurídico pátrio, principalmente e no que diz respeito à sua importância para mitigar ou suprimir eventuais desvios de conduta na relação entre particulares e agentes públicos com a Administração Pública Direta Municipal.

O método científico dedutivo foi escolhido para analisar o objeto de estudo, e a revisão de literatura se fez a partir de doutrinas especializadas, artigos jurídicos, trabalhos acadêmicos e outros documentos eletrônicos disponíveis na rede mundial de computadores sobre assuntos relacionados.

Nesse contexto metodológico, o primeiro capítulo aborda os aspectos jurídicos relevantes do *Compliance* na condução da máquina administrativa brasileira, além de apontar a ausência de matéria legal expressa no que tange aos desdobramentos operacionais da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) em alguns Estados e na grande maioria dos Municípios.

O segundo capítulo demonstra a importância da aplicação do *Compliance* como instrumento de controle inteligente em todos os níveis de governo, atentando para a fragilidade do sistema de controle interno estatal, para a carência de organização na prevenção e no combate à corrupção e para a necessidade de promoção de uma cultura de integridade no serviço público.

No capítulo seguinte, o estudo é direcionado à forma de implementação dos programas de integridade nas Administrações Públicas Municipais, demonstrando

os reais benefícios que o *Compliance* traz a todos os cidadãos e às próprias administrações locais.

Posteriormente, assenta-se que a implementação do *Compliance* na seara pública é uma questão de necessidade e obrigação do Estado.

2. CONCEITO, ORIGEM HISTÓRICA E TRATAMENTO JURÍDICO DO COMPLIANCE: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

2.1. CONCEITO DE COMPLIANCE

Compliance é um termo em inglês oriundo do verbo *comply*, importado do vocabulário anglo-saxão para o da língua portuguesa e pode ser traduzido e entendido como estar de acordo, agir e cumprir com todas as normas, regramentos e legislações vigentes, tendo o condão de fomentar uma cultura de integridade dentro de uma organização pública ou privada.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (Conjur, 2018), ensina que

Em sua essência, *compliance* significa a observância das normas legais e regulamentares aplicáveis, bem como dos valores éticos gerais, dos códigos de conduta específicos de determinado ramo de atividade e das expectativas legítimas da sociedade.

Segundo o Subprocurador-geral da República e membro da Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal, Antônio Carlos Fonseca da Silva (Fórum Nacional de *Compliance* do Legislativo, promovido pela Secretaria de Transparência da Câmara dos Deputados, 2019)

Compliance é um conjunto de normas organizacionais, que incluem ferramentas e condutas voltadas a fazer o que é certo. Fazer o que é certo nem sempre é uma coisa óbvia. Por isso, é preciso considerar também os atributos da pessoa humana, como a honestidade e o papel que cada um exerce, para que seja possível entender a riqueza da integridade.

Na visão de CUEVA (2018), Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Pode-se entender o *compliance* não apenas como a observância de comandos legais e regulatórios, mas também como o cumprimento de outras exigências, tais como normas éticas e padrões de conduta fixados no seio das organizações.²

Os pilares do *compliance* (ou programa de *compliance*) consistem nos seguintes elementos: (i) comprometimento da alta direção da organização pública ou privada com o programa; (ii) avaliação de riscos internos e externos; (iii) monitoramento

² CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Compliance: Perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018, p.54.

contínuo das atividades desenvolvidas e diligenciamento adequado; (iv) processos e procedimentos estruturados, profissionais e bem definidos; (v) instauração de um código de conduta; (vi) definição de normas e regras objetivas e claras; (vii) criação e difusão da cultura de transparência, cooperação, integridade e *compliance*; (viii) consolidação de canais de comunicação que garantam a fidedignidade da informação e, se necessário, o sigilo do usuário; (ix) contabilização e gestão documental; (x) promoção de treinamentos e capacitações internas; e (xi) aprimoramento das políticas de relacionamentos pessoais e institucionais com altos padrões éticos e morais.

Em apertada síntese, não há dúvidas de que o *Compliance* é uma função de cunho administrativo voltado para ideias de governança, qualidade de gestão, matriz e administração de riscos, que pode ser aplicado nas esferas ambiental, criminal, dos direitos do consumidor, financeira, fiscal, trabalhista, no âmbito da administração pública, entre outras.

2.2. SURGIMENTO DO COMPLIANCE NO BRASIL

Valendo-se do resgate histórico da matéria abordada, para o Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial (IBDEE, 2016), a filosofia do *compliance* apareceu no início do século XX com a criação da Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos da América (*Securities and Exchange Commission*) e, na parte final do mesmo século, com o início dos trabalhos do Comitê de Supervisão Bancária da Basileia (Suíça, 1975).

Em ambos os cenários o objetivo foi criar um ambiente financeiro mais seguro, estável e flexível por intermédio do aperfeiçoamento da regulação e supervisão das práticas financeiras.

Para BARROSO (2018), “a história legislativa da busca por integridade e combate à corrupção remonta ao *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*”³, conhecido como Lei Anticorrupção Transnacional, editada no país norte-americano em 1977 e considerado um marco histórico mundial. Essa lei endureceu as penas para organizações estadunidenses envolvidas com atos de corrupção no exterior.

O Conselho Federal de Administração (CFA) descreveu o início da trajetória do *compliance* no Brasil em sua Revista Brasileira de Administração (2019, pp. 34-35)

No Brasil, o segmento ganhou destaque inicial, em 1992, no início da abertura do mercado nacional à empresas estrangeiras. Na época, o país se adequou aos padrões éticos de combate à corrupção. A ação foi necessária devido à crescente competitividade entre empresas transnacionais.

Avançando na linha do tempo, em 1998 foi publicada no Brasil a Lei nº 9.613/98, conhecida como Lei de Combate aos Crimes de “Lavagem” de Dinheiro (com relevantes alterações promovidas pela Lei nº 12.683/2012), que criou o extinto

3 BARROSO, Luís Roberto; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Compliance: Perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018, p.19.

Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e atual Unidade de Inteligência Financeira (UIF), estabelecendo, também, sanções aos ilícitos previstos em seu diploma legal.⁴

No mesmo ano, o Banco Central do Brasil (Bacen) publicou a Resolução nº 2.554, que incorporou as regras trazidas da Europa pelo Comitê de Supervisão Bancária da Basileia e dos Estados Unidos da América pela *Securities and Exchange Commission*.

As normas obrigaram os bancos e o Estado Brasileiro a criarem, inicial e contemporaneamente, estruturas e mecanismos efetivos de controle interno e de riscos.

Em que pese a Constituição da República Federativa do Brasil, em outubro de 1988, ter reforçado os comandos jurídicos mencionados e trazido em seu texto diferentes tipos de controle da administração pública (controle interno, externo, judicial, institucional e de cidadania), o que faltou, de acordo com Sérgio Ferraz (1992, p. 68), foi

Provavelmente, uma cultura de controle que, introjetando em administradores e administrados, com todas as suas consequências, a ideia de relação de administração pública, tornasse operante toda a farta coleção de controles constitucionalmente consagrados.⁵

No campo prático, o cumprimento das obrigações impostas no ordenamento jurídico pátrio, seja no âmbito da iniciativa privada ou da administração pública, mostrou-se uma tarefa desafiadora.

Em 2007, o Conselho Ministerial da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) decidiu fortalecer a colaboração com o Brasil, Estado que é atualmente considerado membro potencial da OCDE, por meio do estabelecimento de uma relação mais próxima, visando ajudar o país a robustecer sua capacidade de governar, melhorar os sistemas de formulação de políticas e o desempenho das instituições públicas em todos os níveis de governo.

As recomendações do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública preveem o alinhamento consistente e adesão de valores, princípios e normas éticas comuns para sustentar e priorizar os interesses públicos sobre os privados na atuação da administração pública.

A Lei nº 12.486/2013, popularmente denominada como Lei Anticorrupção, é considerada a mais determinante ao inserir regramentos e normativos para o combate à corrupção. Com esta lei a palavra *compliance* ganha brilho e alicerces no Brasil, tirando o Estado de uma situação de inércia para outra de incentivador de códigos de ética e conduta e de uma cultura de integridade, o que representa, sem dúvida alguma, um avanço nacional histórico sobre esse tema.

Diante do cenário exposto, fica evidente que as fraudes e escândalos verificados no

4 Os artigos 9º, 10 e 11 desse diploma legal tratam, respectivamente, das pessoas sujeitas ao mecanismo de controle, da identificação dos clientes e da manutenção de registros e comunicação de operações financeiras suspeitas de irregularidades. Tais dispositivos ilustram a absorção do compliance em caráter impositivo pelo direito brasileiro.

5 FERRAZ, Sérgio. *O controle da Administração Pública na Constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: abril de 1992. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45106/47878>. Acesso em: 7 de abril de 2020.

campo empresarial, bancário e público permearam o surgimento de mecanismos de controle nas organizações brasileiras em geral.

2.3. O TRATAMENTO DO COMPLIANCE PELO DIREITO POSITIVO

De forma a organizar o estudo, no que se refere à Administração Pública Direta, preliminarmente em sentido amplo, é inegável a existência de uma gama de normas que tangenciam a matéria *Compliance*, entretanto, ressalta-se que o Direito ainda carece de regulação e determinação legal expressa, especialmente nos Estados e Municípios.

Isso não significa que os entes federativos, por meio de seus órgãos públicos, estejam apartados do fenômeno irremediável do *compliance*. Ao contrário, nas palavras de Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Jéssica Acocella (2019).

A legitimidade da atuação pública demanda, cada vez mais, sua conformidade com mecanismos e procedimentos internos de integridade e governança, voltados à detecção e correção de desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos, bem como a incorporação de um ambiente ético em toda a estrutura administrativa.⁶

Fundamental, a esse respeito, o registro exemplificativo de legislações que caminham nessa direção em âmbito nacional e que ainda não foram mencionadas no presente artigo.

(i) Lei nº 7.492/1986 (que define os crimes contra o sistema financeiro nacional); (ii) Lei nº 8.112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União); (iii) Lei nº 8.137/1990 (que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo); (iv) Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); (v) Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações); (vi) Decreto Federal nº 1.171/1994 (Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal); (vii) Exposição de motivos nº 37/2000 (Código de Conduta da Alta Administração Federal); (viii) Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal); (ix) Decreto nº 5.480/2005 (que dispõe sobre o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal); (x) Decreto nº 5.687/2006 (que promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção); (xi) Súmula Vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal⁷; (xii) Decreto nº 7.203/2010 (que dispõe sobre a vedação do nepotismo); (xiii) Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação); (xiv) Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste); (xv) Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses); (xvi) Portaria Interministerial nº 333/2013 (que dispõe sobre regramentos relativos à conflito de interesses); (xvii) Decreto nº

6 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica. *Compliance na Administração Pública*. Periódico GEN Jurídico. Artigo Jurídico publicado em: 31 de julho de 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/07/31/compliance-na-administracao-publica/>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

7 BRASÍLIA. *Súmula Vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal*. "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal". Publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 29 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1227>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

8.420/2015 (que Regulamenta a Lei nº 12.486/2013); (xviii) Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais); (xix) Decreto de 7 de março de 2017 (que cria o Conselho Nacional para Desburocratização – Brasil Eficiente); (xx) Lei nº 13.460/2017 (que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública); (xxi) Decreto nº 9.094/2017 (que dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos e dá outras providências); (xxii) Decreto nº 9.203/2017 (que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional); e (xxiii) Decreto nº 10.109/2019 (que promulga o acordo de cooperação entre a República Federativa do Brasil e a OCDE, firmado em Paris, em 3 de junho de 2015).

Complementarmente aos dispositivos jurídicos trazidos acima, a Controladoria-Geral da União (CGU) disponibiliza em seu sítio eletrônico inúmeras Portarias e Instruções Normativas sobre Integridade (2019)⁸.

(i) Portaria da Controladoria-Geral da União nº 1.911/2013 (que define os procedimentos internos necessários à deliberação da CGU); (ii) Portaria da Controladoria-Geral da União nº 909/2015 (que dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas); (iii) Portaria Conjunta CGU/SMPE nº 2.279/2015 (que dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de microempresa e de empresa de pequeno porte); (iv) Instrução Normativa Conjunta nº 1/2016 (que dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo Federal); e (v) Instrução Normativa Conjunta nº 1/2018 (que dispõe sobre os procedimentos aplicáveis à Solicitação de Simplificação de que trata o Decreto nº 9.094/2017).

Como percebido, a conformação adequada de tais dispositivos tende a mitigar ou até mesmo a suprimir eventuais desvios de conduta na relação entre particulares e agentes públicos com a Administração Pública Federal.

Essa perspectiva é importante, pois, tanto os órgãos públicos quanto seus agentes, à sociedade e à iniciativa privada, além de terem um maior grau de segurança jurídica, passam a ter clareza acerca de suas responsabilidades éticas e legais, e, o programa de *compliance* passa a inibir quaisquer avanços gerenciais e administrativos no espaço de atuação específica de outro órgão ou instituição de Estado, evitando, assim, o transbordamento de competências.

Não obstante, essas normas não parecem ser suficientes para assegurar e obrigar todos os níveis da Administração Pública Direta à implementação de um programa voltado especificamente a estruturação de ações de conformidade e processos (e procedimentos) destinados à prevenção, detecção e correção de atos ilícitos, principalmente de fraude e corrupção.

Tanto isso é verdade que, segundo o boletim de notícias da revista Consultor Jurídico

8 BRASÍLIA. Controladoria Geral da União. *Legislação de Integridade*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/legislacao>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

(Conjur), publicado em 29 de agosto de 2019, “seis anos depois da publicação da Lei Anticorrupção, 8 estados ainda não têm regulamentação sobre o assunto” (Acre, Amapá, Bahia, Ceará, Piauí, Rondônia⁹, Roraima e Sergipe).

No Distrito Federal, por sua vez, a legislação anticorrupção engendrou-se com o Decreto nº 37.296/2016 SINJ-DF¹⁰ e ganhou força com a vigência da Lei nº 6.112/2018 (alterada e aprimorada pela Lei nº 6.308/2019). Outras legislações correlacionadas e de suma importância, ainda em nível distrital, são: Lei nº 6.335/2019; Portarias nº 247/2016 e nº 53/2020 da Controladoria-Geral do Distrito Federal; Portarias nº 18/2018, 314/2019 e 03/2020 das Secretarias Distritais. O objetivo de todo esse entrelace normativo foi, e continua sendo, evitar irregularidades, corrupção e fraudes na Administração Pública do Distrito Federal.

No plano municipal, a maturidade da maioria dos municípios brasileiros condiz com a ausência de recomendação específica da legislação federal nº 12.846/2013, assemelhando-se com a realidade dos estados que não possuem regulamentação própria, ou seja, apresentam um nível baixo, inicial ou básico de amadurecimento no que tange aos desdobramentos operacionais da Lei Anticorrupção.

Destarte, apesar de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prever em seu artigo 30, incisos I e II, a competência exclusiva e suplementar dos Municípios no que diz respeito a sua função legislativa, é importante ter clareza de que há muito trabalho a ser feito pelos Poderes Legislativo e Executivo Municipais no Brasil, para que as empresas e administrações locais tenham suas necessidades e peculiaridades atendidas, salvaguardando os valores construídos de acordo com os princípios da Administração Pública – notadamente os descritos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

3. **COMPLIANCE SOB A PERSPECTIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL**

3.1. **FINALIDADE DO COMPLIANCE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

Em busca do aprimoramento da gestão do interesse público, sobre os pilares da honestidade, da lisura dos atos e procedimentos governamentais e dos princípios basilares da Administração Pública, faz-se necessário que os representantes do povo brasileiro, além de regulamentarem a Lei Federal nº 12.846/2013 nos Estados e Municípios, garantam a aplicação do *compliance* como instrumento de controle inteligente em todos os níveis de governo.

9 Importante destacar que o Decreto Estadual (RO) nº 23.907/2019 regulamentou, no âmbito do Poder Executivo Estadual, a Lei Federal nº 12.846/2013 e não foi considerado no conteúdo da matéria publicada pelo boletim de notícias do Conjur.

10 SINJ-DF significa: Sistema Integrado de Normas Jurídicas do Distrito Federal.

De acordo com o Secretário Federal de Controle Interno da Controladoria-Geral da União (CGU), Antônio Carlos Bezerra Leonel, em entrevista concedida à Escola Nacional de Administração Pública (ENAP, 2018), o programa de *compliance* “tem que ser um instrumento de controle para gestão e para entrega de resultados. Deve ser profissional e gerencial como é feito na iniciativa privada”.

Didaticamente, entende-se por gestão pública a atividade que se dedica ao gerenciamento de instituições, serviços e também do patrimônio público.

O Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública, do Tribunal de Contas da União (TCU, 2014, pp. 5-6), trata a governança pública como

Um conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.

Gestão e governança são, portanto, funções complementares. Enquanto aquela faz o manejo dos recursos (em sentido amplo) e busca o alcance dos interesses públicos estabelecidos, esta provê direcionamento, avalia e monitora a atuação da gestão, com vistas ao atendimento das necessidades dos cidadãos e demais partes interessadas.

A governança pública pressupõe a existência de um Estado de Direito, de uma sociedade civil organizada e participativa dos assuntos públicos cotidianos, de uma burocracia incutida de ética profissional e de políticas públicas bem planejadas e executadas com ampla cristalinidade.

Os programas de *compliance* estão diretamente conectados e alinhados com os princípios, mecanismos e diretrizes da governança pública (dispostos nos artigos 3º, 5º e 4º do Decreto Federal nº 9.203/2017), haja vista que as principais características para se alcançar uma boa gestão pública estão ligadas diretamente com a transparência, integridade e, principalmente, com o dever de *accountability* dos administradores públicos, isto é, o dever de prestar contas de suas gestões aos administrados por elas.

Em linhas gerais, o *compliance* tem como finalidade atuar na prevenção, detecção e na resposta aos atos organizacionais que não estejam em conformidade com a legislação, políticas e normas.

Nas palavras da ex-Advogada Geral da União, Grace Maria Fernandes Mendonça (Conjur, 2019), “o *compliance* funciona exatamente como forte mecanismo de impulso, apto a refinar o comportamento do agente público e a colaborar para a construção de um país melhor, mais justo e solidário”.

Desse modo, salienta-se que o *compliance* necessita ser utilizado pelos órgãos públicos federais, estaduais, distritais e municipais como ferramenta de controle, amparo e prevenção de riscos, além de, claro, impedir desvios de toda a ordem.

3.2. FORTALECIMENTO DO CONTROLE INTERNO COMO MEIO DE IMPLEMENTAÇÃO DO COMPLIANCE NO SETOR PÚBLICO

artigos
científicos

O emprego do termo *compliance* para designar um conjunto de ações a serem adotadas no campo da Administração Pública é algo novo no Brasil. A previsão expressa de *compliance* para o setor público foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro em maio de 2016¹¹, pela Instrução Normativa Conjunta nº 1/2016, que dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo Federal.

Embora esteja previsto nos artigos 70 e 74 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o sistema de controle interno não conta com previsão legislativa de alcance nacional que determine e esclareça quais atividades essenciais precisam, de fato, ser contempladas pelos entes federativos no tocante aos seus Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Essa ausência de definição é uma das maiores fragilidades do sistema brasileiro de controle interno. A falta de regulamentação e operacionalização desse controle, incluindo a carência de organização na prevenção e no combate à corrupção, é um desrespeito à Constituição Federal e gera condições inadequadas para a prevalência dos princípios constitucionais insculpidos no *caput* do artigo 37 da magna-carta.

Para que os programas de *compliance* sejam aplicados na Administração Pública Direta como instrumento de gestão inteligente é fundamental que exista o fortalecimento e, em alguns casos, até a criação das Controladorias Internas¹² da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Nas estruturas desses órgãos de controle é imprescindível que prevaleça um ambiente favorável às funções de “controladoria” e, por óbvio, condições mínimas de trabalho.

O sistema de Controle Interno precisa funcionar de forma independente, fiscalizando os atos dos gestores com critérios objetivos que possam ser avaliados de maneira célere e sistematizada, sendo que, quaisquer irregularidades ou ilicitudes apuradas devem ser reportadas ao Tribunal de Contas competente.

Enquanto não houver a compreensão, em todos os níveis de governo e em todas as esferas de poder, de que as Controladorias Públicas necessitam dotar de estruturas aptas a suportarem a aplicação dos comandos constitucionais e infraconstitucionais, dificilmente os Poderes Públicos conseguirão implementar e possuir programas de *compliance* vigorosos e eficazes.

Segundo o advogado e professor Luiz Eduardo de Almeida (2019), Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, é possível afirmar que a aplicação do *compliance* é obrigação do Estado.

11 BRASÍLIA. Diário Oficial da União. *Instrução Normativa Conjunta nº 1, de 10 de maio de 2016*, publicada em 11 de maio de 2016, edição 89, seção 1, página 14. Disponível em: http://www.in.gov.br/material/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197. Acesso em: 23 de abril de 2020.

12 Sob a ótica do direito, compreende-se que são as Controladorias Internas que têm por afinidade delimitarem e administrarem os programas de conformidade.

No setor público, assegurar a conformidade aos atos normativos não é opção. Garantir transparência e equidade nos atos, ser honesto e pautar as ações e escolhas nos valores socialmente aceitos, bem como adotar as melhores medidas para a implementação de políticas públicas e efetivar a prestação de serviços públicos, também não são opções.¹³

É essencial que o Estado, além do âmbito Federal, crie institutos positivados para serem cumpridos pelos seus próprios administradores e servidores como forma de contribuir com a gestão administrativa e organização pública eficiente, ampliando a postura ética e a efetividade dos serviços prestados à sociedade.

De forma complementar às ideias trazidas, FRAZÃO (2018) destaca que

Muito embora as vantagens de programas de *compliance* já falem por si próprias, seus benefícios são ainda pouco conhecidos e vão de encontro a práticas fortemente arraigadas no ambiente político, público e negocial, motivo pelo qual é necessário que a lei também forneça incentivos para sua implementação.¹⁴ (g.n.).

Uma conclusão é certa, se o Estado almeja incentivar os agentes privados a cumprirem a legalidade, ele deve ser o maior interessado em dar o exemplo prático e oferecer os incentivos corretos em todas as suas searas de atuação. A partir do momento em que ele falha nessa missão, cria-se um perigoso desincentivo para as empresas privadas e uma desilusão ética e moral no seio da sociedade.

É nesse contexto que se entende como inevitável a extensão da discussão dos programas de integridade para o âmbito estatal. Esses programas são importantíssimos para o estabelecimento de condutas probas e para o aprimoramento procedimental, gerencial e cultural dos órgãos públicos, entretanto, primeiro é preciso colocar em prática as determinações constitucionais e fazer o dever de casa, ou seja, instituir o Controle Interno com estrutura organizacional, financeira, orçamentária e capital intelectual, para então partir para etapas mais avançadas, onde se inclui os programas de integridade.

3.3. PROGRAMAS DE INTEGRIDADE COMO CULTURA ORGANIZACIONAL

A partir da estruturação de sistemas fortes de Controle Interno na Administração Pública Direta será possível pensar em programas de integridade como ferramentas indispensáveis no combate à corrupção e na melhoria da gestão.

Promover uma cultura de integridade no serviço público é uma resposta estratégica e sustentável para o aumento da confiança da sociedade no Estado e em suas instituições.

13 ALMEIDA, Luiz Eduardo de; NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. *Governança, Compliance e Cidadania*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.146.

14 CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Compliance: Perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018, p.139.

Na visão da Assessoria Especial de Controle Interno do antigo Ministério da Fazenda, atual Ministério da Economia, “integridade pública” significa

O conjunto de arranjos institucionais que visam a fazer com que a Administração Pública não se desvie de seu objetivo precípua: entregar os resultados esperados pela população de forma adequada, imparcial e eficiente (ALBRES, *apud*, CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO).¹⁵

A Lei Anticorrupção nº 12.846/2013 regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015 contemplou regras puras de *compliance* em seu texto, e, também, introduziu mecanismos de integridade, onde o risco a ser mitigado é da ocorrência da ilicitude propriamente dita, e não somente da responsabilização por ela.

De acordo com o Manual para Implementação de Programas de Integridade da Controladoria-Geral da União (Brasília, 2017), “programa de integridade é o conjunto de medidas e ações institucionais voltadas para a prevenção, detecção e remediação de fraudes e atos de corrupção”.

A diferenciação entre programa de *compliance* e de integridade é benéfica. Em regra, o programa de *compliance* objetiva o cumprimento das legislações vigentes e serve também para que os gestores públicos tenham mais controle sobre questões éticas e legais dentro das organizações, enquanto que os mecanismos de integridade tem por escopo evitarem a ocorrência do ato lesivo em si.

Sinteticamente, ambos os programas possuem objetivos similares. Eles são responsáveis por nortear os gestores e colaboradores das organizações, para que as normas, regras e a cultura de integridade sejam cumpridas.

Não é errado dizer que o programa de integridade faz parte das políticas de *compliance*. De todo modo, é importante destacar que os instrumentos de um programa de integridade abrangem diretrizes adotadas através de atividades e políticas de auditoria interna, transparência, correição, ouvidoria e prevenção à corrupção, e buscam a promoção da já mencionada cultura institucional de integridade.

Trata-se, portanto, de fazer o certo por convicção, independentemente do comando legal ou normativo aplicável. A proteção é consequência e não objetivo.

Nesse sentido, é essencial que o Estado desenvolva suas próprias estratégias internas de *compliance*, levando em consideração as prerrogativas dos órgãos Executivos, Legislativos e Judiciais, que são vitais na garantia da integridade do país, especialmente nos municípios, que são onde os cidadãos experimentam-na em primeira mão.

¹⁵ ALBRES, Hevellyn. ASSESSORIA ESPECIAL DE CONTROLE INTERNO DO EX-MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Fundamentos da Integridade Pública*. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/pmimf/frentes-de-atuacao/gestao-de-riscos/arquivos/1-mf-hevellyn-abres.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2020.

4. A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

4.1. IMPLEMENTAÇÃO DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL

O Brasil conta com mais de 5 mil municípios, responsáveis por bilhões de reais gastos em compras públicas e contratações todos os anos.

Para que haja o melhor aproveitamento possível de recursos, o gerenciamento adequado do patrimônio público, o cumprimento das metas e políticas públicas estabelecidas e a plena prestação de contas à sociedade, é imperioso, conforme abordado no texto, que os municípios brasileiros disponham de órgãos e mecanismos de controle interno efetivos e que atuem, principalmente, de forma preventiva, acautelando eventuais prejuízos à imagem e confiabilidade do Estado, aos cidadãos, aos gestores e aos programas de governo.

Dessa forma, além de monitorarem e avaliarem a regularidade dos processos, procedimentos, compras e programas municipais, esses órgãos de controle também têm como atribuição disseminarem as melhores práticas de controladoria e de uma cultura de integridade e transparência em todo o município, viabilizando a participação¹⁶ e o controle social, bem como, fomentando, sempre que possível, a criação de estruturas próprias em cada uma das secretarias municipais e órgãos públicos, observado, claro, as limitações de cada Organização.

Com a promulgação da Lei Anticorrupção, o ordenamento jurídico pátrio e as instituições de Estado vêm estimulando a estruturação de sistemas de controle interno local a fim de atingirem o maior objetivo da lei, qual seja, o combate à corrupção.

Todavia, percebe-se que a efetiva implementação dessa lei, no âmbito municipal, depende da sua regulamentação, para que seja atribuída competência administrativa concorrente aos órgãos de controle interno para apurar, processar e julgar os atos ilícitos praticados.

De acordo com os ensinamentos da advogada Renata Fonseca de Andrade (2019)

Os riscos decorrentes da atividade empresarial com o Governo e seus agentes são asseverados por natureza relacional (de um lado, o risco de integridade do órgão estatal e, de outro, o risco de *compliance* da empresa), uma vez que o funcionário público, a par de estar atrelado à regra da probidade administrativa e controles estatais, enquanto agente do poder público, pode ser influenciado na tomada de decisões em nome do Governo e alavancar transações em detrimento aos interesses do órgão ou empresa que representa. Assim, o ato de ofício ou iniciativa do ente público está vulnerável aos interesses pessoais, subjetivos do agente, e pode instrumentalizar atos ilícito e lesivos ao erário.¹⁷

¹⁶ Por exemplo, através da implementação de um sistema de ouvidoria municipal, que é fundamental para fomentar o diálogo entre a sociedade e a Administração Pública.

¹⁷ ANDRADE, Renata Fonseca de; NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. *Governança, Compliance e Cidadania*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.357.

Assim, a implementação de um sistema de controle interno e de mecanismos de transparência passiva e ativa, a publicação de um código de conduta e o estabelecimento de instâncias de auditoria, corregedoria e ouvidoria são fundamentais à Administração Pública Direta Municipal, para prevenção aos atos de corrupção no uso de recursos públicos, sem criar, entretanto, estruturas que onerem excessivamente a máquina pública.

Instituir um programa de *compliance* (e de integridade) não significa lidar com um assunto novo, mas valer-se de temas já conhecidos pelas organizações de maneira mais sistematizada. Tais programas devem não apenas constar em manuais de Controladorias Internas, mas existir sob o ponto de vista prático, para que as Pessoas Jurídicas possam, antes de negociarem e se relacionarem com o setor público, conhecer os parâmetros e as regras a serem seguidas.

Ressalta-se que um programa de *compliance* (em sentido amplo) deve ser segregado em quatro fases, perfazendo-se via implantação, desenvolvimento, monitoramento e aperfeiçoamento.

Relacionando cada uma dessas etapas com seus correspondentes objetivos, pode-se afirmar que a implantação equivale ao desejo e comprometimento da alta direção organizacional, à prevenção dos riscos e à adoção de boas práticas. O desenvolvimento refere-se à disseminação do programa, gerando uma cultura de integridade e *compliance* dentro da organização pública. Na terceira fase, o monitoramento busca detectar inconformidades administrativas, jurídicas e operacionais. E, por último, o programa deve ser continuamente aperfeiçoado.

4.2. BENEFÍCIOS DO COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL

A má gestão dos recursos por parte dos servidores públicos não prejudica apenas o desenvolvimento econômico, mas impacta também o desenvolvimento social e a qualidade de vida dos seres humanos.

A sociedade brasileira urge por organizações mais íntegras, que atendam aos anseios de maior ética nas comunidades e que tragam benefícios a todos os cidadãos e às administrações locais.

Com base nas informações e dados coletados pelo Ministério Público de Contas do Estado do Paraná, em estudo realizado no período compreendido entre o segundo semestre de 2019 e o primeiro semestre de 2020, foi possível auferir o nível de maturidade que os Municípios daquela localidade possuíam em relação a aplicação da Lei Anticorrupção nº 12.486/2013 e do Decreto nº 8.420/2015, e, também, visualizar na prática como o tema “boas práticas de governança” tem influenciado na gestão de entidades e órgãos públicos, independente do Poder Constituído que integram.

De modo exemplificativo, a fiscalização feita sobre as licitações dos Municípios Paranaenses permitiram identificar uma nova tendência nos editais das compras públicas: a incidência das cláusulas anticorrupção. Esse movimento conjunto dos Municípios em inovar nos processos licitatórios, fazendo constar nos editais de licitação cláusulas sobre práticas anticorrupção e antifraude, é considerado um aspecto positivo – dentre os vários que serão apresentados abaixo.

Em 2019, ocorreu a publicação da primeira Lei Estadual do Paraná (PR) sobre Programas de Integridade e *Compliance*, e, naturalmente, por se tratar de norma incipiente, algumas vulnerabilidades ficaram evidentes nos Municípios, que sequer tinham regulamentações específicas para utilizarem em seus órgãos públicos.

Os principais aspectos negativos diagnosticados foram a falta de capacitação dos agentes públicos; a ausência de padronização dos atos procedimentais e de controladoria entre os Municípios que, em boa parte das vezes, na figura dos servidores públicos, desconheciam a Lei Anticorrupção e/ou o Decreto acima mencionado; e, além disso, mais de 80% das cidades pesquisadas não aplicavam ou possuíam algum código de ética e conduta próprio, muito menos disponibilizavam-no nos Portais da Transparência.

Outro ponto de atenção é o caso de alguns Municípios que inserem as cláusulas anticorrupção nos editais mas somente em determinada modalidade de licitação, deixando as outras modalidades desprovidas de proteção, enquanto que o correto seria aplicá-las em todos os processos licitatórios, sem distinção.

Pois bem, diante dessas constatações, o estudo demonstrou a possibilidade de se extrair um rol de oportunidades que podem ser exploradas no setor público, como a utilização de meios legais para orientar e recomendar aos Municípios as melhorias necessárias para efetiva aplicação dos parâmetros de integridade, através de ofícios circulares, recomendações administrativas, e, principalmente, de processo legislativo ordinário.

De outra face, retomando os aspectos positivos, constatou-se no estudo que vários são os benefícios de utilizar um Programa de *Compliance* e de Integridade na gestão municipal, são eles: a eliminação ou redução significativa da possibilidade de cometimento de atos ilícitos por parte dos agentes públicos; o ganho de credibilidade com potenciais investidores, fornecedores e clientes; o aumento da eficiência e da qualidade dos serviços prestados à sociedade; a melhora nos níveis de governança; a otimização dos recursos financeiros e humanos; a fortificação da legislação que rege a temática, garantindo, assim, a prevalência da segurança jurídica; a estruturação de processos e procedimentos que mitiguem a corrupção e eventuais desvios de conduta; a melhora no ambiente de trabalho; o fortalecimento da imagem do Estado; a previsibilidade e antecipação de problemas; a padronização das atividades desenvolvidas; a aproximação dos cidadãos e da iniciativa privada com os Poderes Públicos; e, a prevalência do princípio da transparência dos atos públicos.

Certamente o *compliance* é um caminho sem volta. O resultado na aplicação de referido mecanismo na administração municipal, observadas as premissas registradas no presente artigo científico, tende a fazer com que os atos dos gestores e servidores públicos sejam mais responsáveis, eficientes e transparentes, assegurando, ainda, de forma institucionalizada, que as finalidades públicas e os interesses dos cidadãos sejam preservados, bem como garantindo economia e melhores resultados para o erário público e para a população.

Ante o exposto, o incentivo de estudos e debates sobre o tema *Compliance* é essencial no cenário fiscal, social e político que o país vive atualmente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dedicado estudo ao tema, viu-se o instituto do *Compliance* aplicado na seara da Administração Pública Direta, em especial, nos municípios brasileiros, como instrumento de controle inteligente, profissional, voltado para ideias de governança, qualidade de gestão e que tem como objetivo garantir a entrega dos resultados esperados pela população de forma adequada, imparcial e eficiente.

Demonstrou-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu bojo normativas básicas sobre os controles externo e interno da Administração Pública, as quais devem ser observadas por todos os entes federativos. No entanto, a experiência prática tem demonstrado que as medidas previstas não só na Constituição Federal, mas também em legislações de nível federal, são insuficientes para coibir atos de corrupção e mau uso de verbas públicas nos Estados e Municípios.

Por conta disso, cresce uma corrente que pretende adotar nas práticas administrativas dos Poderes Públicos o *Compliance*. Aludido instituto é essencial para identificar e eliminar práticas lesivas dentro de um órgão prestador de serviços públicos, de modo a uniformizar etapas, processos e procedimentos administrativos internos, tornando-os críveis diante de uma fiscalização. Este é um modo de minimizar casos de corrupção, até mesmo em contratações públicas.

Considerando os aspectos relevantes do *Compliance* dispostos no texto, conclui-se que as medidas de controle interno são uma das ferramentas para que as condutas dos agentes e servidores públicos estejam alinhadas com os princípios basilares da Administração Pública e com todo o ordenamento jurídico vigente.

Notadamente, o *compliance* representa um ganho de transformação no sentido de introjeção de uma cultura de integridade nas empresas e no setor público. Para que haja a internalização da cultura de integridade, o olhar organizacional deve ser muito mais proativo do que eminentemente reativo, sendo um agregado importante aos programas de integridade e *compliance* a presença de regulamentação específica em todos os níveis governamentais.

Por fim, ousa-se afirmar que a implementação do *Compliance* na área pública é uma questão de necessidade e obrigação do Estado, haja vista ser inaceitável que os servidores públicos e a iniciativa privada continuem a abusar de práticas nocivas à Administração Pública brasileira, prejudicando toda à sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **Compliance: Perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. **Governança, Compliance e Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ARTIGOS JURÍDICOS

ABRAMO, Mayara. **Compliance: a importância para o mundo corporativo**. S2 Consultoria. Artigo Jurídico publicado em: 30 de julho de 2017. Disponível em: <https://s2consultoria.com.br/compliance-para-o-corporativo/>. Acesso em: 6 de abril de 2020.

BRAGHINI, Aline Cristina. **A Importância do compliance e programa de integridade na atualidade**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Artigo Jurídico publicado em: 23 de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-23/aline-braghini-importancia-compliance-programa-integridade>. Acesso em: 28 de abril de 2020.

FUJINO, Nelson Kenzo Gonçalves. **Advogado é profissional adequado para a função de compliance officer**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Artigo Jurídico publicado em: 20 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-20/nelson-kenzo-advogado-compliance-officer>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

MARTINEZ, André Almeida Rodrigues. **Compliance no Brasil e suas origens**. Artigo Jurídico publicado no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial (IBDEE) em: 18 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.ibdee.org.br/compliance-no-brasil-e-suas-origens/>. Acesso em: 7 de abril de 2020.

MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. **Protocolos de compliance na administração pública e a necessária descorruptão**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Artigo Jurídico publicado em: 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-20/grace-mendonca-protocolos-compliance-administracao-publica>. Acesso em: 17 de abril de 2020.

NASCIMENTO, Débora Minuncio. **Evolução Histórica e Legislações Acerca do Compliance**. Plataforma Jus Brasil. Artigo Jurídico publicado em: 2019. Disponível em: <https://advocaciadeboramn.jusbrasil.com.br/artigos/700763578/evolucao-historica-e-legislacoes-acerca-do-compliance>. Acesso em: 13 de abril de 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica. **Compliance na Administração Pública**. Periódico GEN Jurídico. Artigo Jurídico publicado em: 31 de julho de 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/07/31/compliance-na-administracao-publica/>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

REVISTAS ELETRÔNICAS, NOTÍCIAS E OUTROS MATERIAIS

ASSESSORIA ESPECIAL DE CONTROLE INTERNO DO EX-MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Fundamentos da Integridade Pública**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/pmimf/frentes-de-atuacao/gestao-de-riscos/arquivos/1-mf-hevellyn-abres.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2020.

CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Guia da Política de Governança Pública**. Material publicado em: 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/documentos/guia-de-politica-de-governanca-publica/guia-menor-casadas.pdf>. Acesso em: 17 de abril de 2020.

CONSELHO FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO (CFA). **Como e quando surgiu o Compliance**. Revista Brasileira de Administração, ano 30, nº 133, páginas 34-35. Matéria publicada em: novembro de 2019. Disponível em: <https://online.flippingbook.com/view/754019/34/>. Acesso em: 7 de abril de 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. **Livro reúne o que há de mais importante sobre compliance, diz ministro Barroso.** Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Matéria publicada em: 15 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-15/livro-reune-importante-compliance>. Acesso em: 6 de abril de 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. **8 estados e 17 capitais ainda não regulamentaram Lei Anticorrupção.** Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Matéria publicada em: 29 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-29/estados-17-capitais-nao-regulamentaram-lei-anticorrupcao>. Acesso em: 8 de abril de 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA PREFEITURA DE SÃO PAULO. **Programa de Integridade – Controladoria Geral do Município de São Paulo.** Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/controladoria_geral/Guia.pdf. Acesso em: 28 de abril de 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual para Implementação de Programas de Integridade – Orientações para o setor público.** Material publicado em: julho de 2017. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf. Acesso em: 28 de abril de 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Riscos à Integridade na CGU – Procedimentos e Análises.** Material publicado em: 27 de março de 2019. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41668/5/Apresentacao_riscos_a_integridade_na_CGU.pdf. Acesso em: 28 de abril de 2020.

ENDEAVOR BRASIL. **Prevenindo com o Compliance para não remediar o caixa.** Matéria publicada em: 21 de julho de 2015. Disponível em: <https://endeavor.org.br/pessoas/compliance/>. Acesso em: 28 de abril de 2020.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ENAP). **Enap Entrevista: Especialista fala sobre o conceito de compliance na Administração Pública.** Matéria publicada em: 24 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.enap.gov.br/pt/noticias/enap-entrevista-especialista-fala-sobre-o-conceito-de-compliance-na-administracao-publica>. Acesso em: 17 de abril de 2020.

FERRAZ, Sérgio. **O controle da Administração Pública na Constituição de 1988.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: abril de 1992. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45106/47878>. Acesso em: 7 de abril de 2020.

FÓRUM DE COMBATE A CORRUPÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO. **Cartilha da Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/13.** Material publicado em: 2016. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/FOCCOSP/Cartilha/Cartilha_ANTI_Corrupcao.pdf. Acesso em: 28 de abril de 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. **Projeto de Pesquisa – Lei Anticorrupção e Programas de Integridade.** Material publicado em: 29 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.mpc.pr.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/PROJETO-ANTICORRUP%C3%87%C3%83O-E-PROGRAMAS-DE-INTEGRIDADE.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2020.

RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO DA OCDE SOBRE INTEGRIDADE PÚBLICA. **Integridade Pública.** Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>. Acesso em: 7 de abril de 2020.

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **MPF defende boas práticas de ética e integridade aplicadas à administração pública no combate à corrupção.** Matéria publicada em: 17 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-defende-boas-praticas-de-etica-e-integridade-aplicadas-a-administracao-publica-no-combate-a-corrupcao>. Acesso em: 6 de abril de 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial Básico de Governança – Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública. 2ª versão.** Material publicado em: 2014. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24F0A728E014F0B34D331418D>. Acesso em: 17 de abril de 2020.

UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO. **70 Medidas Contra a Corrupção.** Disponível em: <https://unidoscontraacorrupcao.org.br/>. Acesso em: 24 de abril de 2020.

LEGISLAÇÕES

BRASÍLIA. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 7 de abril de 2020.

BRASÍLIA. **Decreto Federal nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 10 de abril de 2020.

BRASÍLIA. **Decreto Federal nº 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. Acesso em: 10 de abril de 2020.

BRASÍLIA. **Decreto nº 10.109, de 7 de novembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10109.htm. Acesso em: 7 de abril de 2020.

BRASÍLIA. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 7 de abril de 2020.

BRASÍLIA. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 10 de abril de 2020.

BRASÍLIA. **Resolução nº 2.554, de 24 de setembro de 1998, do Banco Central do Brasil**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res_2554_v3_P.pdf. Acesso em: 7 de abril de 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Legislação de Integridade**. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/legislacao>. Acesso em: 7 de abril de 2020.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, CASA CIVIL. **Biblioteca: Governança**. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/biblioteca>. Acesso em: 7 de abril de 2020.

**A CONTABILIDADE E O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTOS
NECESSÁRIOS PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO E À BOA GOVERNANÇA**
**ACCOUNTING AND COMPLIANCE AS INSTRUMENTS NECESSARY FOR
COMBATING CORRUPTION AND GOOD GOVERNANCE**

Lauro Ishikawa¹
Moises Maciel²

artigos
científicos

RESUMO

Após a Convenção das Nações Unidas Contra Corrupção, da qual o Brasil é signatário, e uma grande pressão social, algumas legislações surgiram trazendo instrumentos para diminuir os níveis de corrupção generalizada e, dentre eles, encontra-se o *compliance*. Recomendado pela lei anticorrupção brasileira e imposto pela lei Sapin II (na França) - por exemplo - o *compliance* tem servido, não apenas como mecanismo de combate à corrupção como, também (e até por isso), como instrumento de valorização institucional, visto proporcionar meios para a garantia de uma boa e eficaz governança pública e corporativa. Todavia, para que o *compliance* alcance o objetivo para o qual foi criado, é preciso que se observe com rigor, dentre outras, as normas e os instrumentos contábeis, de maneira que não é possível alcançar êxito, ao usar o *compliance* como instrumento de combate à corrupção, se este não for aplicado em conjunto com a observância de uma contabilidade internacional séria, rigorosa e comprometida. Esse estudo tem, por objetivo, demonstrar a importância da contabilidade na aplicação do *compliance*, em busca de uma boa governança, de fato. É utilizado o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, legislação nacional e estrangeira e decisões de ordem administrativa e judicial.

PALAVRAS CHAVE: contabilidade; compliance; combate à corrupção; boa governança.

ABSTRACT

Following the United Nations Convention against Corruption, of which Brazil is a signatory, and with great social pressure, some legislation has come up with instruments to reduce the levels of widespread corruption, among which is compliance. Recommended by Brazilian anti-corruption law and enforced by the Sapin II law (in France) - for example - compliance has served not only as a mechanism to combat corruption but also (and even for that), as an instrument of institutional means

¹ Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; pós-doutor pela Universidade de Salamanca, Espanha; professor da graduação em Direito, professor e coordenador adjunto do programa de pós-graduação stricto sensu da Faculdade Autônoma de Direito - FADISP, São Paulo; bolsista da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular - FUNADESP, Brasília; advogado em São Paulo.

² Mestre e doutorando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, SP, Brasil; graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim, Cachoeiro de Itapemirim, ES, Brasil; especialista em Direito processual pela Universidade da Amazônia, Manaus, AM, Brasil; especialista em Direito público pela Faculdade Damásio de Jesus, São Paulo, SP, Brasil; exerce o cargo vitalício de Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, atua no Tribunal Pleno como Conselheiro Interino; é instrutor e palestrante da Escola Superior de Contas do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, MT, Brasil; exerceu o mandato de coordenador da Rede de Controle da Gestão Pública do Estado de Mato Grosso (2016) e foi eleito vice-presidente da Associação Nacional dos Ministros e Conselheiros Substitutos dos Tribunais de Contas do Brasil; atualmente é Superintendente Geral da Escola de Contas do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, MT, Brasil; é conferencista, palestrante e debatedor em eventos científicos de renome nacional e internacional.

of ensuring good and effective public and corporate governance. However, in order for compliance to achieve the objective for which it was created, it is necessary to strictly observe, among other things, the accounting standards and instruments, so that it is not possible to achieve success by using compliance as a means of combat to corruption if it is not applied in conjunction with a serious, rigorous and committed international accounting system. This study aims to demonstrate the importance of accounting in the application of compliance, in search of good governance, in fact. The deductive method is used, with bibliographical research, national and foreign legislation, and administrative and judicial decisions.

KEYWORDS: accounting; compliance; combating corruption; good governance.

1. INTRODUÇÃO

Há uma espécie de “despertamento político-social”, por meio do qual a sociedade voltou a demonstrar interesse e preocupação com temas como corrupção e seu combate e, conseqüentemente, sustentabilidade, políticas públicas, transparência, governança, exercendo pouco a pouco o seu papel na fiscalização dos agentes públicos, passando a exigir destes, cada vez mais, um comportamento íntegro pautado na ética.

Acautelando-se ao expressivo despertar social, somado às pautas éticas dispostas em documentos de Organizações Internacionais (em especial, a ONU), com características de verdadeiras autoridades supranacionais, as instituições públicas foram paulatinamente internalizando uma reestruturação que buscasse, não só atender a esse clamor social como também reconquistar a confiança perdida, pelo mau uso do poder público durante tantos anos.

O custo da corrupção é muito alto e a sociedade entendeu seu papel nesse contexto e, como decorrência dessa “pressão social”, algumas Leis foram editadas para combater tão fenômeno. Dentre elas, a mais marcante é a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que trouxe em seu corpo a *recomendação* para que as empresas passem a adotar, entre outras medidas anticorrupção, programas de integridade: o *compliance*.

Instituto ainda pouco conhecido no Brasil, o estudo do *compliance* merece atenção por seu caráter inovador de fomento a um comportamento ético e comprometido com a transparência, revelando uma perspectiva nova de buscar enfrentar diretamente a corrupção a fim de romper esse círculo que há tempos assola o país.

O presente estudo aborda o *compliance*, como verdadeira ferramenta anticorrupção, um novo fôlego para a economia nacional, procurando explicar como funciona e pode ser aplicado; para tanto, ao analisar o impacto deste novo instituto como pressuposto para a boa governança pública e corporativa, demonstra ainda que o programa de *compliance*, por mais bem intencionado que possa estar, não terá a mesma eficácia caso não venha acompanhado de uma fiel e clara contabilidade.

Pode-se afirmar que a contabilidade e o *compliance* devem caminhar unidos e ligados no combate à corrupção.

Inicia-se o estudo abordando o tema contabilidade de modo a traçar algumas noções jurídicas gerais; segue-se analisando o programa de *compliance*, seus benefícios e espécies e abordando de forma mais cuidadosa o *compliance* no setor público para, enfim, tratar a questão da boa governança a fim de demonstrar a necessidade da boa aplicação destes dois institutos na garantia de uma governança pública e corporativa, de fato, boa e eficaz.

2. A CONTABILIDADE: NOÇÕES GERAIS

Classificada como uma ciência social aplicada, a contabilidade não possui uma linguagem homogênea, sofrendo alterações conforme o país, visto ser fortemente influenciada pelo meio em que se encontra inserida.

Atualmente, em decorrência de fatores como a globalização (que ampliou o alcance das informações, aproximando as sociedades e nações no âmbito econômico, social, cultura e político, integrando o mercado, expandindo os negócios e possibilitando que diversos pontos do planeta pudessem compartilhar características comuns com total troca e liberdade de informações e quebra de fronteiras), o aumento da corrupção (um dos efeitos negativos da globalização) e uma maior conscientização social que, por consequência passou a exigir dos responsáveis pela gestão pública, bem como a corporativa, prestações de contas tempestivas e transparentes e, um comportamento mais comprometido com a ética, com a integridade.

É necessário repensar a forma de administrar o patrimônio público ou corporativo. A sociedade não tolera mais informações vagas e imprecisas. Tudo isso, somado ao fato de que, hoje, o fenômeno da globalização “encurtou” o mundo, (a internacionalização das empresas de grande porte provocou fusões e aquisições empresariais em vários países), repercutiu de uma forma que se tornou premente a necessidade de uniformizar a linguagem contábil, a fim de definir uma linguagem padrão de modo a não se transformar as demonstrações financeiras em uma espécie de Torre de Babel empresarial.

A contabilidade internacional surge desse modo, como uma maneira de alinhar a linguagem contábil, com normas que possibilitem que operações na área da contabilidade possam se tornar transparentes e, portanto, confiáveis e tornou-se importante, no Brasil, a partir da criação da Bolsa de Valores e da vinda de capital estrangeiro ao mercado nacional.

Renata Freitas Camargo assevera a respeito:

[...] a contabilidade internacional define métodos em que a área contábil possa se adaptar a um contexto internacional. Portanto, ela é estruturada a fim de adaptar relatórios tomando como base as normas contábeis vigentes em cada país³.

3 CAMARGO, Renata Freitas de. *Contabilidade Internacional: como as IFRS (Normas Internacionais de Contabilidade) resolvem “Torre de Babel” da comunicação contábil e financeira*. 23 de Mar. 2017. Disponível em <https://www.treasy.com.br/blog/o-que-e-contabilidade-internacional-irfs/>. Acesso em 14 Mar. 2019.

Com esse escopo, a estrutura da Contabilidade Internacional envolve alguns princípios basilares, dentre os quais destacamos: 1. Fornecer informações sobre resultados e posição financeira que sejam de utilidade a investidores, fornecedores, clientes, empregados, etc. 2. Clareza, confiabilidade, relevância, comparabilidade e equilíbrio ao preparar demonstrações financeiras. 3. Elementos de demonstração financeira incluem o Balanço Patrimonial, demonstração do fluxo de caixa, demonstração de resultado, notas e divulgações incluindo informações por segmento de negócio. 4. Princípios de avaliação das demonstrações financeiras devem ter os elementos: custo corrente, custo histórico, valor realizável e valor presente. 5. Critérios de reconhecimento das receitas e despesas, e ativos e passivos.

Dentre os benefícios da adoção das normas de contabilidade internacional encontram-se a facilidade das análises comparativas dos balanços financeiros entre as instituições nacionais e estrangeiras, auxiliando, dessa forma, na avaliação do desempenho das empresas, em uma visão mundial.

A exigência de adoção de um sistema de contabilidade é disposta no art. 1.179 Código Civil, e todo empresário, assim como a sociedade empresária, estão obrigados não só a escriturar em livros de acordo com a respectiva documentação, como também a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico - excetua-se o pequeno empresário (§2º).

Como se vê, a liberdade no exercício da atividade empresarial, conquanto garantida no parágrafo único do art. 170, da Constituição Federal de 1988, recebe seu respectivo regramento compulsório que altera o comportamento dos sócios em relação uns aos outros e em relação à própria sociedade, pois a manutenção de um sistema de contabilidade e a aprovação anual das contas da administração constituem obrigação comum ao qual o empresário não se desvincula. Dito de outra forma, a forma de como se administra uma empresa e o relacionamento entre os sócios possuem uma liberdade, entre aspas, vigiada.

No Brasil, a regulamentação se dá por meio do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), através das Normas Brasileiras de Contabilidade.

A convergência no Brasil iniciou com a publicação da Lei nº 11.638 de 2007 e, dois anos depois, com a resolução CFC nº 1.156, tais normas começaram a seguir os padrões internacionais contidos nos *"International Financial Reporting Standards"* publicados pelo *"International Accounting Standards Board"* e, neste sentido, a partir de 2010, todas as empresas tornaram-se obrigadas a elaborar os seus demonstrativos financeiros em consonância com tais normas.

Contudo, embora haja exigência de um sistema de contabilidade, a mera escrituração pode não corresponder à lisura do agir empresarial. Justamente nesse ambiente lacunoso é que o *compliance* se revela importante instrumento para iluminar os espaços obscuros que oportunizam a prática de atos ilícitos e corruptos.

3. O COMPLIANCE: NOÇÕES JURÍDICAS GERAIS

Originária do latim “*complere*”, que indica vontade de fazer o que foi pedido, ou de agir ou estar em concordância com regras, normas e condições, em uma tradução mais simplista, a palavra *compliance* enseja conformidade, observância, executar de acordo, realizar o que foi imposto, de maneira que “*ser compliance*” indica agir de acordo.

Trazendo a palavra para o contexto da Administração Pública, significa “*fazer cumprir regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição*”⁴ e, neste aspecto, necessário se faz conhecer as normas institucionais para que se possa agir em conformidade com elas, de modo a afirmar que o *compliance* constitui uma obrigação individual do colaborador na instituição em que se encontra inserido.

Importa também ressaltar que quando se afirma que o *compliance* indica agir conforme as regras, é superficial o conceito que defina tratar apenas de leis, normas e regulamentos; deve-se entender além, como sendo agir conforme princípios de integridade, valores morais e éticos, imprescindíveis atualmente para a preservação da boa imagem e da reputação da instituição e, portanto, da manutenção da confiança do mercado.

Destarte, para alcançar o fim que almeja, é preciso uma soma de esforços no sentido de observar as leis e regulamentos institucionais, não olvidando do comprometimento com a ética e a boa conduta, de modo a preservar a probidade no trato institucional e a confiança nos relacionamentos.

Nesse sentido, são muitas as formas de *compliance* que podem ser adotadas, dependendo da amplitude, setor e atividade envolvidos: *compliance* empresarial (em geral) voltado para a regulação tributária, ambiental, criminal, ou consumerista, dentre outros. É fato incontroverso que a existência de um programa bem estruturado de *compliance* constitui uma forte garantia de proteção da corporação, reduzindo as possibilidades de responsabilização cível, criminal, administrativa e preservando a boa reputação e a boa imagem perante a sociedade, em geral, e aos *stakeholders*, em particular.

Sua finalidade, em poucas palavras, consiste em fomentar a prática de observância das normas e regulamentos institucionais, internalizando as condutas éticas desde o alto comando e, em especial, partindo dele, passando por todo o corpo de colaboradores, atingindo os parceiros com quem mantém relacionamento, de maneira a minimizar as possibilidades de ilícitos institucionais.

Portanto, mais do que a proteção frente aos riscos existentes, os Programas de Compliance impulsionam as empresas a assumirem um papel central na mudança da cultura do país. Os seus princípios vão permeando a força de trabalho. Criam um orgulho natural nas pessoas, que os disseminam nos seus círculos privados, familiares, amigos,

4 BLOK, Marcella. *Compliance e Governança Corporativa* – Atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.241/2015. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2017. p. 15.

vizinhos e conhecidos. Outras instituições adotam a mesma referência e, paulatinamente, as lacunas para os desvios vão se fechando.⁵

“Entende-se que a sociedade tem algo a ganhar se for criado um incentivo para que as próprias empresas sejam parcialmente responsáveis por garantir o cumprimento da legislação”⁶; de fato, atualmente não há como negar a importância de um programa de *compliance* tendo em vista que, além das razões supra mencionadas e, até mesmo por elas, a existência deste programa agrega valor à instituição e colabora para manter sua reputação, sustentando sua identidade (visão, missão e estratégia), além de garantir uma publicidade positiva de sua imagem e de disseminar boas práticas.

Na origem, o *compliance* remonta as leis internacionais (a americana FCPA –*Foreign Corrupt Practices Act* e a inglesa *UK Bribery Act*) criando a exigência às empresas que apresentassem um programa geral de adequação de suas normas e práticas a certos marcos legais comuns. Tal exigência resultou de alguns escândalos de corrupção que ganharam notoriedade⁷, acabando por popularizar a palavra *compliance*.

Alguns elementos são imprescindíveis para que o programa de *compliance* alcance o fim almejado: o comprometimento da alta administração (comprovando o chamado *walkthetalk* ou “faça ou que eu faça”); o comprometimento com a ética; a criação de políticas, procedimentos e controles de referência; a aplicação de um programa de comunicação, treinamento e sensibilização que seja efetivo; a avaliação, o monitoramento e a auditoria, de maneira a assegurar sua efetividade; bem como de medidas disciplinares adequadas e ações corretivas pertinentes (transparência e responsabilidade social); a adequação na delegação das responsabilidades e, por fim, uma contínua e crescente busca por melhoria e, pelo exposto é possível identificar três pilares básicos, que sustentam um eficiente e eficaz programa de *compliance*: prevenir, detectar e corrigir.

Mas a “pedra fundamental” consiste, mesmo, em um código de conduta que, obrigatoriamente, reflita os princípios e valores institucionais, acompanhado das políticas, procedimentos e normas internas a fim de definir, objetivamente, o papel de cada um dentro da instituição, auxiliando estrategicamente, a manutenção do programa de *compliance*, razões pelas quais importa investir, ainda, em conscientização.

A importância do *compliance* atualmente, justifica, por si só, a recomendação (posto não se tratar de uma obrigatoriedade) contida na Lei Anticorrupção Brasileira (nº 12.846/2013) para a adoção de programas de *compliance* (algo que a doutrina classifica como inédito em termos de lei), como forma de prevenção ao descumprimento de normas institucionais.

5 GIOVANINI, Wagner. *Programas de Compliance e Anticorrupção: Importância e Elementos Essenciais*. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges e CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção – Integridade para o Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 54.

6 MENDES, Francisco Schertel. *Compliance: concorrência e combate à corrupção*/Francisco Schertel Mendes, Vinícius Marques de Carvalho. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 31.

7 The 10 worst corporate accounting scandals of all time. Disponível em: <https://www.accounting-degree.org/scandals/>. Acesso em 13 Mar. 2019.

Para o BACEN:

é assistir os gestores no gerenciamento do risco de compliance, que pode ser definido como o risco de sanções legais ou regulamentares, perdas financeiras ou mesmo perdas reputacionais decorrentes da falta de cumprimento de disposições legais, regulamentares, códigos de conduta etc⁸.

Neste diapasão insta esclarecer que “estar em *compliance*” não significa estar isento de práticas corruptas e fraudes, tampouco significa marketing institucional. “Estar em *compliance*” significa estar de acordo com as normas; significa cumprir o que determina a lei; significa adotar postura ética no que concerne àqueles que com ele se relacionam; significa ser transparente. E a consequência de tudo isso logicamente é o reconhecimento social, a confiança da sociedade.

Um programa de *compliance* importa em organização interna institucional que inclui, dentre outras coisas: criação de normas, fiscalização, auditoria, incentivo a denúncia de irregularidades (e obviamente a criação e manutenção de um canal para tal), elaboração e aplicação de um código de condutas e, como não poderia deixar de ser, a promoção de campanhas de comunicação e divulgação destes. Pelo que, como se pode constatar, trata-se de um trabalho que requer constante manutenção, ainda que inexistam qualquer histórico de conduta inapropriada, já que sua função primeira é prevenir.

A doutrina apresenta, como elementos básicos e necessários de todo programa de *compliance*: 1. O comprometimento da alta direção; 2. A criação de políticas, procedimentos e controles de referência para o *compliance*; 3. A aplicação de um programa efetivo de comunicação, treinamento e sensibilização; 4. A avaliação, monitoramento e auditoria para assegurar a efetividade do programa; 5. A aplicação adequada das medidas disciplinares e ações corretivas pertinentes; 6. A adequação na delegação das responsabilidades e, por fim, 7. A melhoria contínua⁹.

E dentre as suas principais ferramentas citamos: 1. Um processo de comunicação e informação – mediante reportes periódicos, contatos proativos com os órgãos reguladores e, ainda, a confiabilidade das informações; 2. O monitoramento das normas externas – por meio do acompanhamento permanente (risco regulatório), a análise do impacto da norma e a adequação das operações e normas internas; 3. O monitoramento das normas internas – estabelecendo um padrão normativo, com treinamento em redação de normas e a definição das diretrizes; 4. Políticas Corporativas – através de princípios de caráter geral, orientação, revisão periódica e ampla divulgação. 5. Código de Ética e Código de Conduta – com definições de padrões éticos e de conduta claros e objetivos, fornecendo a orientação e divulgação necessárias, estabelecendo um comitê de ética e um canal de denúncias; 6.

8 BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Auditoria Interna e Compliance na visão do BACEN: Perspectiva e Responsabilidade*. 8º Congresso FEBRABAN de Auditoria Interna e Compliance, 2007. Disponível em http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf. Acesso em 13 Mar. 2019.

9 DE PAULA, Marco Aurélio Borges; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Compliance, Gestão de riscos e combate à corrupção*. Integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Forum, 2018.

Programa de Prevenção à Lavagem de Dinheiro (PLD), pela designação de um diretor responsável, a definição de políticas e diretrizes, o monitoramento de transações suspeitas e a criação de um comitê que analise os casos que surgirem, reportando-os ao setor responsável; 7. Gerenciamento de riscos – através de identificação, avaliação e monitoramento, bem como a definição de controles, a comunicação e gestão integradas. 8. Metodologia de avaliação de riscos – por meio da autoavaliação, utilizando uma matriz de risco de *compliance*, análise de produtos e de processos e revisões periódicas; E outras ferramentas mais, tais como o uso de novos produtos, a disseminação da cultura, programas de treinamentos, sistemas de controle interno, criação de uma equipe de agentes de *compliance*, dentre outras.

Importante reiterar que a criação, e manutenção, de um sistema claro e objetivo de denúncia e investigação (com fins a apurar desvios de conduta, que possam, de fato, ocorrer), é indispensável para apurar o eficaz cumprimento das normas do programa.

3.1. ESPÉCIES DE COMPLIANCE: BENEFÍCIOS NA SUA IMPLEMENTAÇÃO

Dentre os benefícios de adotar programas de *compliance*, destacam-se: a prevenção (evita imposição de sanções), ressaltando que não há receita para imunidade completa, o que se tenta é minimizar, educando os profissionais no sentido de agir conforme as normas; a redução das penalidades (posto demonstrar boa-fé por parte daqueles que implementam esse programa); a facilitação de acordos (leniência, delação, TCC etc), por ser um auxílio na identificação dos ilícitos, possibilitando que se noticie a infração às autoridades pertinentes e fornecendo as informações necessárias, de modo a cooperar nas investigações e, por fim, o impacto positivo, que a implantação e manutenção de um programa de *compliance* gera, na reputação da empresa.

De uma forma mais clara e objetiva, a adoção de programas de *compliance* melhora a imagem da instituição e a produtividade e, como consequência atrai mais talentos, gera maior facilidade na captação de recursos e menor riscos jurídicos e financeiros.

Neste passo é possível vislumbrar alguns aspectos fundamentais do programa de *compliance* como, por exemplo, uma regulamentação clara, exequível e bem propagada, ao lado de capacitações e cursos que estimulem, desenvolvam e resgatem conceitos sobre ética, moral e integridade, em busca de conscientização e engajamento (funcionam melhor do que a simples imposição). A transparência como uma ferramenta de divulgação e monitoramento das informações públicas também é um aspecto a ser considerado e o mesmo se dá com a liberdade para a investigação e o julgamento de casos de corrupção.

Pelo que importa, ainda, afirmar que a missão do *compliance* consiste em assegurar e, mais do que isso, fortalecer os sistemas de controle interno das instituições, em busca de reduzir os riscos, assegurando o cumprimento das normas e regulamentos institucionais, além de orientar e conscientizar as instituições a respeito das condutas que poderão prejudicar sua imagem e reputação.

No que concerne às suas funções, podem ser citadas as seguintes características:

- Ter autoridade necessária para atingir os objetivos de compliance da instituição: relatório independente com acesso ao Conselho e à Alta Administração, desenvolvendo atividades de compliance sem intervenção e veto de outras áreas;
- Avaliar de forma geral a governança corporativa, gestão de riscos e os controles na organização: trabalho focado na gestão integrada de riscos da instituição e orientado para a sua estratégia;
- Zelar pela ética/conduita na organização de forma abrangente;
- Avaliar o impacto da regulamentação no negócio, para entender melhor os riscos envolvidos versus a relação custo/benefício de alterações necessárias de processos/sistemas/produtos;
- Desenvolver contatos pró-ativos com órgãos reguladores e/ou por intermédio de entidades de classe;
- Desenvolver um trabalho cada vez mais próximo da área de negócio, aumentando conhecimentos relacionados a negócios e produtos;
- Participar pró-ativamente e preventivamente na aprovação dos riscos de novos produtos/processos e respectivas alterações.

Como retro-afirmado, tamanha é a sua importância e aceitação social que, atualmente, há diversas modalidades de *compliance*, podendo ser mais ou menos amplos conforme a atividade ou o setor desenvolvido pela instituição. Alguns exemplos como desdobramento do *compliance* empresarial: 1. O *compliance* tributário (como um conjunto de medidas que garante conformidade nos processos diários, tais como tributos a serem pagos e documentação a ser entregue); 2. O *compliance* ambiental (busca adoção de ações com o fim de prevenir multas ambientais, por exemplo, e de garantir a sustentabilidade); 3. O *compliance* consumerista (em busca de criar procedimentos internos a fim de evitar a fraude corporativa que atinge o direito dos consumidores); 4. O *compliance* criminal (um importante mecanismo de prevenção e combate a alguns crimes, principalmente no que concerne ao sistema financeiro nacional, como o crime de corrupção – no sentido amplo – e, nesta senda, constata-se que é muito menos complexo adotar mecanismos de integridade e *compliance*, do que reformar todo o sistema penal brasileiro), dentre outros.

Assim sendo, a existência de um programa bem estruturado de *compliance* constitui uma garantia de proteção da empresa, bem como de seus dirigentes, com relação à prática de delitos, reduzindo as possibilidades de responsabilização criminal, bem como preservando a reputação com relação a opinião pública.

3.2. O COMPLIANCE NO SETOR PÚBLICO

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, reconheceu que “a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos”¹⁰; de maneira que a luta contra a corrupção é, atualmente, fundamental para resguardar os direitos dos indivíduos

¹⁰ Assembleia Geral da ONU. “Declaração Universal dos Direitos Humanos”. 217 (III) A. Paris, 1948. <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em 13 Mar de 2019.

e sua dignidade pessoal, posto que a submissão à miséria, sem que se possa vislumbrar a satisfação das necessidades básicas e elementares de sobrevivência humana, constitui desrespeito a dignidade da pessoa e a mais absoluta negação da liberdade humana.

Sem falar que o custo da corrupção para os cofres públicos, no Brasil tal percepção é imensa e sofrível, razão pela qual Livianu¹¹ assegura que o combate à corrupção precisa passar por uma verdadeira reforma política, mediante uma rigorosa fiscalização e total transparência nas negociações de modo que o controle da corrupção exige, ainda, um grande e prolongado esforço, por parte não só da sociedade como, também, de seus governantes, em prol de uma mudança de cultura, uma verdadeira “*metanoia*” (mudança de mente).

Apenas a título de ilustrar a argumentação supra exposta, o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) é o órgão de controle que pune as empresas listadas nas bolsas dos EUA e que tenham se envolvido em corrupção (propina) no exterior. O envolvimento em casos de corrupção tem consequências devastadoras para as grandes empresas¹².

Reagindo e acenando ao cenário internacional, o governo federal brasileiro, através do Decreto nº 9.203/2017, aplicou a política de integridade aos órgãos do Poder Executivo e, simultaneamente, enviou ao Congresso o projeto de Lei nº 9163/2017 que estende a ação a todos os poderes da União, incluindo estados e municípios.

A CGU irá coordenar o Programa de Integridade do Governo Federal. O decreto prevê o prazo de seis meses para o órgão de controle interno estabelecer procedimentos necessários à estruturação, à execução e ao monitoramento dos órgãos e entidades. A iniciativa tem por objetivo a promoção e adoção de medidas institucionais voltadas à prevenção, detecção, punição e remediação de fraudes e atos de corrupção. O resultado almejado com a Política de Governança é aumentar a qualidade da gestão pública e a excelência na prestação de serviços. Nesse sentido, a CGU também está responsável pela condução de ações estratégicas que reduzam insucessos e desvios no âmbito do Poder Executivo Federal, a fim de garantir uma execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz. Uma das principais ações é o monitoramento, junto à alta administração dos órgãos e entidades, de medidas de criação, manutenção e aprimoramento dos sistemas de gestão de riscos e integridade.

Esse Decreto atribui papel de destaque à auditoria interna governamental, no sentido de adicionar valor e melhorar as operações das organizações, mediante avaliação sistemática dos processos de gerenciamento de riscos, dos controles e da governança.

11 LIVIANU, Roberto. *Corrupção*: Incluindo a nova Lei Anticorrupção. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

12 Em 2016 o FCPA aplicou pesada multa a diversas empresas, conforme o ranking publicado no site da FCPA, entre elas: Siemens (Germany): \$800 million in 2008; Alstom (France): \$772 million in 2014; KBR / Halliburton (USA): \$579 million in 2009; Teva Pharmaceutical (Israel): \$519 million in 2016; Odebrecht / Braskem (Brazil): \$419.8 million in 2016; Och-Ziff (USA): \$412 million in 2016; BAE (UK): \$400 million in 2010; Total SA (France) \$398 million in 2013; VimpelCom (Holland) \$397.6 million in 2016; Alcoa (USA) \$384 million in 2014. Devido às investigações da Operação Lava Jato, a Rolls Royce já pagou US\$26 milhões ao Brasil e ainda vai pagar US\$169,9 milhões ao Departamento de Estado dos EUA e 497,3 milhões de libras (US\$603,5 milhões) à autoridade contra fraudes e corrupção do Reino Unido (FCPA – Foreign Corrupt Practices Act. Dez principais – Maiores sanções monetárias dos EUA por grupo de entidades. Disponível em <http://fcpa.stanford.edu/statistics-top-ten.html>. Acesso em 15 Mar. 2019).

No que concerne ao *compliance* público, contudo, Marcus Vinicius Braga assevera que

[...] no mercado os agentes privados que não são eficientes tendem a desaparecer pela concorrência e temos a Regulação/Compliance funcionando como freio para as suas externalidades negativas. No setor público, a regulação busca dimensões de conformidade e desempenho que coexistem, e nesse sentido, a Administração Pública precisa transcender somente a discussão de Compliance, como preconizado para o setor privado, agregando a esta uma dimensão finalística, de igual estatura, no contexto dos riscos de uma Política Pública não lograr êxito. Portanto, apenas adotar uma cultura Compliance, com intuito de criação de controles do cumprimento legal, não nos parece ser suficiente para elevar o grau de eficiência da ação do Estado, ao revés, com o risco de se adotar unicamente esses mecanismos para a atuação pública, sendo bem vinda essa discussão de aderência, de conformidade, que sempre existiu no setor público, mas que ela seja associada a se garantir a eficiência do Estado, agregando conceito pouco vulgarizado em nosso país, que é a *Accountability* ou prestação de contas¹³.

A título de exemplificar, o referido autor afirma que, se um determinado município adquirisse uma ambulância e, para tanto, buscasse cumprir todos os normativos adequadamente e com a devida responsabilidade, mas, após comprada, a ambulância permanecesse guardada na garagem da Secretaria de Saúde sem uso, ele teria cumprido a lei, todavia, a finalidade do gasto, bem como a efetividade e a economicidade restaram comprometidas.

E aduz que *compliance* é o alicerce, é a busca pela probidade essencial ao setor público, contudo, deve-se trazer à dimensão da realidade, ou seja, dos resultados, a fim de que a gestão traga de fato, benefícios para a sociedade. Benefícios reais!

Face a tais considerações cabe dizer que uma cultura de *compliance*, no setor público, é deveras salutar, todavia por si só não basta. É preciso, em se tratando de setor público, contar com a *Accountability*, a fim de demonstrar que os recursos foram aplicados com eficácia e eficiência, gerando os resultados pretendidos.

Torna-se necessário, e até mesmo razoável, portanto, o estabelecimento de um equilíbrio entre esses dois valores (*compliance* e *accountability*) quando se trata de setor público.

4. A BOA GOVERNANÇA E A GOVERNANÇA CORPORATIVA

Para o Tribunal de Contas da União:

Governança no setor público compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse

¹³ BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo. *Compliance no setor público: necessário; mas suficiente?* Equilíbrio necessário entre Compliance e Accountability parece ser o caminho razoável para mitigar corrupção. Disponível em <http://www.esafi.com.br/financas-publicas/compliance-no-setor-publico-necessario-mas-suficiente/>. Acesso em 14 Mar. 2019

da sociedade. Cada vez mais a sociedade tem demandado dos governantes racionalização dos gastos públicos, equilíbrio fiscal, estabilidade monetária e investimentos em infraestrutura, saúde, educação, mobilidade urbana, habitação e segurança. A boa governança de organizações públicas contribui para a superação desses desafios¹⁴.

Desta feita, entende-se por governança no setor público, os mecanismos ou instrumentos de liderança, estratégia e controle, que são disponibilizados a fim de avaliar, direcionar, monitorar os atos praticados pela administração pública, na prestação de serviços à coletividade. Dentre tais mecanismos, destacam-se a liderança a estratégia e o controle.

Ainda no que concerne à governança, cumpre observar que, dentre os efeitos da globalização, sobrepõe o impacto gerado no crescimento exponencial das empresas que, por sua vez, ampliou o sistema capitalista, via de consequência, revelando a necessidade de um debate em busca de medidas efetivas para prevenir os riscos na gestão dos recursos das empresas, com vistas a organizar de maneira clara e objetiva a adoção de boas práticas governamentais.

Neste contexto, é natural que as instituições mais adaptadas ao meio (ou ao novo meio) tenham maior probabilidade de sobreviver a tais mudanças e, nesse caso, as grandes empresas sairão na frente por possuírem mais chances no mercado financeiro, por acumularem mais capital e possuírem maior corpo de trabalho. Além disso, o comando dessas grandes empresas está nas mãos, via de regra, de acionistas majoritários e minoritários que, humanos que são, estão sujeitos a desentendimentos e conflitos, especialmente, quanto às decisões administrativas, causando assim um descontrole da gestão.

Por essa razão, como forma de solucionar o problema, foi criada uma (nova) espécie de governança: a governança corporativa; consiste na criação de mecanismos com fins a diminuir a assimetria de informações que possa existir entre os gestores de uma instituição e os seus *stakeholders*.

Desse modo, se de um lado a governança corporativa tem como finalidade mitigar as distinções e desentendimentos passíveis de existir em uma instituição, por outro, a boa governança, no sentido amplo da palavra (envolvendo aqui toda a governança pública) tem, como propósito, reconquistar e manter a confiança da sociedade, por meio de um conjunto de mecanismos que, com a devida eficiência, poderão assegurar que as ações executadas pelos gestores estejam bem alinhadas ao interesse público.

Para se atingir a boa governança desejada (seja no sentido geral de governança pública, seja restrito à governança corporativa) é preciso transparência, além de estar em harmonia com os melhores padrões éticos e em conformidade com as normas internas e externas.

O cumprimento das normas é, portanto, indispensável, seja para o relacionamento

14 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *10 passos para a boa governança*. Biblioteca Digital. 12/09/2014. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/10-passos-para-a-boa-governanca.htm> Acesso em 14 Mar. 2019.

de equidade entre a empresa e seus *stakeholders*, seja para o comportamento responsável da empresa e de seus dirigentes, bem como para o comportamento de toda a administração pública, com relação aos indivíduos que compõem a sociedade.

O *compliance* consiste, *ipso facto*, em um dos pilares fundamentais não apenas de toda a gestão pública, como também da governança corporativa, por fortalecer o respeito às normas e políticas institucionais, minimizando riscos e preservando a confiança relacional.

Assevera Juliana Oliveira que o *compliance* surgiu “como uma alternativa de prevenção à criminalidade no âmbito empresarial, com ênfase nos delitos de corrupção e lavagem de dinheiro, nas práticas concorrenciais e em outras fraudes”¹⁵.

Desse modo, se por um lado o *compliance* busca garantir que a instituição respeite as regras internas e externas de sua área de atuação, por outro a governança corporativa cuida das estratégias institucionais com vistas a demonstrar o valor e a rentabilidade da Companhia tendo como foco, a transparência e o trabalho equânime, não apenas dos acionistas, mas ainda de todos os seus *stakeholders* e, neste contexto, não seria exagero afirmar que *compliance* e governança corporativa seriam como os dois lados de uma mesma moeda, já que o *compliance* garante que a instituição observará as normas e regulamentos do mercado, enquanto a governança corporativa demonstra aos colaboradores, parceiros e investidores tal comprometimento.

O mesmo poderia ser observado em relação à governança pública em geral, já que a manutenção de um programa de *compliance* garantiria a responsabilidade, conscientização e transparência que a sociedade anseia no trato da coisa pública.

4.1. A CONTABILIDADE E O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTOS PARA A BOA GOVERNANÇA

A Lei Anticorrupção dispõe textualmente que na aplicação da sanção aos infratores, serão levados em consideração “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (Art. 7º, VIII, da Lei 12.846/13); mister, pois, compreender o que significa um sistema de *compliance*, visto que o respeito às regras, regulamentos, enfim, às normas institucionais, não deve ser visto ou considerado como mera demagogia ou marketing.

Adverte Calixto Salomão Filho:

Infelizmente, no afã de agradar aos “donos do poder”, o mundo jurídico tem ajudado a elaborar e se contentado com *compliances* de fachada que não atingem a esfera de controle e, portanto, são de utilidade quase nula para mudar efetivamente e em longo prazo os comportamentos e práticas empresariais. É preciso mudar essas práticas¹⁶.

15 OLIVEIRA, Juliana. *Direito antitruste*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 342.

16 SALOMÃO FILHO, Calixto. Poder de controle: ética e corrupção. In: BRANDÃO, Carlos Eduardo Lessa; FONTES FILHO, Joaquim Rubens; MURITIBA, Sérgio Nunes (Org.). *Governança corporativa e integridade empresarial: dilemas e desafios*. São Paulo: Saint Paul, 2017, p. 183

Assim, deve-se realizar, primeiramente, uma análise de risco que permita identificar e compreender os principais desafios enfrentados pela instituição, o que facilita na priorização dos esforços, evitando atos desnecessários que poderiam gerar custos e tornar a prática ineficiente. Nesse ponto, é importante destacar que não é apenas o setor jurídico o responsável pela implementação e manutenção do *compliance*, visto que tal implementação requer conhecimentos outros, tais como o de fluxos operacionais, escapando da técnica jurídica propriamente dita. Dito de outra forma, não basta conhecer e interpretar as leis; é preciso conhecer os controles internos e o risco operacional, a fim de fornecer registros contábeis precisos e transparentes, ou seja, o profissional do *compliance* precisa entender bem as suas funções e responsabilidades, a fim de proporcionar índices maiores e melhores de eficiência, eficácia e confiança.

Mormente porque, o Brasil é signatário da Convenção Anticorrupção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁷. E, em decorrência do Congresso Nacional tê-la ratificado em 2000, esse normativo possui status de lei no Brasil, obrigando o país a observar suas diretrizes; dentre estas, encontra-se como sendo uma boa prática¹⁸:

a adoção de um sistema de procedimentos financeiros e contábeis, incluindo um sistema de controles internos, razoavelmente projetado para assegurar a manutenção de livros, registros e contas justos e precisos, para assegurar que eles não possam ser usados para fins de suborno estrangeiro ou ocultar tais subornos.

A elaboração de um sistema contábil de boa qualidade não pode ser considerada um fim em si mesmo, visto que, para atender à legislação brasileira é preciso que as empresas atuantes no país, integrem à sua contabilidade alguns mecanismos de controle específicos que busquem refrear a prática de subornos.

Isso sem mencionar o disposto na *Foreign Corrupt Practices Act*, que possui um capítulo inteiro tratando dos controles internos e registros contábeis (*Books & Records*) e exige registros contábeis precisos, adequados e com descrições fidedignas, que permitam identificar a natureza da despesa.

Assim, o desenvolvimento de sistemas contábeis e, também, o aperfeiçoamento de procedimentos e de controles, que possam garantir uma veracidade maior das operações, em busca de dificultar a prática de atos de suborno, por exemplo, bem como outros atos de corrupção, são obrigações impostas por lei para as empresas situadas no Brasil, de maneira que é fato afirmar que o *compliance* e a contabilidade devem caminhar lado a lado, no combate à corrupção.

17 Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, e ratificada pelo Brasil em 15 de junho de 2000, tendo sido promulgada pelo [Decreto Presidencial 3.678, de 30 de novembro de 2000](#).

18 Tradução livre do item 7 do *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf>. Acesso em 14 Mar. 2019.

Ressalte-se que, fraudes em registros contábeis sobrelevaram a importância de se adotar uma contabilidade séria e comprometida com as normas, incrementada concomitantemente ao uso de programas de *compliance*¹⁹.

Um efetivo programa de *compliance* sem a observância e o cuidado necessários com um sistema de contabilidade, torna-se ineficaz.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta quadra, a corrupção não se coaduna com os anseios da sociedade.

A mudança de postura e de comportamento ensejou, por consequência, a necessidade de reestruturação das instituições, quer públicas, quer privadas, cujas atividades refletem diretamente na sociedade.

Mormente em se tratando das instituições públicas e de grandes corporações de capital aberto, que acabam por afetar a coletividade, causando prejuízos que podem durar décadas e impactar em diversos setores como um todo; sobreleva com a globalização, um efeito que transpassa fronteiras tomando proporções ainda mais nefastas.

Não sem motivo o Direito acompanhou tais fenômenos: leis, decretos, regulamentos e guias - meras recomendações - foram editados e ratificados, no sentido de estabelecer um comportamento uniforme, com instrumentos robustos num embate direto contra a corrupção.

O *compliance* torna-se instrumento de detecção . Em princípio, não haveria necessidade de uma regra que obrigasse cumprir regras, mas em uma sociedade em que as normas já estavam perdendo a sua essência, é compreensível.

Citando as duas leis mais recentes que trouxeram a proposta de combate à corrupção (a Lei Anticorrupção Brasileira e a Lei Sapin II – da França), a lei brasileira foi um pouco mais sutil e preferiu apenas recomendar, às instituições, a adoção de programas de integridade e *compliance*, enquanto a Lei Sapin II foi mais incisiva e direta.

De qualquer modo, seja mediante recomendação ou imposição, a necessidade de se observar as normas, em especial as relativas à contabilidade, é hoje um fato que atrai valor, confiança e uma boa imagem; por outro lado, na sociedade da informação o acesso às informações exige transparência e conformidade nas relações governamentais e empresariais.

Não obstante tratar o *compliance* de importante mecanismo no combate à corrupção e, como tal, na busca por uma boa governança pública e corporativa, é fato que não encerra em si mesmo todas as mazelas da má governança. Para que o *compliance*

¹⁹ Nesse sentido: BRASIL. Federação Nacional das Empresas de Serviços Contábeis e das Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas - FENACON – Sistema SESCAP/SESCON. *Os 9 maiores escândalos contábeis do mundo*. 23 de Out. de 2017. Disponível em <http://fenacon.org.br/noticias/os-9-maiores-escandalos-contabeis-do-mundo-2609/> Acesso em 14 Mar. 2019.

possa, de fato, ser útil e, mais do que isso, ser considerado um importante e eficaz instrumento no combate à corrupção, é necessário contar com uma contabilidade que atenda às regras internacionais, conferindo aos programas de integridade e *compliance* subsídios para que alcancem o fim para os quais foram criados.

Com o despertar dessa consciência, torna-se possível desenvolver uma boa governança, proba, íntegra, pautada na ética para, ao fim e ao cabo, evitar-se o ato corruptivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMCHAM. *Interesse de investidores estrangeiros reforça importância de compliance nas empresas brasileiras*. Disponível em: <http://www.amcham.com.br/gestao-empresarial/noticias/interesse-de-investidores-estrangeiros-reforca-importancia-do-compliance-nas-empresas-brasileiras>. Acesso em 14.03.2019.

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança Corporativa: Fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ANTUNES, M. T. P. *et al.* *A Adoção do Brasil das Normas Internacionais de Contabilidades IFRS: O processo e seus impactos na qualidade da informação contábil*. revista de economia & relações internacionais, vol 10. 2012. disponível em: http://www.fAAP.br/pdf/faculdades/economia/revistas/ciencias-economicas/revista-economia_20.pdf. Acesso em: 24 fev. 2018.

ARAGÃO, Lindenberg Araújo/OLIVEIRA, Oderlene Vieira de/PONTE, Vera Maria Rodrigues. *Governança corporativa: barreiras à adoção das melhores práticas*. Disponível em: http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos08/229_229_Arigo_Barreiras_Seget.pdf. Acesso em 14.03.2019.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. "Declaração Universal dos Direitos Humanos". 217 (III) A. Paris, 1948. <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em 13 Mar de 2019.

AZEVEDO, R. R. de; SOUZA, J. A. de; VEIGA, M.F. *Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicada ao Setor Público: NBCASP Comentadas – 2. Ed.* Curitiba, PR: Tecnologia Educacional, 2010.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Auditoria Interna e Compliance na visão do BACEN: Perspectiva e Responsabilidade*. 8º Congresso FEBRABAN de Auditoria Interna e Compliance, 2007. Disponível em http://www.abbi.com.br/download/funcao-de-compliance_09.pdf. Acesso em 13 Mar. 2019.

BATISTA, Antenor. *Corrupção: fator de progresso? Violento, avaro, corrupto e compulsivo sexual, eis, em tese, a natureza do homem – Repensando a Ética*. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

BEZERRA FILHO, JOÃO EUDES. *Contabilidade Aplicada ao Setor Público: Atualizada com as Normas Brasileiras de Contabilidade (NBC T 16) DO CFC e o Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público (MCASP) da STN*. São Paulo: Atlas, 2014.

BLOK, Marcella. *Compliance e Governança Corporativa – Atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.241/2015*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2017.

BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo. *Compliance no setor público: necessário; mas suficiente?* Equilíbrio necessário entre Compliance e Accountability parece ser o caminho razoável para mitigar corrupção. Disponível em <http://www.esafi.com.br/financas-publicas/compliance-no-setor-publico-necessario-mas-suficiente/>. Acesso em 14 Mar. 2019.

BRASIL, Ministério Público Federal. *Tipos de Corrupção*. Disponível em www.combateacorrupcao.mpf.mp.br. Acesso em 26 Fev. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. *Referencial de Combate a fraude e a corrupção*. Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública. Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Co-estado), Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2a Edição, 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *10 passos para a boa governança*. Biblioteca Digital. 12/09/2014. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/10-passos-para-a-boa-governanca.htm>. Acesso em 14 Mar. 2019.

_____. *LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013*; Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 07 Mar. 2019.

_____. *Transparência e Controladoria Geral da União*. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao>. Acesso em 08 Mar. 2019.

_____. Federação Nacional das Empresas de Serviços Contábeis e das Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas - FENACON – Sistema SESCAP/SESCON. *Os 9 maiores escândalos contábeis do mundo*. 23 de Out. de 2017. Disponível em <http://fenacon.org.br/noticias/os-9-maiores-escandalos-contabeis-do-mundo-2609/>. Acesso em 14 Mar. 2019.

_____. *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais*, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, e ratificada pelo Brasil em 15 de junho de 2000, tendo sido promulgada pelo Decreto Presidencial 3.678, de 30 de novembro de 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em 14 Mar. 2019.

BRITO, Ricardo. Reportagem intitulada '*Política não é necessariamente corrupta*', diz ministra. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral.politica-nao-e-necessariamente-corrupta-diz-ministra.936797>. Acesso em 28 fev. 2019.

BRITTO, Carlos Ayres de. *O regime constitucional dos Tribunais de Contas*. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>. Acesso em 02 Mar. 2019.

CAMARGO, Renata Freitas de. *Contabilidade Internacional: como as IFRS (Normas Internacionais de Contabilidade) resolvem "Torre de Babel" da comunicação contábil e financeira*. 23 de Mar. 2017. Disponível em <https://www.treasury.com.br/blog/o-que-e-contabilidade-internacional-irfs/>. Acesso em 14 Mar. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

CGU. *Metodologia de mapeamento de riscos de corrupção*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/preencaodacorrupcao/arquivos/metodologia.pdf>. Acesso em: 14.03.2019.

DE PAULA, Marco Aurélio Borges; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Compliance, Gestão de riscos e combate à corrupção*. Integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Forum, 2018.

DW. Escândalo de corrupção da Siemens atinge 1,3 bilhão de euros. Disponível em: Acesso em 24.12.2014. ESTADO DE SÃO PAULO. Ranking da Corrupção. Disponível em: <http://www.dw.de/esc%C3%A2ndalo-da-corrup%C3%A7%C3%A3o-na-siemens-atinge-13-bilh%C3%A3o-de-euros/a-2881659>. Acesso em 14 de Mar. 2019.

Estado de São Paulo. *Brasil fica em 69ª no ranking de corrupção*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-fica-em-69-no-ranking-de-corrupcao,1601295>. Acesso em 14 Mar. 2019 .

ESTADOS UNIDOS. *The whistleblower protection programs*. Disponível em: <http://www.whistleblowers.gov>. Acesso em 14.03.2019.

FILGUEIRAS, Fernando. *A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social*. Disponível em: <197 http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762009000200005&script=sci_arttext> Acesso em 13 Mar. 2019.

FOX, Thomas. *Best practices under the FCPA and Bribery Act. How to create a first class compliance program*. Thomas Fox, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Forum, 2015.

GARCIA, Mônica Nicida. *Três convenções internacionais anticorrupção e seu impacto no Brasil*. In: PIRES, Luiz Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto, (Coord.). *Corrupção ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade das Pessoas Jurídicas* (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013) – Atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de Março de 2015/ Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2015.

GIOVANINI, Wagner. *Compliance. A excelência na prática*. Wagner Giovanini: São Paulo, 2014.

_____. *Programas de Compliance e Anticorrupção: Importância e Elementos Essenciais*. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges e CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção – Integridade para o Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Forum, 2018.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *A Corrupção em uma perspectiva internacional*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 64. São Paulo: RT, 2007.

KLITGAARD, Robert E. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1994.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção: Incluindo a nova Lei Anticorrupção*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

MACHADO, Ana Mara França. *O sistema brasileiro anticorrupção: internacionalização do direito e variantes nacionais*. Dissertação de mestrado defendida pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tribunal de Contas é órgão auxiliar do controle externo do Poder Legislativo e não, institucionalmente, órgão equiparado ao regime dos tribunais – reflexões sobre sua disciplina jurídica – opinião legal*. Revista do TCU nº 111. 2008.

MENDES, Francisco Schertel. *Compliance: concorrência e combate à corrupção*/Francisco Schertel Mendes, Vinícius Marques de Carvalho. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

NÓBREGA, Marcos. *Os Tribunais de contas e o controle dos programas sociais*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

OECD. *Guidelines for multinational enterprises: annual report 2001*. Global instruments for corporate responsibility. Paris, OECD, 2001

_____. Tradução livre do item 7 do *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf>. Acesso em 14 Mar. 2019.

OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2. ed., 1994.

OLIVEIRA, Juliana. *Direito antitruste*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 342.

PEREIRA, A. N.; VILASCHI, A. *Governança corporativa e contabilidade: explorando noções e conexões*. In: 4º Simpósio FUCAPE de Produção Científica, 7 e 8 de Junho de 2006, Vitória. Anais do 4º Simpósio FUCAPE de Produção Científica, 2006

RIBAS JUNIOR, Salomão. *Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ROCHA, Rebecca Cerqueira. *Reflexões sobre o tratamento jurídico-penal do fenômeno da corrupção no Brasil*. *Cognitio Iuris*, n. 5. 2012.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government. Causes, consequences, and reform*. New York: Cambridge University Press, 1999.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Poder de controle: ética e corrupção. In: BRANDÃO, Carlos Eduardo Lessa; FONTES FILHO, Joaquim Rubens; MURITIBA, Sérgio Nunes (Org.). *Governança corporativa e integridade empresarial: dilemas e desafios*. São Paulo: Saint Paul, 2017.

TROKLUS, Debbie; VACCA, Sheryl. *International Compliance. How to build and maintain an effective compliance and ethics program*. 1. ed. Minneapolis: SCCE, 2013.

OS REFLEXOS DO CICLO ELEITORAL NOS GASTOS PÚBLICOS COM SAÚDE NOS MUNICÍPIOS DO NORTE PIONEIRO DO ESTADO DO PARANÁ
ELECTORAL CYCLE REFLEXES IN GOVERNMENT HEALTH SPENDING IN NORTE PIONEIRO DO ESTADO DO PARANÁ

Leila Tiyomi Hirakuri¹
 Nilton Facci²

artigos
 científicos

RESUMO

Este trabalho teve como objetivo identificar e descrever o comportamento dos gastos públicos com saúde frente ao ciclo eleitoral, nos municípios do Norte Pioneiro do Estado do Paraná, no período de 2007 a 2017, assim, respondendo à seguinte questão de pesquisa: quais os reflexos do ciclo eleitoral nos gastos públicos com saúde, nos municípios do Norte Pioneiro do Estado do Paraná? Com relação à metodologia utilizada, tem-se que esta pesquisa é de caráter descritivo quanto aos objetivos e, em relação à natureza do problema, classifica-se como aplicada. Quanto à abordagem do problema se fez qualitativamente, enquanto o procedimento técnico caracteriza-se como documental. Na análise dos dados coletados, constatou-se grande variação nos gastos de forma desordenada entre os municípios, de tal forma que não se pode concluir pelo aumento ou redução de gastos exclusivamente em razão do ciclo eleitoral.

PALAVRAS-CHAVE: ciclo eleitoral; gastos públicos; saúde.

ABSTRACT

This study's objective was to identify and describe the government spending behavior on health in face of the electoral cycle, in the municipalities of Norte Pioneiro do Estado do Paraná, from 2007 to 2017, thus answering the following research question: what are the electoral cycle reflexes in government health spending in the municipalities of Norte Pioneiro do Estado do Paraná? Regarding the methodology used, this research is descriptive in terms of its objectives, and in relation to the problem's nature, it's classified as applied. As for the problem's approach, it was done qualitatively, while the technical procedure is characterized as documentary. In analysis of the collected data, it was noted a large deranged spending variation in the municipalities, in such a way that it was not possible to conclude on the increase or reduction of expenses exclusively due to the electoral cycle.

KEYWORDS: electoral cycle; government spending; health.

¹ Pós-graduanda do curso de especialização em Controladoria Pública e Responsabilidade Fiscal pela Faculdade Unina. Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Aberta do Brasil em parceria com a Universidade Estadual de Maringá – UEM (2019). Especialista em Perícia Contábil e Auditoria pela Universidade Estadual de Londrina – UEL (2015). Graduada em Ciências Contábeis pela Universidade Estadual de Maringá – UEM (2013).

² Doutor em Administração Pública e Governo pela EAESP – FGV/SP (2017). Mestre em Controladoria e Contabilidade pela Universidade Norte do Paraná – Londrina/PR (2000). Especialista em Contabilidade Gerencial pela Universidade Estadual de Maringá (1998). Professor no curso de Graduação em Ciências Contábeis na Universidade Estadual de Maringá desde 1996.

1. INTRODUÇÃO

Notoriamente, a atuação do governo é alvo de discussões no Brasil e no mundo, seja pelas políticas públicas³ desenvolvidas, pela forma de governar, pela corrupção, pelas deficiências nas áreas de saúde, educação, segurança, entre outras diversas razões. Segundo Gomes e Sobral (2019)⁴ e no mesmo sentido para Sutto (2018)⁵, acabou a ideia de que política não se discute, pelo contrário, as pessoas passaram a compreender a relevância do assunto, entretanto, os autores revelam que ainda há necessidade de evoluir, sobretudo quanto ao conteúdo das discussões, e de maneira mais tolerável.

Além disso, nota-se que com a edição da Lei Complementar nº 131/2009 (Brasil, 2009)⁶ e da Lei nº 12.524/2011 (Brasil, 2011)⁷, denominadas, respectivamente, Lei da Transparência e Lei de Acesso à Informação, os Portais da Transparência estão mais completos, carregados de informações orçamentárias, financeiras, de licitações, contratos, convênios e outros, de modo que se tornou mais acessível ao cidadão a consulta – praticamente em tempo real – às informações da Administração Pública.

Com isso, pode-se dizer que além da fiscalização pelos órgãos oficiais – como Tribunais de Contas e Ministérios Públicos – que possuem o papel de examinar o cumprimento às normas legais que permeiam os atos públicos, os cidadãos, por sua vez, têm se revelado como fiscalizadores “extraoficiais”, por meio do controle social. Por esse motivo, o gestor público deve praticar seus atos sempre observando os devidos regramentos jurídicos, primando pela prática de uma gestão fiscal responsável e pelo equilíbrio das contas públicas de sua esfera de governo.

De acordo com o contexto apresentado, o presente estudo vai de encontro com esta premissa, vez que foi instigada pela ideia trazida por Siqueira (2015)⁸, de que os políticos no poder possivelmente se utilizem de instrumentos de política fiscal ou monetária de tal forma que, durante os anos que ocorrem eleições, os gastos públicos aumentam, na intenção de que suas ações apareçam mais, de modo a satisfazer eleitores e, por vezes, é possível observar a ocorrência de um ciclo econômico, no qual os pontos de inflexão coincidem com o ciclo eleitoral.

Embora a referida pesquisa tenha abrangido o assunto apenas como parte de um estudo mais amplo e complexo, entende-se que no quesito da exploração de evidências de ciclo eleitoral na condução da política fiscal o resultado foi positivo,

3 Políticas públicas, conforme magistério de Rua (2014), são uma das resultantes da atividade política; compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores envolvendo bens públicos. Em outras palavras, se pode dizer que a razão de ser da política pública é a resolução de um problema considerado relativamente relevante, afeto à esfera pública, de interesse comum.

4 GOMES, Regiane; SOBRAL, Pablo. **Política**: discussão em alta no Brasil. Disponível em: <<http://codigo.inf.br/aun/politica/politica-discussao-em-alta-no-brasil/>>. Acesso em: 21 mai. 2019.

5 SUTTO, Giovanna. **A era do “política não se discute” acabou** - e você precisa aprender a lidar com isso. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/carreira/educacao/noticia/7557312/a-era-do-politica-nao-se-discute-acabou---e-voce-precisa-aprender-a-lidar-com-isso>>. Acesso em: 21 mai. 2019.

6 BRASIL. Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009. **Lei da Transparência**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 de maio de 2009.

7 BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Lei de Acesso à Informação**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 de novembro de 2011.

8 SIQUEIRA, Fernando de Faria. **Política fiscal e ciclo político no Brasil**: uma análise empírica. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

pois de acordo com o autor, “Há uma clara assimetria dos multiplicadores fiscais nos períodos antes e depois das eleições, indicando que questões políticas estão influenciando resultados econômicos em uma magnitude a nível nacional” (SIQUEIRA, 2015, p. 101).

Instigados pelo assunto e no interesse de verificar os resultados aplicando-se uma pesquisa semelhante porém noutra dimensão e localidade, definiu-se como objeto da análise os gastos públicos com Ações e Serviços Públicos de Saúde⁹, abrangendo a Mesorregião Norte Pioneiro do Estado do Paraná, formada por 46 municípios, sendo: Abatiá, Andirá, Assaí, Bandeirantes, Barra do Jacaré, Cambará, Carlópolis, Congonhinhas, Conselheiro Mairinck, Cornélio Procópio, Curiúva, Figueira, Guapirama, Ibaiti, Itambaracá, Jaboti, Jacarezinho, Japira, Jataizinho, Joaquim Távora, Jundiaí do Sul, Leópolis, Nova América da Colina, Nova Fátima, Nova Santa Bárbara, Pinhalão, Quatiguá, Rancho Alegre, Ribeirão Claro, Ribeirão do Pinhal, Salto do Itararé, Santa Amélia, Santa Cecília do Pavão, Santa Mariana, Santana do Itararé, Santo Antônio da Platina, Santo Antônio do Paraíso, São Jerônimo da Serra, São José da Boa Vista, São Sebastião da Amoreira, Sapopema, Sertaneja, Siqueira Campos, Tomazina, Uraí e Wenceslau Braz. Assim, o problema que se estabelece é: quais os reflexos do ciclo eleitoral nos gastos públicos com saúde, nos municípios do Norte Pioneiro do Estado do Paraná?

A pesquisa contempla um exercício financeiro anterior e um posterior às três últimas eleições municipais, ou seja, 2007 a 2017, de forma que se possa verificar o comportamento dos gastos justamente nos períodos pré e pós-eleitorais. Dessa forma, o objetivo da pesquisa consiste em identificar e descrever o comportamento dos gastos públicos com saúde frente ao ciclo eleitoral, nos municípios do Norte Pioneiro do Estado do Paraná, no período de 2007 a 2017.

O trabalho está organizado em cinco partes, incluindo esta introdução. A próxima parte contempla uma explanação dos principais assuntos abordados, enquanto na parte três expõe-se a metodologia adotada para realização da pesquisa. Na quarta parte, são discutidos os resultados obtidos através da análise documental e, por último, apresentam-se as conclusões e sugestões acerca do tema estudado.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

Antes de partirmos para a parte prática, é oportuno discorrer acerca dos principais termos que embasaram esta pesquisa, quais sejam: gastos públicos; ciclo eleitoral. Entretanto, para falar de gastos públicos, tratamos inicialmente de finanças públicas, associando-as à gestão pública responsável. Na sequência, discorreremos sobre o ciclo eleitoral e, por fim, encerramos este capítulo com um tópico sobre a mesorregião Norte Pioneiro do Estado do Paraná, onde a pesquisa foi aplicada.

⁹ Nesta pesquisa, ao citar o termo saúde, se referirá tão somente ao que faz jus às Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS). De acordo com a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, para serem consideradas ASPS, as ações devem estar disponíveis, de forma gratuita a toda a população; deverão ser financiadas com recursos movimentados por meio dos respectivos fundos de saúde; devem estar incluídas no plano de saúde e executadas na função saúde; devendo ser aprovadas pelo Conselho de Saúde e ser de responsabilidade do setor de saúde (BRASIL, 2012).

2.1. GESTÃO E FINANÇAS PÚBLICAS

2.1.1. O GOVERNO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado tem como papel a promoção do bem-comum, dos interesses do povo. Nesse sentido, como bem nos assegura Matias-Pereira (2010, p. 62)¹⁰, “a Administração Pública tem como propósito a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito dos três níveis de governo: federal, estadual ou municipal, segundo preceitos de Direito e da Moral, visando o bem comum”. Por este raciocínio, deduz-se que os governantes são os meios políticos que levam o Estado a cumprir seu papel, devendo promover a democracia e a cidadania.

No âmbito federal, o Brasil vivenciou inúmeras variações na forma da gestão pública pelos governos de Juscelino Kubitschek, FHC, Lula, e tantos outros, atualmente sob comando de Jair Messias Bolsonaro. Os estados e municípios também passaram por dezenas de governantes, cada qual com sua forma de atuação, entretanto, a finalidade permanece sempre a mesma: aplicar os recursos públicos para satisfação dos interesses comuns da população.

Em sua pesquisa, Zuccolotto *et al* (2009, p. 57)¹¹ afirmam, a partir de definições de outros autores, que “o município na administração pública brasileira corresponde ao poder local e, após a Carta Magna de 1988, torna-se uma unidade política autônoma e responsável pela gestão dos serviços públicos dentro de suas fronteiras.”

Assim, no contexto desta pesquisa, pode-se dizer que a administração pública se traduz na gestão dos recursos públicos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ainda que implicitamente, Matias-Pereira (2010)¹² observa que, independentemente da quantidade de recursos alocados no setor público, o gestor tem o dever de aplicá-los de maneira adequada, o que explica o conteúdo do tópico subsequente.

2.1.2. A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL (LRF)

Após muitos descompassos na gestão dos recursos públicos, que ocasionaram excesso de gastos e endividamento, surge a Lei Complementar 101/2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, que “Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências” (BRASIL, 2000)¹³. De forma resumida, Zuccolotto *et al* (2009, p. 57) explica os objetivos da LRF:

[...] ação planejada e transparente; prevenção de riscos e correção de desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas; cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas; combater o déficit limitando as despesas de pessoal, dificultando a geração de novas

10 MATIAS-PEREIRA, José. **Curso de Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

11 ZUCCOLOTTI, R.; RIBEIRO, C. P. P.; ABRANTES, L. A. **O comportamento das finanças públicas municipais nas capitais dos estados brasileiros**. XV Congresso Brasileiro de Custos. V. 28 n. 1 p. 54-69. Curitiba, 2009.

12 MATIAS-PEREIRA, José. **Curso de Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

13 BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. **LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de maio de 2000.

despesas, impondo ajustes de compensação para a renúncia de receitas e exigindo mais condições para repasses entre governos e destes para instituições privadas; e reduzir o nível da dívida pública induzindo a obtenção de superávits primários, restringindo o processo de endividamento, nele incluído o dos Restos a Pagar, requerendo limites máximos, de observância contínua, para a dívida consolidada.

Com a instituição desta lei complementar, fez-se necessário o controle da execução orçamentária e fiscalização da gestão fiscal. Nesse sentido, a LRF representou o início da concepção de que a gestão fiscal seja responsável, além de servir como instrumento de controle social.

Essas ações responsáveis devem ser seguidas por todos os gestores públicos, independente de ideologias, partidos políticos e outros aspectos de caráter pessoal e público. Portanto, a mudança de gestor público não deve, conforme pressupõe a LRF, influenciar aspectos quanto a efetividade na gestão dos recursos públicos. É justamente sobre esse aspecto que trata o item seguinte.

2.2. O CICLO POLÍTICO ELEITORAL

Como é sabido, no Brasil as eleições são realizadas a cada dois anos, sempre nos anos pares, sendo alternadas as eleições federais e estaduais (para os cargos de Presidente da República, Senador, Deputado Federal, Governador e Deputado Estadual) e as eleições municipais (para Prefeito e Vereadores). Cada um destes cargos possui mandato de quatro anos, com exceção do Senador, que é de oito anos. Esse período entre a eleição até o fim do mandato de determinado cargo é o que aqui denominamos ciclo eleitoral.

Nesta pesquisa, foram buscadas evidências de ciclos político-econômicos municipais, que seria uma possível relação entre as políticas econômicas adotadas pelo governo municipal com o ciclo eleitoral, analisando, para isso, os gastos das prefeituras no decorrer dos anos. Foram buscadas evidências dos ciclos político-econômicos, de maneira semelhante aos trabalhos realizados por Silva e Faroni (2012)¹⁴ e Oliveira *et al* (2014)¹⁵. Segundo estes autores, há uma variação nos gastos públicos, motivados pelo calendário eleitoral, ou seja, um comportamento oportunista, conforme afirma Nordhaus (1975) *apud* Oliveira *et al* (2014, p. 116), “no sentido de procurar estimular a economia às vésperas de eleições, a fim de aumentar a probabilidade de reeleição”, ou de eleição de candidatos por ele apoiados.

Para verificar evidências das relações entre ciclos político-eleitorais e decisões sobre gastos públicos, foram obtidos dados dos municípios situados na Mesorregião Norte Pioneira do Estado do Paraná. Características dessa região estão apresentadas a seguir.

14 SILVA, Sibebe Penna Silva; FARONI, Walmer. **Ciclos político orçamentários em municípios da zona da mata mineira – 2000/2008**. Revista do Mestrado em Administração da Universidade Potiguar – RaUnP – Ano 4, n.1 (out.2011./mar. 2012). – Natal: Edunp, 2012.

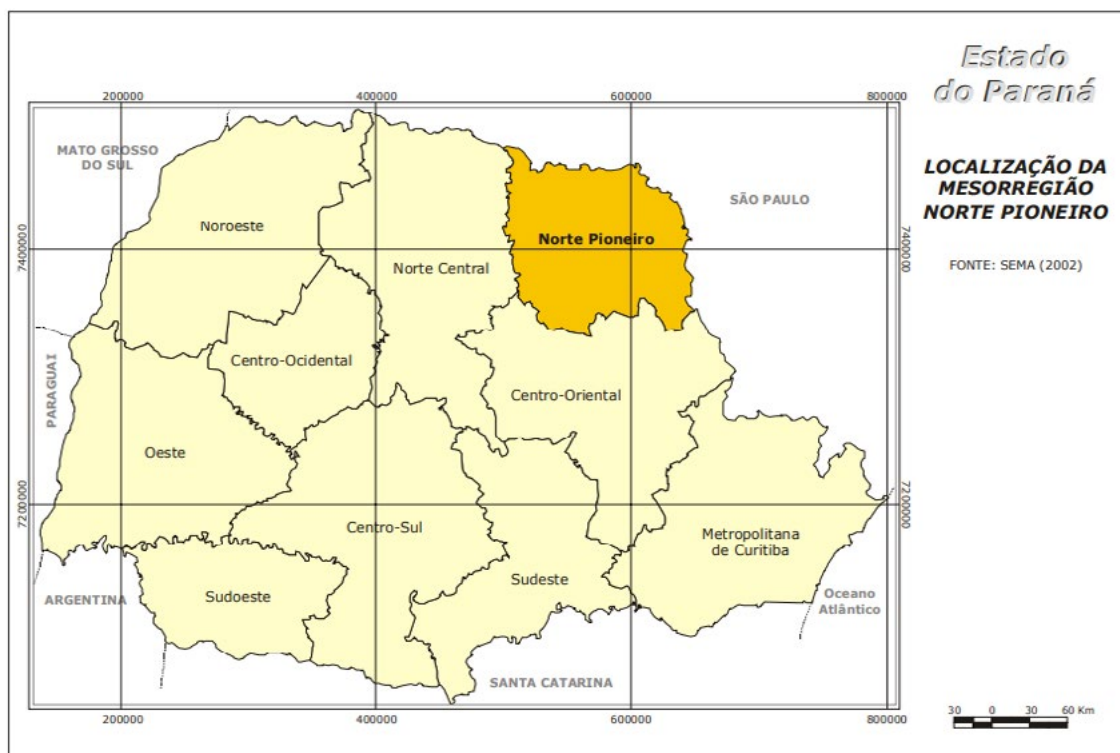
15 OLIVEIRA, K. V.; *et al*. **Calendário eleitoral e gestão pública: uma análise contabilométrica das despesas municipais do estado do Rio de Janeiro no período de 1998 a 2006**. Revista ConTexto v. 14, n. 28, p. 115-126, set./dez. 2014. Porto Alegre, 2014.

2.3. A MESORREGIÃO NORTE PIONEIRO DO ESTADO DO PARANÁ

Conforme previamente discorrido no capítulo introdutório, para fins desta pesquisa, a análise delimitou-se aos municípios situados na mesorregião Norte Pioneiro do Estado do Paraná. De acordo com dados do Instituto Paranaense de Desenvolvimento Econômico e Social – IPARDES (2004, p. 5)¹⁶, “A mesorregião Norte Pioneiro Paranaense está localizada em porções do Segundo e Terceiro Planaltos Paranaenses e abrange uma área de 1.572.706,1 hectares, que corresponde a cerca de 7,9% do território estadual”, sendo constituída por 46 municípios, objetos da presente pesquisa: Abatiá, Andirá, Assaí, Bandeirantes, Barra do Jacaré, Cambará, Carlópolis, Congonhinhas, Conselheiro Mairinck, Cornélio Procópio, Curiúva, Figueira, Guapirama, Ibaiti, Itambaracá, Jaboti, Jacarezinho, Japira, Jataizinho, Joaquim Távora, Jundiá do Sul, Leópolis, Nova América da Colina, Nova Fátima, Nova Santa Bárbara, Pinhalão, Quatiguá, Rancho Alegre, Ribeirão Claro, Ribeirão do Pinhal, Salto do Itararé, Santa Amélia, Santa Cecília do Pavão, Santa Mariana, Santana do Itararé, Santo Antônio da Platina, Santo Antônio do Paraíso, São Jerônimo da Serra, São José da Boa Vista, São Sebastião da Amoreira, Sapopema, Sertaneja, Siqueira Campos, Tomazina, Uraí e Wenceslau Braz.

Na figura abaixo, apresenta-se um mapa do Estado do Paraná dividido por mesorregiões geográficas e com destaque para a mesorregião Norte Pioneiro:

Figura 1 – Mapa do Estado do Paraná



Fonte: IPARDES (2004, p. 6).

¹⁶ IPARDES – Instituto Paranaense de Desenvolvimento Econômico e Social. **Leituras regionais:** Mesorregião Geográfica Norte Pioneiro Paranaense. Curitiba: IPARDES: BRDE, 2004.

3. METODOLOGIA

Para o desenvolvimento do artigo, realizou-se inicialmente pesquisa bibliográfica, baseada em artigos científicos, dissertação e livros que tratam do tema finanças dentro da gestão pública, dos aspectos ligados à LRF, bem como sobre o ciclo eleitoral e, posteriormente, buscou-se identificar e descrever o comportamento dos gastos públicos com saúde frente ao ciclo eleitoral, nos municípios do Norte Pioneiro do Estado do Paraná, no período de 2007 a 2017.

Desse modo, esta pesquisa tem caráter descritivo quanto aos objetivos e, em relação à natureza do problema, classifica-se como aplicada. Quanto à abordagem do problema se fez qualitativamente, enquanto o procedimento técnico caracteriza-se como documental, uma vez que a coleta de dados se baseou nos “Demonstrativos da Despesa com Saúde, conforme o Anexo XVI do Relatório Resumido de Execução Orçamentária/RREO”, de cada exercício do período de 2007 a 2017, dos municípios da mesorregião selecionada, disponibilizados pelo Ministério da Saúde no sítio do Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS, 2019)¹⁷.

Como gastos públicos, foram consideradas as despesas liquidadas, pois essas foram efetivamente realizadas. Além desses valores, também foram coletados os percentuais de aplicação em ASPS, que seria o quanto a despesa liquidada representa do total das receitas com ASPS. Tais dados constam no Anexo 1 deste trabalho.

Dentro do período de análise, considerando que 2008, 2012 e 2016 foram anos de eleição municipal, na análise dos resultados buscou-se identificar possível existência de variação no decorrer do ciclo eleitoral – antes, durante e após as eleições, o que justifica a coleta de dados do período de 2007 a 2017.

Destaca-se, contudo, que não se pode concluir pelo aumento de gastos exclusivamente em razão da ocorrência das eleições, por essa razão, paralelamente ao aspecto orçamentário das despesas, realizou-se um levantamento dos resultados das eleições nos municípios, de forma a apresentar as trocas de gestores e respectivos partidos políticos.

Para tanto, a fim de verificar se nas três últimas eleições municipais houve alteração ou reeleição de prefeito e/ou partido político, foram coletados dados no sítio do Tribunal Superior Eleitoral (TSE, 2019a-f)¹⁸ sobre os prefeitos eleitos e seus respectivos

17 SIOPS, Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde. **Demonstrativo da Despesa com Saúde**, conforme o Anexo XVI do Relatório Resumido de Execução Orçamentária / RREO. Disponível em: <<http://siops.datasus.gov.br/consleirespfiscal.php>>. Acesso em: 03 jul. 2019.

18 TSE, Tribunal Superior Eleitoral. **Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais – Eleição Municipal 2012**. Disponível em: <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/estados/2012/1699/PR/municipios>>. Acesso em: 04 jul. 2019a.

_____. **Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais – Eleições Municipais 2016**. Disponível em: <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/estados/2012/1699/PR/municipios>>. Acesso em: 04 jul. 2019b.

_____. **Eleições 2012**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/hotsites/estatistica2012/resultado-eleicao.html>>. Acesso em: 04 jul. 2019c.

_____. **Estatísticas Eleitorais**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>>. Acesso em: 04 jul. 2019d.

_____. **Estatística TSE – Eleições 2008**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/estatistica2008/est_result/resultadoEleicao.htm>. Acesso em: 04 jul. 2019e.

_____. **Resultado da eleição 2004**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2004/candidaturas-votacao-e-resultados/resultado-da-eleicao-2004>>. Acesso em: 05 jul. 2019f.

partidos e coligações (quando existente), para as eleições de 2004, 2008, 2012 e 2016, conforme consta no Anexo 2.

Assim, com os dados levantados, nos pontos de relevante variação nos gastos no decorrer dos anos, foram verificados os aspectos que poderiam ter influenciado para o aumento ou redução nos gastos, como a variação na receita (que pode ser notada pelo percentual de aplicação em ASPS) ou a troca de prefeito.

No entanto, a política está atrelada a outros fatores exógenos a esta pesquisa – como por exemplo ligações entre secretários municipais e partidos políticos antes e após as eleições, composição partidária da câmara de vereadores a cada início de mandato e suas relações com o prefeito. São aspectos que demandam análise mais aprofundada para cada caso, o que não foi aplicado no caso em tela.

Ademais, esta pesquisa contempla vários municípios justamente para que numa análise conjunta possa constatar alguma semelhança entre os municípios e num horizonte temporal de onze anos, de forma que se espera vislumbrar resultados instigantes, que possam, inclusive, servir de inspiração para pesquisas futuras.

Ressalta-se que, em virtude da delimitação do estudo, os resultados oferecem apenas um breve diagnóstico acerca do comportamento dos gastos públicos com saúde frente ao ciclo eleitoral nos municípios da mesorregião Norte Pioneiro do Estado do Paraná, não sendo viável a aplicação de inferências estatísticas.

4. ANÁLISE DOS RESULTADOS

Os dados obtidos por meio da pesquisa documental foram tabulados em planilhas eletrônicas, a fim de identificar o comportamento dos gastos públicos com saúde das entidades analisadas. No Anexo 1 constam os gastos com saúde e o percentual de aplicação na referida área. Já no Anexo 2, consta relação dos prefeitos eleitos em cada uma das últimas eleições municipais, com seus respectivos partidos políticos e coligações.

De início, com os dados da saúde, tentou-se elaborar um gráfico para visualizar o comportamento dos valores de todos os municípios da mesorregião analisada, no entanto, a imagem mostrou um emaranhado de informações, de forma que não evidência de forma perceptível sequer alguma lógica para as alterações (aumentos ou reduções) nos gastos com saúde entre os municípios. Aparentemente, cada município tinha um comportamento distinto e de forma desordenada, impossibilitando qualquer afirmação apenas por meio desta ferramenta.

No quesito eleitoral, a partir dos dados coletados sobre os prefeitos eleitos, elaborou-se a Tabela 1, abaixo, onde informa se o prefeito eleito era: MP – mesmo prefeito em exercício; PC – de partido coligado ao partido do prefeito em exercício; ou SR – sem relação com o prefeito em exercício.

Tabela 1 - Alteração de prefeitos nas eleições

MUNICÍPIOS	2008	2012	2016	MUNICÍPIOS	2008	2012	2016
Abatiá	MP	SR	SR	Nova Fátima	SR	MP	SR
Andirá	SR	MP	PC	Nova Santa Bárbara	SR	MP	SR
Assaí	MP	PC	SR	Pinhalão	SR	MP	SR
Bandeirantes	SR	MP	PC	Quatiguá	MP	SR	MP
Barra do Jacaré	SR	MP	SR	Rancho Alegre	MP	PC	SR
Cambará	MP	SR	PC	Ribeirão Claro	SR	MP	SR
Carlópolis	MP	PC	SR	Ribeirão do Pinhal	SR	MP	SR
Congonhinhas	MP	SR	SR	Salto do Itararé	SR	MP	SR
Conselheiro Mairinck	SR	SR	PC	Santa Amélia	MP	SR	MP
Cornélio Procópio	MP	SR	SR	Santa Cecília do Pavão	MP	SR	SR
Curiúva	MP	SR	SR	Santa Mariana	MP	PC	MP
Figueira	MP	SR	MP	Santana do Itararé	SR	MP	PC
Guapirama	MP	PC	MP	Santo Antônio da Platina	SR	SR	SR
Ibaiti	MP	SR	PC	Santo Antônio do Paraíso	SR	MP	SR
Itambaracá	SR	MP	PC	São Jerônimo da Serra	MP	SR	SR
Jaboti	SR	SR	MP	São José da Boa Vista	MP	PC	MP
Jacarezinho	MP	SR	MP	São Sebastião da Amoreira	SR	PC	SR
Japira	MP	SR	SR	Sapopema	SR	MP	PC
Jataizinho	MP	PC	SR	Sertaneja	MP	PC	SR
Joaquim Távora	SR	MP	SR	Siqueira Campos	MP	SR	MP
Jundiá do Sul	SR	PC	SR	Tomazina	SR	SR	PC
Leópolis	SR	MP	PC	Uraí	MP	SR	PC
Nova América da Colina	MP	SR	MP	Wenceslau Braz	SR	MP	SR

Fonte: da pesquisa (2019)

Essas informações, em conjunto com os gastos destinados à saúde, permitiram a análise cujos resultados são descritos a seguir.

Numa primeira análise geral dos gastos com saúde, notou-se que nos primeiros anos analisados, o percentual médio de receitas aplicadas em ASPS era menor, próximo do limite mínimo de 15%. Já nos últimos anos, os municípios passaram a

artigos
científicos

destinar mais recursos à área da saúde, o que certamente demonstra a importância dada pelos gestores a esta área de atuação. O percentual de aplicação em saúde nestes onze anos de análise, variou de 5,05% (Ribeirão do Pinhal - 2013) a 35,16% (Carlópolis - 2016), entretanto, aplicações inferiores ao limite mínimo de 15% foram esporadicamente identificadas em alguns municípios.

Analisando pormenores, é possível dizer que Abatiá elevou os gastos – em valores e percentuais – em 2016 (ano eleitoral), entretanto, não se pode aferir que a razão tenha sido o ano eleitoral, visto que em 2014 também seu gasto foi acima da média, e em 2017 (novo gestor, sem relação com o anterior) a aplicação permaneceu elevada (em valores e percentuais).

Em 2012, Assaí aplicou menos que no exercício anterior (2011), porém na gestão seguinte (2013-2016), a média foi mais elevada, o que leva a concluir, ao menos neste município, que a destinação dos recursos para esta área de atuação, não está associada ao ciclo eleitoral, mas sim ao perfil de administração de cada gestor. Uns destinando mais para a saúde, e outros menos, conforme a prioridade na percepção de cada um.

De forma semelhante, Quatiguá elevou os gastos nas eleições de 2008 e 2012, seguidos de quedas no ano seguinte, porém na gestão 2013-2016 nota-se mais constante o percentual destinado à área da saúde.

Observando os gastos de Curiúva, também se denota que a destinação dos recursos públicos depende do perfil do administrador, pois até 2012 os gastos com saúde foram medianos, sem muita variação. Já na gestão 2013-2016, em que houve alteração de prefeito, os gastos foram maiores nesta área.

Por sua vez, para as eleições de 2008 e 2012, o município de Bandeirantes corrobora para a ideia da existência de ciclo eleitoral, visto que nestes anos, o percentual de aplicação se elevou perceptivelmente em relação aos anos anteriores daquela gestão. Há indícios de aumento de receitas neste município a partir de 2014, já que os investimentos em valores dobraram em relação ao ano anterior, sem surtir efeito na mesma proporção no percentual de aplicação. Vale observar ainda, que a partir de 2014 os gastos foram mais elevados, sendo que em 2017 houve um “estouro”, com aumento de 4 milhões de reais, e 10% a mais aplicados em saúde.

Para a eleição de 2008, Cambará também demonstra existência de ciclo eleitoral, pois os gastos se elevaram em quase R\$ 2 milhões de reais, e os percentuais se elevaram de 24,82 para 30,65%. Do mesmo modo, em Congonhinhas, pode-se dizer que nas três eleições os gastos se elevaram se comparado ao ano que antecede as eleições e, em 2017, início da atual gestão, os gastos sofreram grande redução, sendo que em valores, aplicou quase a mesma quantia aplicada em 2012.

Em Cornélio Procópio também é notável o aumento nas eleições de 2012 e 2016. Em Figueira, os gastos aumentaram na eleição de 2008, onde conquistou a reeleição

do então prefeito. Em Guapirama, a situação se repete, visto que ocorreu aumento expressivo na destinação dos recursos à saúde em 2008, e o então prefeito foi reeleito. Na eleição de 2012, os gastos se elevaram novamente em relação ao ano precedente e o resultado foi a eleição de um novo prefeito de partido coligado ao de seu antecessor. Em 2016, a situação se repete, e o prefeito eleito é o mesmo já em exercício.

Em 2008, os gastos também foram elevados em Uraí e Sertaneja. Neste último, as despesas foram maiores também no ano eleitoral de 2016. Índícios de ciclo eleitoral também são visíveis em Nova Fátima, porém com variação pouco expressiva. Em cada ano eleitoral, os gastos foram superiores ao ano antecedente e em cada ano pós-eleitoral, os gastos reduziram. Em Nova Santa Bárbara também houve aumento de despesas nos anos de eleição municipal, no entanto não foram necessariamente seguidos de redução nos próximos anos.

Em contrapartida, Rancho Alegre foi em sentido oposto, pois nas 3 eleições, reduziu os gastos com saúde, sendo que na eleição de 2008 ficou até mesmo abaixo o mínimo necessário, aplicando apenas 11,70%.

Diferentemente, Pinhalão apresentou as duas situações, já que em 2008 reduziu expressivamente os gastos e na eleição de 2012, elevou significativamente. Do mesmo modo, na eleição de 2008, São Sebastião da Amoreira gastou mais com saúde do que no ano anterior, porém nas eleições de 2012 e 2016, seus gastos com saúde foram menores do que nos respectivos anos precedentes.

Em 2009 e 2010, uma anormalidade ocorre em Nova América da Colina, que deixou de atingir o percentual mínimo de aplicação em saúde nesses dois anos consecutivos. Estranho porque se trata de uma nova gestão, porém do mesmo prefeito que atuou na gestão anterior.

Ribeirão do Pinhal cometeu a mesma falha, aplicando em 2013 apenas 5,05% das receitas em saúde. Do mesmo modo que Nova América da Colina, trata-se de nova gestão, porém o prefeito eleito é o mesmo da gestão anterior, portanto, resta sem explicação a aplicação de recursos em saúde inferior ao mínimo estabelecido pela lei. Ao mesmo passo, Santa Cecília do Pavão aplicou menos que o mínimo em 2008.

Por seu turno, em Ibaiti a destinação de recursos para a saúde sempre foi elevada, variando de 26,36 a 34,90%. Ao contrário, em Itambaracá, a destinação dos recursos para a saúde sempre foi próxima do limite mínimo de 15%, de forma que nestes 11 anos, não passou de 16,35%. Situação semelhante a Japira e Jataizinho.

Em outros municípios, observou-se aumentos de gastos em anos sem influência no ciclo eleitoral, como Salto do Itararé e Wenceslau Braz, que elevaram notavelmente os gastos em 2015, e Santa Amélia em 2014. Já Santa Mariana, a partir de 2014 passou a aplicar acima de 30% em saúde.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa, primeiramente, buscou identificar os gastos com saúde nos municípios da mesorregião Norte Pioneiro do Estado do Paraná e, em paralelo, verificou as alterações de prefeitos nas três últimas eleições, de forma a constatar os reflexos do ciclo eleitoral nos gastos públicos com saúde nestes municípios.

A princípio, os resultados apontaram grande variação nos gastos de forma desordenada entre os municípios, de tal forma que não se poderia fazer qualquer afirmação. Entretanto, analisando mais a fundo cada caso, foi possível identificar em alguns municípios indícios de ciclo eleitoral, como foram os casos de Bandeirantes (2008 e 2012), Cambará, Figueira, Uraí e Sertaneja (2008), Congonhinhas e Guapirama (2008, 2012 e 2016), Cornélio Procópio (2012 e 2016), entre outros.

No entanto, em outros casos, percebeu-se que o comportamento dos gastos foi equilibrado durante toda uma gestão, como nos casos de Assaí, Quatiguá e Curiúva. Tal situação evidenciou que os gastos foram decorrentes do perfil de administração do gestor em exercício, e o ciclo eleitoral influenciou nestes casos.

Em outros municípios, houve até mesmo redução de gastos em anos eleitorais, o que torna ainda mais difícil afirmar que os ciclos eleitorais refletem na destinação de recursos para a saúde.

Desse modo, pode-se dizer que não se pode concluir pelo aumento ou redução de gastos exclusivamente em razão do ciclo eleitoral. Foram constatadas evidências favoráveis ou desfavoráveis quanto aos gastos, no entanto, para associar as variações nos gastos com o ciclo eleitoral, seria necessário um estudo ainda mais aprofundado para cada município, analisando os aspectos que refletiram para a variação identificada em cada ano.

Assim, como sugestão para trabalhos futuros, indica-se a possibilidade de se aplicar esta pesquisa aprofundada no tema, bem como a possibilidade de aplicação da pesquisa em outras áreas de atuação dos municípios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. **LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de maio de 2000.

_____. Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009. **Lei da Transparência**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 de maio de 2009.

_____. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. **Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal [...]**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de janeiro de 2012.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Lei de Acesso à Informação**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 de novembro de 2011.

GOMES, Regiane; SOBRAL, Pablo. **Política**: discussão em alta no Brasil. Disponível em: <<http://codigo.inf.br/aun/politica/politica-discussao-em-alta-no-brasil/>>. Acesso em: 21 mai. 2019.

IPARDES – Instituto Paranaense de Desenvolvimento Econômico e Social. **Leituras regionais:** Mesorregião Geográfica Norte Pioneiro Paranaense. Curitiba: IPARDES: BRDE, 2004.

MATIAS-PEREIRA, José. **Curso de Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, K. V.; *et al.* **Calendário eleitoral e gestão pública:** uma análise contabilométrica das despesas municipais do estado do Rio de Janeiro no período de 1998 a 2006. Revista ConTexto v. 14, n. 28, p. 115-126, set./dez. 2014. Porto Alegre, 2014.

RUA, Maria das Graças. **Políticas Públicas**. 3. ed. rev. e atual. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2014.

SILVA, Sibeles Penna Silva; FARONI, Walmer. **Ciclos político orçamentários em municípios da zona da mata mineira – 2000/2008**. Revista do Mestrado em Administração da Universidade Potiguar – RaUnP – Ano 4, n.1 (out.2011./mar. 2012). – Natal: Edunp, 2012.

SIOPS, Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde. **Demonstrativo da Despesa com Saúde**, conforme o Anexo XVI do Relatório Resumido de Execução Orçamentária / RREO. Disponível em: <<http://siops.datasus.gov.br/consleirespfiscal.php>>. Acesso em: 03 jul. 2019.

SIQUEIRA, Fernando de Faria. **Política fiscal e ciclo político no Brasil:** uma análise empírica. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

SUTTO, Giovanna. **A era do “política não se discute” acabou** - e você precisa aprender a lidar com isso. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/carreira/educacao/noticia/7557312/a-era-do-politica-nao-se-discute-acabou---e-voce-precisa-aprender-a-lidar-com-isso>>. Acesso em: 21 mai. 2019.

TSE, Tribunal Superior Eleitoral. **Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais – Eleição Municipal 2012**. Disponível em: <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/estados/2012/1699/PR/municipios>>. Acesso em: 04 jul. 2019a.

_____. **Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais – Eleições Municipais 2016**. Disponível em: <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/estados/2012/1699/PR/municipios>>. Acesso em: 04 jul. 2019b.

_____. **Eleições 2012**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/hotsites/estatistica2012/resultado-eleicao.html>>. Acesso em: 04 jul. 2019c.

_____. **Estatísticas Eleitorais**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>>. Acesso em: 04 jul. 2019d.

_____. **Estatística TSE – Eleições 2008**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/estatistica2008/est_resultadoEleicao.htm>. Acesso em: 04 jul. 2019e.

_____. **Resultado da eleição 2004**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2004/candidaturas-votacao-e-resultados/resultado-da-eleicao-2004>>. Acesso em: 05 jul. 2019f.

ZUCCOLOTTO, R.; RIBEIRO, C. P. P.; ABRANTES, L. A. **O comportamento das finanças públicas municipais nas capitais dos estados brasileiros**. XV Congresso Brasileiro de Custos. V. 28 n. 1 p. 54-69. Curitiba, 2009.

ANEXO 1 - DADOS DA SAÚDE**EM VALORES**

MUNICÍPIO	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Abatiá	816.786,45	1.222.423,28	1.323.333,69	1.311.169,04	1.412.653,78	1.736.430,97	1.887.100,80	2.713.884,09	2.613.914,28	3.441.560,89	3.648.186,55
Andirá	2.797.070,82	2.751.801,78	3.202.118,20	3.514.924,08	5.440.322,86	6.006.446,06	6.824.482,70	8.081.780,99	8.081.780,99	9.243.958,58	9.664.688,94
Assaí	1.815.855,62	2.629.510,17	3.183.323,49	2.608.740,66	3.503.690,08	3.405.570,02	5.609.506,17	6.332.151,56	6.034.963,87	6.405.739,34	7.542.711,55
Bandeirantes	3.272.253,84	4.328.718,87	4.153.381,99	4.846.979,29	4.794.152,93	6.342.287,85	4.209.063,08	8.000.856,05	9.257.284,16	8.420.281,70	12.593.659,68
Barra do Jacaré	960.226,12	1.184.554,42	1.282.759,95	1.663.063,79	1.909.796,45	1.671.605,44	1.450.520,36	2.212.286,84	1.820.999,90	2.220.921,11	2.587.464,02
Cambará	4.233.203,00	6.152.532,82	5.568.408,89	5.436.172,74	6.456.260,88	6.998.756,10	8.651.407,99	10.268.631,89	10.355.568,88	10.499.100,43	9.970.528,00
Carlópolis	2.298.781,70	1.969.055,55	2.262.180,65	2.562.770,84	3.742.097,54	4.327.134,57	3.873.010,92	3.713.571,99	6.352.672,80	6.778.141,66	9.056.629,08
Congonhinhas	1.489.332,78	2.210.054,10	1.739.796,48	2.059.946,13	1.720.102,17	3.039.027,49	4.175.665,16	4.008.068,29	4.518.975,50	5.604.346,42	3.099.553,49
Conselheiro Mairinck	905.323,31	1.109.680,16	1.078.878,54	1.317.881,62	1.562.733,44	1.634.857,78	1.836.809,04	2.104.440,00	2.578.983,86	2.308.000,00	2.651.456,79
Cornélio Procopio	5.565.093,16	5.636.760,65	6.842.835,41	8.245.507,17	10.833.722,74	14.445.078,70	14.737.761,60	14.454.678,93	13.182.597,70	17.250.738,72	17.722.569,55
Curiúva	2.130.451,84	2.230.680,06	1.714.077,38	1.942.750,23	2.390.758,09	2.701.030,97	4.437.408,56	4.169.683,73	4.390.967,21	5.782.536,25	5.243.380,94
Figueira	837.390,06	1.552.244,17	1.663.948,20	2.069.445,17	1.879.718,53	2.146.719,30	2.631.795,19	3.013.759,51	3.075.282,39	3.869.311,28	3.981.990,17
Guapirama	828.277,49	1.260.459,95	1.134.206,19	1.534.041,31	1.667.866,37	2.248.845,67	2.358.304,13	2.718.662,61	2.961.973,65	3.621.899,83	3.971.410,90
Ibaiti	4.011.058,21	5.593.830,51	4.674.984,31	6.212.031,31	8.006.629,40	8.761.559,31	9.819.685,65	10.736.168,41	11.913.037,79	11.695.524,71	13.263.339,20
Itambaracá	946.158,97	1.048.685,77	1.112.036,21	1.163.980,65	1.515.803,08	1.506.982,96	1.652.159,45	1.745.110,89	1.872.116,52	2.032.435,30	2.107.671,22
Jaboti	1.101.631,14	1.352.843,49	1.461.178,82	1.643.048,80	2.116.251,04	2.154.964,70	2.290.968,37	2.827.820,80	2.867.987,49	3.472.455,81	3.845.968,26
Jacarezinho	3.815.628,74	4.460.269,37	5.244.456,92	5.125.951,39	6.628.688,96	8.566.862,91	8.707.566,95	11.781.218,68	13.814.502,81	14.659.278,51	15.772.556,88
Japira	908.415,57	1.147.759,87	1.028.472,59	1.117.598,91	1.435.287,76	1.624.311,54	1.620.620,32	1.787.148,20	2.043.009,99	2.344.093,93	2.566.670,12
Jataizinho	1.214.683,73	1.587.677,28	*	1.559.972,68	1.870.113,48	1.995.647,04	2.593.761,69	2.922.845,14	3.140.925,72	2.600.127,01	3.123.561,96
Joaquim Távora	1.217.669,69	1.929.116,88	2.216.547,35	2.339.655,09	3.242.266,62	3.944.940,08	4.254.979,44	4.713.669,66	5.394.918,32	6.560.862,47	7.242.647,14
Jundiá do Sul	1.099.162,83	1.038.954,82	1.256.150,29	1.324.272,30	1.820.391,43	1.901.829,03	1.556.402,72	3.125.587,98	2.640.432,84	3.023.879,52	2.960.662,85
Leópolis	1.212.879,65	1.461.182,74	1.212.558,02	1.332.914,01	1.576.025,51	1.686.936,06	1.974.686,24	2.126.191,42	1.935.780,19	2.401.099,11	3.322.930,42
Nova América da Colina	941.972,27	1.046.995,31	543.699,90	906.757,07	1.565.011,23	1.639.132,38	2.002.251,53	2.256.040,70	1.962.028,09	2.683.142,53	2.610.358,85
Nova Fátima	994.610,76	1.434.903,31	1.270.569,70	1.335.922,33	1.728.303,10	2.055.553,79	2.313.716,58	2.792.345,41	3.062.009,21	3.303.837,11	3.010.420,63
Nova Santa Bárbara	901.152,63	1.208.414,61	836.851,19	1.225.133,28	1.468.889,53	1.735.275,64	1.906.352,98	2.319.553,38	2.366.043,27	2.713.852,43	2.735.362,28
Pinhalão	1.329.727,65	995.865,26	1.208.712,99	1.312.536,97	1.578.224,21	2.720.362,14	2.632.059,69	1.803.515,82	2.858.913,62	2.754.081,36	3.203.796,49
Quatiguá	1.017.676,26	1.455.919,29	1.303.098,46	1.347.038,06	1.695.863,10	2.191.649,19	2.392.806,03	2.721.079,69	2.990.344,29	3.802.803,31	5.199.666,35
Rancho Alegre	1.154.437,36	692.735,01	1.405.526,90	1.607.612,74	1.999.520,72	1.945.202,49	1.870.347,19	2.890.001,96	2.994.010,46	2.899.365,94	3.096.977,82
Ribeirão Claro	1.532.408,10	1.947.264,23	1.769.330,47	2.410.226,04	2.527.058,60	3.047.311,33	3.495.549,93	4.273.657,85	4.771.188,05	5.109.115,69	5.799.677,95

MUNICÍPIO	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Ribeirão do Pinhal	1.195.835,07	1.580.247,34	1.421.038,22	2.071.682,61	2.553.174,17	2.445.732,08	581.971,31	2.650.690,74	4.025.134,08	3.528.478,06	4.792.454,37
Salto do Itararé	814.931,12	852.270,26	945.312,42	1.320.352,91	1.170.343,43	1.688.060,68	2.151.467,01	2.260.469,95	3.537.325,47	3.309.481,47	2.805.913,22
Santa Amélia	1.054.221,25	1.110.914,85	947.147,53	942.581,48	1.200.000,00	1.459.109,43	1.669.280,40	4.708.539,71	1.984.235,12	2.478.267,80	2.797.638,28
Santa Cecília do Pavão	1.506.501,00	1.265.644,42	1.413.962,29	1.495.893,08	1.571.215,41	1.500.000,00	2.268.932,05	2.332.825,00	2.200.530,44	2.768.161,21	2.871.225,60
Santa Mariana	2.451.261,05	2.971.421,98	2.386.545,93	3.051.226,72	3.661.304,19	4.137.149,55	4.956.113,96	6.954.235,27	7.375.894,21	7.247.839,22	7.876.900,03
Santana do Itararé	749.928,47	962.744,63	1.297.411,26	1.169.646,05	1.350.733,23	1.328.462,35	2.187.925,77	2.063.156,97	2.563.447,26	2.620.456,88	2.963.094,58
Santo Antônio da Platina	3.170.744,03	4.539.448,44	5.376.733,48	5.528.037,56	6.604.147,82	6.545.453,44	8.307.912,66	10.874.116,70	15.107.841,75	18.736.541,78	20.735.420,36
Santo Antônio do Paraíso	914.323,76	994.085,46	1.092.352,11	1.281.843,53	1.464.101,52	1.678.023,01	1.771.603,12	2.134.582,43	2.544.258,84	3.168.042,79	3.291.166,60
São Jerônimo da Serra	1.267.686,30	1.431.273,72	1.766.940,25	2.081.459,43	2.395.560,07	2.262.904,66	2.910.533,46	3.796.376,73	4.199.436,67	4.882.415,43	6.116.300,02
São José da Boa Vista	1.118.480,29	1.464.438,79	1.661.648,40	1.830.714,68	2.094.502,07	2.339.091,55	2.582.763,61	2.895.237,02	3.145.523,92	3.579.836,83	3.981.501,52
São Sebastião da Amoreira	1.263.402,70	1.798.898,27	1.824.426,05	1.420.763,93	2.561.072,39	1.916.884,69	3.072.667,54	3.742.041,66	4.383.828,41	4.247.960,45	4.846.807,04
Sapopema	992.672,67	1.355.133,05	1.424.683,74	1.614.253,80	1.826.771,35	2.124.496,60	2.342.027,89	2.681.708,65	3.054.730,40	3.216.021,01	2.977.710,46
Sertaneja	1.705.861,90	2.288.374,61	2.229.702,07	2.450.017,29	2.540.729,29	2.809.335,54	3.675.728,54	4.291.694,29	4.735.492,21	5.633.749,23	5.932.746,07
Siqueira Campos	1.996.139,63	2.341.834,88	2.720.643,44	2.784.182,26	3.387.521,78	4.198.195,09	5.090.877,01	5.711.377,38	6.861.513,17	8.028.014,01	9.355.259,29
Tomazina	1.275.665,47	1.556.901,86	2.025.962,38	1.370.544,62	1.695.461,68	1.791.061,44	2.521.233,28	2.019.886,64	2.310.143,52	2.430.479,11	2.958.801,71
Uraí	1.344.298,57	897.906,82	2.022.239,70	1.911.402,16	2.065.635,81	1.873.174,67	2.398.531,58	2.979.543,96	4.471.496,46	4.872.222,22	4.832.123,82
Wenceslau Braz	1.661.636,86	2.148.436,55	2.364.131,56	2.844.934,00	3.513.275,92	4.330.365,90	5.357.985,25	6.172.597,76	7.305.034,00	7.236.496,33	8.014.699,53
*ausência de dados informados para Jataizinho 2009.											

artigos científicos

EM PERCENTUAIS

MUNICÍPIO	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Abatiá	15,59	18,74	21,39	18,58	16,12	18,47	19,20	24,92	22,03	26,46	27,31
Andirá	19,25	16,87	18,84	16,67	22,24	23,35	23,78	24,07	24,07	25,72	25,15
Assaí	15,12	18,49	21,83	15,95	17,90	16,48	22,99	24,04	21,67	22,47	25,88
Bandeirantes	17,59	20,39	18,98	19,61	16,62	20,03	15,08	19,48	21,87	17,80	27,96
Barra do Jacaré	17,63	20,18	21,54	24,20	22,95	19,20	15,47	20,74	15,13	17,88	20,21
Cambará	24,82	30,65	27,45	24,17	24,42	25,53	28,37	29,56	27,93	25,72	23,99
Carlópolis	21,69	18,25	21,93	22,76	23,68	24,93	19,46	17,06	27,51	26,92	35,16
Congonhinhas	21,67	27,17	21,67	22,54	15,98	26,61	31,67	28,84	29,85	33,52	17,52
Conselheiro Mairinck	18,17	19,14	19,60	21,24	20,72	20,61	21,30	22,07	24,68	24,72	28,09
Cornélio Procópio	18,35	15,08	18,16	19,05	20,22	25,89	24,31	22,25	19,17	22,58	21,84
Curiúva	20,12	18,60	15,66	15,09	15,06	16,35	24,12	21,27	21,28	24,88	21,68
Figueira	16,20	24,07	24,98	26,54	21,23	22,86	25,88	26,91	25,53	27,18	27,28
Guapirama	15,74	20,55	19,78	23,33	20,57	26,08	27,00	25,06	25,79	27,13	29,43
Ibaiti	26,36	29,94	24,65	30,03	32,94	33,00	34,45	34,59	34,90	34,84	30,96
Itambaracá	15,16	15,13	16,24	15,12	16,35	15,35	15,04	15,16	15,00	15,16	15,13
Jaboti	21,29	22,52	25,87	25,98	27,52	26,96	25,95	29,01	27,32	29,25	32,12
Jacarezinho	16,79	15,16	18,38	15,05	16,32	18,24	17,10	21,21	22,55	23,03	22,71
Japira	16,19	17,64	16,81	16,02	16,72	17,63	15,57	16,44	17,60	18,39	19,55
Jataizinho	15,66	16,96	*	15,20	15,03	15,06	17,25	18,45	17,84	15,55	15,50
Joaquim Távora	17,36	18,47	21,59	19,67	22,13	24,81	23,50	23,46	23,27	24,87	26,29
Jundiá do Sul	21,91	16,97	22,32	20,78	23,51	23,74	17,84	29,58	25,90	26,94	25,78
Leópolis	19,86	22,90	18,23	18,16	17,69	17,99	18,47	18,26	15,59	17,39	23,41
Nova América da Colina	16,40	15,16	7,93	12,30	17,31	17,44	19,40	19,50	16,98	20,16	20,96
Nova Fátima	16,15	20,16	17,39	16,02	17,54	19,83	19,47	21,11	20,85	21,47	18,53
Nova Santa Bárbara	18,23	21,70	15,72	20,40	20,30	23,06	23,42	25,91	24,83	25,66	25,86
Pinhalão	23,12	15,18	19,02	18,78	18,40	29,70	25,62	16,21	23,67	20,72	23,66
Quatiguá	16,44	20,39	18,34	16,75	17,47	21,12	20,74	21,34	21,61	21,93	26,71
Rancho Alegre	20,85	11,70	22,42	23,26	24,83	22,97	19,58	27,52	26,42	24,44	25,95
Ribeirão Claro	17,32	16,99	15,99	19,06	16,19	17,23	18,17	20,60	20,88	19,74	22,21
Ribeirão do Pinhal	16,14	18,62	15,18	19,70	22,46	20,18	5,05	15,70	21,61	17,22	21,86
Salto do Itararé	16,40	15,12	15,96	20,01	15,07	20,27	24,24	23,30	34,35	28,91	24,90
Santa Amélia	20,52	19,22	17,59	15,59	15,05	16,75	19,27	34,04	20,34	22,80	25,77
Santa Cecília do Pavão	29,67	23,89	26,40	26,16	23,30	18,74	25,62	25,63	23,08	23,01	24,72
Santa Mariana	25,47	26,05	21,66	24,07	25,80	25,04	26,49	34,68	33,41	31,56	33,18
Santana do Itararé	15,02	15,07	21,05	16,97	16,15	15,04	22,45	19,53	22,53	20,75	23,35
Santo Antônio da Platina	15,14	16,41	19,36	17,39	17,45	15,78	18,38	21,09	26,78	29,73	29,85
Santo Antônio do Paraíso	16,04	16,01	17,38	18,20	17,19	18,76	18,25	19,73	22,35	25,30	26,72
São Jerônimo da Serra	16,13	14,60	18,08	19,35	18,77	16,03	19,53	23,04	23,78	24,79	30,27
São José da Boa Vista	19,43	20,28	23,85	23,00	21,62	22,42	22,57	22,92	22,91	24,21	26,24
São Sebastião da Amoreira	16,83	22,57	23,34	16,16	25,41	17,25	24,10	26,94	28,86	25,79	25,68
Sapopema	18,34	19,93	22,54	22,75	21,68	23,28	23,11	24,21	25,63	24,58	22,26
Sertaneja	20,30	25,07	24,31	22,47	20,30	20,57	23,36	24,92	25,43	28,49	27,94
Siqueira Campos	15,95	18,76	18,63	16,99	16,79	18,27	19,63	20,42	22,82	24,14	27,22
Tomazina	20,24	19,96	26,60	15,56	16,37	16,33	20,61	15,27	15,65	15,10	17,46
Uraí	18,36	25,18	21,39	17,79	16,33	15,10	16,83	18,62	26,16	25,92	25,02
Wenceslau Braz	15,51	15,40	17,29	18,10	18,34	21,56	23,87	24,61	26,16	22,74	25,24
*ausência de dados informados para Jataizinho 2009.											

ANEXO 2 – DADOS DAS ELEIÇÕES

MUNICÍPIO	2004		2008		2012			2016		
	PREFEITO ELEITO	PARTIDO	PREFEITO ELEITO	PARTIDO	PREFEITO ELEITO	PARTIDO	COMPOSIÇÃO DA COLIGAÇÃO	PREFEITO ELEITO	PARTIDO	COMPOSIÇÃO DA COLIGAÇÃO
Abatiá	Irton Oliveira Muzel	PMDB	Irton Oliveira Muzel	PMDB	Maria de Lourdes Ferraz Yamagami	DEM	PP / PSC / PPS / DEM / PSB / PSDB	Nelson Garcia Junior	PDT	PT / PP / PDT / PSD / PMDB
Andará	Alarico Abib	PMDB	Jose Ronaldo Xavier	PTB	Jose Ronaldo Xavier	PTB	PT / PTB / PSC / DEM / PHS / PTC / PV / PT do B	Ione Elizabeth Alves Abib	PMDB	PMDB / PTB / SD / PP / PR / PEN / PSDB / PSB / PSD / PPS / REDE
Assaí	Michel Angelo Bomtempo	PDT	Michel Angelo Bomtempo	PMDB	Luiz Alberto Vicente	PSDB	PP / PDT / PTB / PMDB / PR / PPS / DEM / PSDC / PSB / PSDB / PSD	Acacio Secci	PPS	PPS / PTB / PEN / PSL / PSD
Bandeirantes	José Fernandes da Silva	PT	Celso Benedito da Silva	PDT	Celso Benedito da Silva	PDT	PDT / PTC / PP / PSDB / PPS / PMDB / PTB / PR / PRP / PPL / PSL / PTN / PHS / PSC / PSDC / PC do B / PRB / PT / PV / PSB	Lino Martins	PDT	PDT / PMDB / DEM / PRB / PEN / PSB / PTN / PR / PSDC / PPS / PSDB
Barra do Jacaré	Antonio de Freitas Aguiar	PT	Edimar de Freitas Alboneti	PP	Edimar de Freitas Alboneti	PP	PP / PDT / PTB / PSC / DEM / PTC / PSB	Adalberto de Freitas Aguiar	PR	PR / PT / PROS / PV / PMDB / PHS
Cambará	Jose Salim Haggi Neto	PMDB	José Salim Haggi Neto	PMDB	Joao Mattar Olivato	PSB	PSDB / PSL / PR / PTB / PSD / PT / PSC / PRB / PT do B / PSB	Jose Salim Haggi Neto	PMDB	PP / DEM / SD / PSB / PMDB
Carlópolis	Isaac Tavares da Silva	PSDB	Isaac Tavares da Silva	PMDB	Marcos Antonio David	PPL	PT / PTB / PMDB / PPL	Hiroshi Kubo	PSDB	PSDB / PEN / PSB / PHS / PPS / DEM / PV / PSL / PDT
Congonhinhas	Luciano Merhy	PTB	Luciano Merhy	PTB	José Olegario Ribeiro Lopes	PSDB	PSC / PR / PSB / PSDB / PPL	Luciano Merhy	PTB	PMDB / PTB / PDT / DEM / PPS
Conselheiro Mairinck	Luiz Carlos Sanches Bueno	PSC	Juarez Lelis Granemann Driessen	PR	Luiz Carlos Sanches Bueno	PSD	PTB / PMDB / PSC / PPS / PSD	Alex Sandro Pereira Costa Domingues	DEM	DEM / PP / PTN / PPS / PSC / SD / PSD / PMDB
Cornélio Procópio	Amin Jose Hannouche	PDT	Amin Jose Hannouche	PP	Frederico Carlos de Carvalho Alves	PSC	PDT / PTN / PSC / DEM / PT do B	Amin Jose Hannouche	PSDB	PSDB / PSB / PRP / PMB / PV / PTB / PMN / PSL / SD / PRTB / PRB / PT do B / PP / PROS / PSDC / PHS / PEN

artigos científicos

MUNICÍPIO	2004		2008		2012			2016		
	PREFEITO ELEITO	PARTIDO	PREFEITO ELEITO	PARTIDO	PREFEITO ELEITO	PARTIDO	COMPOSIÇÃO DA COLIGAÇÃO	PREFEITO ELEITO	PARTIDO	COMPOSIÇÃO DA COLIGAÇÃO
Curiúva	Marcio da Aparecida Mainardes	PSL	Marcio da Aparecida Mainardes	PMDB	Amadeu de Jesus da Silva	PT	PT / PTB / PP / PDT / PSL / PSC / PC do B	Nata Nael Moura Dos Santos	PSC	PSC / PSD / PRP / PP / PTB / PMB
Figueira	Geraldo Garcia Molina	PP	Geraldo Garcia Molina	PMDB	Valdir Garcia	PP	PP / PDT / PSL / PTN / PSC / DEM / PV	Valdir Garcia	PSDB	PSC / DEM / PSDB / PSD
Guapirama	Edui Gonçalves	PMDB	Edui Gonçalves	PMDB	Pedro de Oliveira	PMDB	PTB / PMDB / PSC / PR / PRTB	Pedro de Oliveira	PMDB	PMDB / PV / PDT / PTB / PSB
Ibaiti	Luiz Carlos dos Santos	PFL	Luiz Carlos dos Santos	PSDB	Roberto Regazzo	PSB	PMDB / DEM / PMN / PSB / PRP / PC do B	Antonely de Cássio Alves de Carvalho	PMDB	PMDB / PTB / PSD / PSDB / PSC / PSL / PTN / PT do B / DEM / PROS / PSB / PMN / PPS
Itambaracá	Moacyr Thomé Rodrigues do Carmo	PTB	Amarildo Tostes	DEM	Amarildo Tostes	PSD	PDT / PTB / PMDB / PSC / PR / PSD	Carlos Cesar de Carvalho	PDT	PDT / PTB / PMDB / PR / PPS / PSB / PSDB / PSD
Jaboti	Jorge Domingos de Siqueira	PMDB	Esmair Carvalho de Oliveira	PRP	Vanderley de Siqueira e Silva	PSDB	PSC / DEM / PSDB	Vanderley de Siqueira e Silva	PSDB	PSDB / PSC / DEM
Jacarezinho	Valentina Helena de Andrade Toneti	PT	Valentina Helena de Andrade Toneti	PT	Sergio Eduardo Emygdio de Faria	DEM	PP / PDT / PTB / PSL / PTN / PR / DEM / PRTB / PMN / PSB / PV / PRP / PSDB / PSD / PT do B	Sergio Eduardo Emygdio de Faria	DEM	PRB / PDT / PTB / PSL / PPS / DEM / PSDB / PROS
Japira	João Renato Custódio	PMDB	João Renato Custódio	PMDB	Wilson Ronaldo Rony de Oliveira Santos	PSDB	PDT / PR / PPS / DEM / PSB / PSDB / PSD	Walmir Wellington da Silva	DEM	DEM / PTN
Jataizinho	Wilson Fernandes	PDT	Wilson Fernandes	PDT	Élio Batista da Silva	PDT	PRB / PDT / PT / PTN / PSC / PPS / DEM / PMN / PTC / PSB / PV / PC do B	Dirceu Urbano Pereira	PSC	PSC / PSD / PSDB / PTB / PC do B / PR / PRB / PPS / PHS / PP / DEM
Joaquim Távora	Willian Walter Ovçar	PSL	Claudio Revelino	PR	Claudio Revelino	PR	PDT / PTB / PR / PSB / PSDB / PSD	Gelson Mansur Nassar	PSDB	PSDB / PDT / PTB / DEM / PSL / PSB
Jundiá do Sul	Joel Marciano Rauber	PFL	Valter Abras	PSDB	Jair Sanches do Nascimento	PR	PDT / PMDB / PSC / PR / PSB / PSDB	Eclair Rauen	DEM	PP / PDT / PMDB / DEM / PHS / PSDB / PSD / SD / PROS
Leópolis	Antonio Goncalves	PTB	Cléa Márcia Bernardes de Oliveira	PDT	Cléa Márcia Bernardes de Oliveira	PDT	PDT / PSC / DEM / PSB / PSDB	Alessandro Ribeiro	PSD	PSD / PSC / PDT / PROS / DEM / PMDB / PSDB

MUNICÍPIO	2004		2008		2012			2016		
	PREFEITO ELEITO	PARTIDO	PREFEITO ELEITO	PARTIDO	PREFEITO ELEITO	PARTIDO	COMPOSIÇÃO DA COLIGAÇÃO	PREFEITO ELEITO	PARTIDO	COMPOSIÇÃO DA COLIGAÇÃO
Nova América da Colina	Alceste Iwanaga de Santana	PPS	Alceste Iwanaga de Santana	PTB	Ernesto Alexandre Basso	PSDB	PRB / PMDB / PSC / PSDC / PSDB	Ernesto Alexandre Basso	PSDB	PP / PDT / PTB / PMDB / PSL / PSDB / DEM
Nova Fátima	Jose Delanhof	PSL	Nilson Xavier	PDT	Nilson Xavier	PDT	PP / PDT / PT / PTB / PMDB / PSL / DEM / PSDB / PSD	Mario Sergio dos Santos	PPS	PPS / SD / PROS / PT do B / PEN / PSD / PSC
Nova Santa Bárbara	Julio Aparecido Bittencourt	PP	Claudemir Valério	PSDB	Claudemir Valério	PSDB	PP / PDT / PMDB / PSDB	Eric Kondo	DEM	DEM / PTB / PPS / PDT
Pinhalão	Valdomiro Teixeira Fraiz	PDT	Claudinei Benetti	DEM	Claudinei Benetti	PSD	PDT / PSC / PPS / PSD	Sérgio Inácio Rodrigues	PDT	PPS / PDT / PR / PV
Quatiguá	Efraim Bueno de Moraes	PMDB	Efraim Bueno de Moraes	PMDB	Luis Fernando Dolenz	PSDB	PP / PSC / PR / PPS / PSDB	Luis Fernando Dolenz	PSDB	PSDB / DEM / PPS / PROS
Rancho Alegre	Dalvo Lucio Moreira	PMDB	Dalvo Lucio Moreira	PMDB	Edson Dominciano Correa	PT	PT / PTB / PMDB	Darlene do Prado Moreira	PMDB	PMDB / PDT / PTB
Ribeirão Claro	Francisco Carlos Molini	PSDB	Geraldo Maurício de Araújo	PV	Geraldo Maurício Araújo	PV	PDT / PT / PR / DEM / PV / PSD	Mario Augusto Pereira	PSC	PTB / PMDB / PSL / PSC / PSDB / PSB / PR
Ribeirão do Pinhal	Moacir Ribeiro Lataliza	PDT	Dartagnan Calixto Fraiz	PDT	Dartagnan Calixto Fraiz	PSD	PT / PTB / PMDB / PSL / PR / PSD	Wagner Luiz Oliveira Martins	PHS	PHS / PTN
Salto do Itararé	Selmo Adalberto de Carvalho	PSDB	Israel Domingos	PDT	Israel Domingos	PDT	PDT / PTB / PMDB / PTN / PSC / PR / PPS / PSDB	Paulo Sérgio Fragoso da Silva	PRP	PRP / PHS
Santa Amélia	Roderjan Luiz Inforzato	PFL	Roderjan Luiz Inforzato	DEM	Jarbas Carnelossi	PV	-	Jarbas Carnelossi	PV	PMDB / DEM / PV / PHS
Santa Cecília do Pavão	Edimar Aparecido Pereira dos Santos	PDT	Edimar Aparecido Pereira dos Santos	PTB	Jose Sergio Juventino	PPS	PP / PDT / PSC / PPS	Edimar Aparecido Pereira dos Santos	PTB	PTB / PSDB / PV / DEM
Santa Mariana	Maria Aparecida de Souza Lima Bassi	PP	Maria Aparecida de Souza Lima Bassi	PP	Jorge Rodrigues Nunes	PMDB	PP / PT / PTB / PMDB / PR / PPS / PV / PSDB / PSD / PC do B	Jorge Rodrigues Nunes	PMDB	PDT / PR / DEM / PHS / PMDB / PPS
Santana do Itararé	Elcio José Vidal	PSDB	Jose de Jesus Isac	PT	Jose de Jesus Isac	PT	PP / PDT / PT / PSC / PR / DEM / PV / PSD	Joás Ferraz Michetti	PDT	PDT / PT / PV / PP / PSB
Santo Antônio da Platina	José Ritti Filho	PSB	Maria Ana Vicente Guimarães Pombo	PT	Pedro Claro de Oliveira Neto	DEM	PMDB / DEM / PV	Jose da Silva Coelho Neto	PHS	PHS / PTN / PMN

artigos científicos

MUNICÍPIO	2004		2008		2012			2016		
	PREFEITO ELEITO	PARTIDO	PREFEITO ELEITO	PARTIDO	PREFEITO ELEITO	PARTIDO	COMPOSIÇÃO DA COLIGAÇÃO	PREFEITO ELEITO	PARTIDO	COMPOSIÇÃO DA COLIGAÇÃO
Santo Antônio do Paraíso	Wanderley Martins Ferreira	PSDB	Devanir Martinelli	PV	Devanir Martinelli	PV	PDT / PT / PTB / PMDB / PR / PV / PSDB / PSD	Wanderley Martins Ferreira	PSB	PSB / PSDB / PTN / PPS / PT / PRB / PMDB / PP
São Jerônimo da Serra	Carlos Sutil	PPS	Carlos Sutil	PMDB	Adir dos Santos Leite	PSDB	PP / PSL / PSC / PR / PPS / PSDB / PPL	João Ricardo de Mello	PPS	DEM / PSC / SD / PRP / PPS
São José da Boa Vista	Dilceu Bona	PSDB	Dilceu Bona	PSDB	Pedro Sergio Kronéis	PSDB	PRB / PDT / PTB / PMDB / DEM / PSB / PSDB	Pedro Sergio Kronéis	PSDB	PTB / PSB / PSDB / PSC
São Sebastião da Amoreira	Jorge Takasumi	PL	Aginaldo dos Santos	PR	Luiz Fernandes	PR	PDT / PT / PTN / PR / PPS / DEM / PSD	Ademir Lourenço Gouveia	PSB	PSB / PP / PSDB / PROS / PV / PRB / PMN
Sapopema	Roberto Jorge Abrao	PSL	Vera Lucia da Silva Golono	PT	Vera Lucia da Silva Golono	PT	PP / PT / PMDB / PTN / PPL	Gimerson de Jesus Subtil	PDT	PDT / PT / PTB / PMDB / PPS / PMB / PSB
Sertaneja	Neuton de Oliveira	PSL	Neuton de Oliveira	PMDB	Magda Bruniere Rett	PMDB	PDT / PTB / PMDB	Jamison Donizete da Silva	PSD	PDT / PP / PROS / PHS / PSC / PPS / PT / PSDB / PSD / PSB
Siqueira Campos	Luiz Antonio Liechocki	PSDB	Luiz Antonio Liechocki	PMDB	Fabiano Lopes Bueno	PSB	PP / PT / PR / PHS / PSB / PV	Fabiano Lopes Bueno	PSB	PSDB / DEM / PDT / PHS / SD / PMDB / PR / PV / PSD / PSC / PTB / PSL / PTN / PP / PSB / PMB
Tomazina	Luiz de Farias	PFL	Guilherme Cury Saliba Costa	PPS	Guilherme Cury Saliba Costa	PSD	PDT / PT / PMDB / PHS / PRP / PSDB / PSD	Flávio Xavier de Lima Zanrosso	PSD	PMDB / PR / PSB / PSDB / PSD
Uraí	Susumo Itimura	PSDB	Susumo Itimura	PSDB	Almir Fernandes de Oliveira	PPS	PRB / PT / PMDB / PSC / PR / PPS / PSDC / PRTB / PMN / PRP / PPL / PSD	Carlos Roberto Tamura	PSC	PSC / PTB / PSDB / PV / PSD / PSB / PT / PPS / PSDC
Wenceslau Braz	Cristóvam Andraus Junior	PSDB	Atahyde Ferreira dos Santos Junior	PC do B	Atahyde Ferreira dos Santos Junior	PSD	PP / PDT / PT / PSL / PSC / PR / PSDC / PHS / PMN / PTC / PSB / PV / PRP / PSD / PC do B	Paulo Leonar Ferreira Amador	PDT	PDT / PSDC / PHS

**TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
UMA ANÁLISE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**
*THE FEDERAL COURT OF ACCOUNTS AND THE FEDERAL SUPREME COURT:
AN ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONALITY REVIEW*

Luisa Doria de Oliveira Franco¹

artigos
científicos

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo verificar a relação entre o Tribunal de Contas da União e o Supremo Tribunal Federal quanto ao controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal de Contas da União. A partir de uma perspectiva histórica, examinam-se os principais modelos de controle de constitucionalidade, a fim de compreender o sistema adotado no Brasil. Após estudar o conceito e os principais modelos de controle de constitucionalidade, o artigo analisa as competências do Tribunal de Contas da União e a possibilidade de apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, considerando que esse tema foi objeto da Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal. Contudo, decisões recentes têm discordado do posicionamento sumulado, trazendo insegurança quanto às competências do Tribunal de Contas da União. Assim, o artigo examina as situações em que o Supremo Tribunal Federal ora amplia e ora limita a atuação do Tribunal de Contas da União, contribuindo para um cenário de incerteza. Em síntese, conclui-se que o controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal de Contas da União ainda é um tema que requer um posicionamento definitivo, a fim de se evitar uma insegurança na relação entre Tribunal de Contas da União e Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal de Contas da União. Supremo Tribunal Federal. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

The purpose of this article is to verify the relationship between the Federal Court of Accounts and the Federal Supreme Court regarding the constitutionality review exercised by the Federal Court of Accounts. From a historical perspective, this paper examines the main models of constitutionality review, in order to understand the Brazilian system. After studying the definition and the main models of constitutionality review, this article analyses the competences of the Federal Court of Accounts and the possibility of appreciating the constitutionality of laws and governmental acts, since this issue was the subject of the precedent 347 of the Brazilian Federal Supreme Court. However, recent decisions have disagreed with this precedent, causing insecurity regarding the competences of the Federal Court of Accounts. Therefore, this article examines the situations in which the Federal Supreme Court expands and limits the performance of the Federal Court of Accounts, contributing to

¹ Acadêmica do 3º ano do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Estagiária de Direito no Escritório C.J.O. Franco Advogados Associados. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4235808475161446>. E-mail: luisa.dfranco@gmail.com.

a scenario of uncertainty. In summary, this paper concludes that the constitutionality review operated by the Federal Court of Accounts is still an issue that requires a consolidated position, in order to avoid an insecurity in the relationship between the Federal Court of Accounts and the Federal Supreme Court.

KEY-WORDS: Federal Court of Accounts. Federal Supreme Court. Constitutionality Review.

1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade por parte do Tribunal de Contas da União (TCU) já foi discutido em diversas ocasiões, sendo objeto da Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal (STF), que permite que o TCU aprecie a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. No entanto, decisões do STF apontam para a evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, argumentando que a Súmula nº 347 deveria ser reavaliada no contexto da Constituição de 1988. Assim, essa situação gera uma insegurança quanto aos limites da competência do Tribunal de Contas da União.

Nesse cenário, em um primeiro momento, o presente artigo procura analisar a evolução do controle de constitucionalidade a partir dos seus principais modelos, a fim de entender o sistema adotado no Brasil. Em seguida, em uma segunda parte, a pesquisa analisará o papel do TCU e a sua evolução histórica, desde a sua criação até a Constituição de 1988, para verificar se a sua competência envolveria o controle de constitucionalidade.

Em um terceiro momento, será examinado o contexto em que foi elaborada a Súmula nº 347, ressaltando as decisões do STF que reavaliaram a aplicação do posicionamento sumulado, com a tendência de um controle de constitucionalidade concentrado por parte do STF. Por fim, na última parte, serão analisadas situações que acabam por gerar uma certa insegurança na relação entre Tribunal de Contas da União e Supremo Tribunal Federal, destacando-se, por exemplo, o posicionamento do TCU quanto ao tema da prescrição de ressarcimento ao erário, em que o TCU simplesmente ignora entendimento diverso que o STF apresenta sobre o assunto.

Em síntese, pelo exame conjugado dos quatro suportes, será possível compreender o cenário de incerteza que paira sobre a relação entre Tribunal de Contas da União e Supremo Tribunal Federal, principalmente quanto ao controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, visto que não existe um entendimento consolidado sobre o tema.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CONCEITO E MODELOS

O controle de constitucionalidade procura garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais diante de possíveis usurpações. De acordo com o ensinamento de Bernardo Gonçalves Fernandes, o controle de constitucionalidade

deve ser compreendido “como a verificação de compatibilidade (ou adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma Constituição, no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou os atos normativos devem necessariamente observar²”.

Nesse cenário, os principais modelos ou sistemas dividem-se na matriz americana (1803), na matriz austríaca (1920) e na matriz francesa (1958), que influenciaram na criação e no desenvolvimento do controle de constitucionalidade em diversos países. Nessa lógica, o controle de constitucionalidade surgiu com a matriz norte-americana, em 1803, a partir do célebre caso *Madison vs. Marbury*, perante a Suprema Corte dos Estados Unidos. O modelo americano ficou conhecido como um sistema descentralizado ou difuso, visto que o controle de constitucionalidade poderia ser realizado por todos os juízes e tribunais do país. Assim, a partir desse sistema, o controle judicial é realizado no caso concreto, de forma incidental e difusa.

Por sua vez, a matriz austríaca surgiu na Europa, por meio da influência de Hans Kelsen, tendo em vista que o sistema norte-americano não era muito apreciado na Europa. Nesse cenário, a Constituição austríaca de 1920 estabeleceu, pela primeira vez, a existência de um tribunal com exclusividade para o controle judicial de constitucionalidade (Tribunal Constitucional). Nesse sentido, as características desse sistema seriam um controle repressivo e concentrado na Corte Constitucional, realizado por ação direta em controle abstrato, ou por meio de incidente processual, no caso concreto.

Por fim, o modelo francês foi desenvolvido a partir da Constituição da V República da França de 1958, com base em um controle preventivo, considerando a rígida concepção do princípio da separação de poderes, em que não se admite a verificação da constitucionalidade de atos legislativos pelo Poder Judiciário. Nessa lógica, o controle de constitucionalidade ocorre por meio do Conselho Constitucional, com composição eminentemente política. Esse sistema apresenta como características centrais um controle, em regra, prévio (antes do dispositivo entrar em vigor) e realizado sobre o ato normativo em tese (sem contraditório ou lide), sendo dependente, em regra, de provocação do Presidente da República, Primeiro Ministro, Presidente de qualquer das Casas Legislativas, ou de sessenta deputados ou senadores franceses.

No Brasil, o modelo inicialmente adotado foi o norte-americano, por meio do controle difuso de constitucionalidade. Contudo, o ordenamento jurídico evoluiu gradativamente para um modelo misto, que combina os sistemas difuso e concentrado. Ocorre, ainda, um controle preventivo por parte do Poder Legislativo e do Presidente da República, durante o processo legislativo, visto que as deliberações da Câmara de Deputados e do Senado Federal são precedidas por um juízo de atendimento aos pressupostos constitucionais.

2 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 11.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p.1688.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o sistema de controle de constitucionalidade continuou a ser misto, mas a competência para intentar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, que antes era de prerrogativa apenas do Procurador-Geral da República, foi ampliada para diversos órgãos e entidades, conforme enuncia o art. 103 da Constituição Federal.

Assim, segundo a lição de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco, a aplicabilidade do controle difuso, antes predominante no cenário jurídico brasileiro, encontra-se reduzida:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam passíveis de submissão ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas³.

3. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: ÓRGÃO CONSTITUCIONAL DE CONTROLE

O Tribunal de Contas da União auxilia o Congresso Nacional no controle externo, relacionado à administração dos haveres da União, nos termos do artigo 70 da Constituição de 1988. Conforme explica o jurista Cláudio Marcelo Spalla Fajardo, a competência do Tribunal de Contas da União decorre, principalmente, da sua atividade-fim: “o controle externo, mediante o julgamento de contas dos administradores públicos, além da apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal e concessões de aposentadoria, reformas e pensões⁴”.

Historicamente, o Tribunal de Contas surgiu no Brasil com a edição, em 07 de novembro de 1890, do Decreto n. 966-A, desenvolvido pelo jurista Rui Barbosa, Ministro da Fazenda do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil. Assim, este órgão foi criado para cuidar dos recursos públicos, estabelecendo um controle orçamentário de cunho técnico e político. Nesse contexto, a Constituição Republicana promulgada em 1891 institucionalizou definitivamente o Tribunal de Contas, conferindo-lhe competência para liquidar as contas da receita e da despesa, verificando a sua legalidade antes de serem prestadas ao Congresso Nacional. Nesse sentido, destaca-se que, desde a sua criação, o Tribunal de Contas nunca foi extinto, embora as suas prerrogativas tenham sido diminuídas com o advento da Constituição de 1937, de cunho ditatorial.

Nesse sentido, Letícia Diniz Ferraz e Reuder Rodrigues de Almeida apontam que, a partir da Constituição de 1988:

3 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.1330.

4 FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla. Súmula STF nº 347: uma nova abordagem sobre a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade de leis e de atos normativos do Poder Público. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v. 40, n. 111, p. 17-34, jan./abr.2008, p. 25.

O Tribunal de Contas, então, foi alçado à condição de órgão constitucional de relevo, independente e autônomo, que atua em cooperação com o Poder Legislativo para dar cabo da prestigiosa e relevante função de fiscalização e controle, não estando subordinado ou vinculado a qualquer dos Poderes, nem mesmo ao Legislativo, detentor da titularidade do controle externo⁵.

Nesse cenário, as competências conferidas ao Tribunal de Contas da União estão estabelecidas no artigo 71 da Constituição de 1988, envolvendo o julgamento de contas, a apreciação da legalidade de atos sujeitos a registro, a suspensão de atos/contratos, a imputação de débitos/multas, a fiscalização da aplicação de recursos públicos e a apuração de denúncias.

Além disso, com base na legislação infraconstitucional, também incumbe ao Tribunal de Contas da União: a) apuração de coeficientes de participação dos Estados na apuração do IPI (artigo 3º, Lei Complementar nº 61/1989); b) fiscalização do cumprimento de metas financeiras da Lei de Responsabilidade Fiscal (artigo 59,§2º, Lei Complementar nº 101/2000); c) acompanhamento de processo de improbidade administrativa (artigo 15, Lei nº 8.429/1992); d) acompanhamento de editais de licitações (artigo 113, Lei nº 8.666/1993); e) registro dos bens e rendas do patrimônio privado de autoridades públicas (artigo 1º da Lei nº 8.730/1993).

No entanto, a Constituição de 1988 não estabelece a competência do Tribunal de Contas da União para apreciar, ainda que de maneira difusa, a constitucionalidade de leis ou atos normativos. Para Cláudio Marcelo Spalla Fajardo, a competência para o controle de constitucionalidade “não requer discriminação específica nem para os juízes e tribunais do Poder Judiciário, nem para o Tribunal de Contas, pois se trata de competência acessória ao exercício, quer da jurisdição, quer do controle externo⁶”.

Ademais, a prerrogativa de controle externo encontra-se na Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. O Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (Resolução nº 155, de 04 de dezembro de 2002)⁷ também determina, no artigo 15, I, e, que:

Art. 15. Compete privativamente ao Plenário, dirigido pelo Presidente do Tribunal:

I — deliberar originariamente sobre:

e) conflito de lei ou de ato normativo do Poder Público com a Constituição Federal, em matéria de competência do Tribunal.

No mesmo sentido, destaca-se decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União:

30.18. [...] cumpre destacar o enunciado da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal (STF). **De acordo com essa súmula, o Tribunal**

5 FERRAZ, Letícia Diniz; ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira de. Tribunais de contas e a abstrativização do controle de constitucionalidade: relativização da Súmula n. 347 do STF. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, out./nov./dez./2012., 133R, TCEMG Belo Horizonte, v. 35, n. 2, p. 118-133, jul./dez. 2017, p. 262.

6 FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla. Op.cit., p. 25.

7 BRASIL, Resolução nº 155, de 04 de dezembro de 2002. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

de Contas da União, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do poder público. Essa faculdade, entretanto, somente pode ser exercida pela via concreta, uma vez que o controle em abstrato de constitucionalidade compete ao STF, haja vista o disposto no art. 102, inc.I, alínea a, da Constituição Federal.

30.19. Desse modo, compete ao TCU, no caso concreto, **considerar inaplicável dispositivo de lei ou ato normativo que, segundo seu entendimento, esteja em desacordo com a Constituição Federal ou à legislação infraconstitucional, ou seja, ao detectar flagrante inconstitucionalidade ou ilegalidade, o TCU pode considerar como inaplicável a parte do ato normativo que esteja eivado desse defeito jurídico.**

30.20. São nesse sentido os Acórdãos 5.354/2009 — 2ª Câmara, 3.807/2007 — 1ª Câmara, 1.732/2009 — Plenário, 710/2008 — 1ª Câmara, 708/2008 — 1ª Câmara e Decisão 663/2002 — Plenário.

30.21. Assim, a destinação de 7% (sete por cento) da receita auferida em projetos contratados ou conveniados com fundações de apoio, como forma de remuneração das referidas fundações, ainda que fundamentada no art. 1º, inc. II, das Resoluções 11, de 14/03/2002, e 36, de 28/11/2002, do Conselho Diretor da [omissis], é nula e deve ser retirada do mundo jurídico [...]. [TCU. Processo n. 021.410/2007-8. Acórdão n. 3.351/2011. Sessão: 24 maio 2011. Grupo: I Classe: II Relator: Min. AROLDO CEDRAZ. Tomada e Prestação de Contas] (grifos nossos).

Entretanto, Bruno Marques e Paulo Roque Khouri (2020, p. 11111) criticam o fato de esta prerrogativa ter sido conferida pelo Poder Judiciário por meio de Súmula, e não pelo Congresso, titular do poder de legislar e conferir competências, ou mesmo pelo Constituinte. Nesse sentido, “não se reconhece no ordenamento qualquer prerrogativa conferida pelo judiciário que permita a um órgão auxiliar do legislativo exercer controle de constitucionalidade, o que já demonstra a inovação, por parte do STF, em conferir, por súmula, tal prerrogativa⁸”.

4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na verdade, a Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal foi editada com base no caso *Delegacia de Polícia*⁹, que envolvia recurso em mandado de segurança contra decisão do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, que negou registro de aposentadoria, pois decidiu que a lei que fundamentou o ato de concessão seria inconstitucional. Em seu voto, o Ministro Relator argumentou que os Tribunais de Contas não têm competência para declarar a inconstitucionalidade de leis, mas que seria necessário fazer uma distinção entre “declaração de inconstitucionalidade” e “não aplicação de leis inconstitucionais”, pois esta última seria uma obrigação de qualquer órgão estatal.

8 MARQUES, Bruno; KHOURI, Paulo R. Roque. Do ativismo no STF ao ativismo do TCU: é possível falar em ativismo legislativo no Brasil? *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 11091-11115, mar. 2020, p. 11111.

9 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 8372. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator Min. Pedro Chaves. Data de Julgamento: 11/12/1961. DJe: 26/04/1962.

Assim, a leitura da Súmula nº 347, à luz do julgado que a inspirou, indica que “apreciar a constitucionalidade” significa apenas a não aplicação de lei ou ato do Poder Público considerado inconstitucional, e não “declarar a inconstitucionalidade” dessa lei ou ato. Nesse cenário, existe uma divergência quanto ao enunciado sumular. Os autores Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco, por exemplo, destacam que:

É interessante notar que, entre nós, uma jurisprudência antiga abre ensejo a que o Tribunal de Contas deixe de aplicar uma lei a um caso sob o seu exame por estimá-la inconstitucional. Decerto que se trata de entendimento que está por ser reavaliado à luz da mais recente compreensão do papel do Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade¹⁰.

Assim, no contexto da Constituição de 1988, existe um permanente embate entre o Tribunal de Contas da União e o Superior Tribunal Federal quanto ao controle de constitucionalidade. Na decisão TC nº 008.210/2004-7¹¹, por exemplo, o Tribunal de Contas da União considerou inconstitucional, com base na Súmula nº 347 do STF, o art. 67 da Lei 9478/97, que previa o uso de procedimento licitatório simplificado para a Petrobrás, e o Decreto nº 2.745/98 que conferia regime diferenciado de contratações à Petrobrás por inexistir lei que regulamentasse o permissivo constitucional do art. 173, §1º, II e III da Constituição. Contudo, a Petrobrás impetrou a Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 25.888/DF¹², que questionou a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade. Nesse cenário, foi concedida cautelar para suspender os efeitos da decisão do Tribunal de Contas da União.

Em seu voto, o Ministro Relator Gilmar Mendes destacou que a Súmula nº 347 foi aprovada em um contexto que considerava legítima a recusa, por parte de órgãos sem função judicante, da aplicação de lei considerada inconstitucional. No entanto, o Ministro Relator apontou que, considerando a evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, a Súmula nº 347 deveria ser reavaliada. Contudo, a decisão não chegou a apreciar a competência do Tribunal de Contas da União para realizar o controle de constitucionalidade.

Outro exemplo ocorreu em 2017, quanto à postura adotada pelo Tribunal de Contas da União em relação ao “bônus de eficiência”, considerado uma espécie de remuneração introduzida pela Lei 13.464/17 para as carreiras de auditor-fiscal e analista tributário. Nesse cenário, o Tribunal de Contas da União decidiu, nos termos da Súmula nº 347, pela inconstitucionalidade do pagamento do bônus aos servidores aposentados, ainda que houvesse previsão expressa em lei, o que originou uma série de mandados de segurança.

No Mandado de Segurança nº 35410¹³, por exemplo, o Ministro Relator Alexandre de Moraes decidiu que seria inaceitável que o Tribunal de Contas da União,

10 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Op. cit.*, p. 152.

11 BRASIL, Tribunal de Contas da União. Processo n. 008.210/2004-7. Acórdão n. 39/2006. Sessão: 25/01/2006. Grupo: I – Classe: I. Relator: Min. Benjamin Zymler.

12 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 25888/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 22/03/2006. DJe: 29/03/2006.

13 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 35410/DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/03/2018. DJe: 03/04/2018.

enquanto órgão sem qualquer função jurisdicional, realizasse controle difuso de constitucionalidade, acrescentando que a Súmula nº 347 teria ficado comprometida pela promulgação da Constituição de 1988.

Assim, o Ministro apontou que o controle de constitucionalidade pelo TCU violaria as competências privativas do Senado para suspender lei declarada inconstitucional pelo STF (art. 52, X, da Constituição) e afetaria a própria competência do STF para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, "a", da Constituição). Desse modo, a medida liminar foi concedida, suspendendo os efeitos da decisão do TCU, o que permitiu a concessão de cautelares em outros mandados de segurança análogos.

No entanto, Letícia Diniz Ferraz e Reuder Rodrigues de Almeida apontam que "os julgamentos que afastaram, liminarmente, a competência do Tribunal de Contas para realizar o controle concreto de constitucionalidade, remetem a uma tendência do STF de 'abstrativização do controle difuso'¹⁴", a fim de reforçar o controle concentrado. Ademais, para Cláudio Spalla Fajardo:

Podemos verificar, no Direito Brasileiro, uma tendência de se valorizar o controle de constitucionalidade concentrado, em tese, operado no STF. Mas não por isso há de prosperar uma redução da prerrogativas de juízes e tribunais, incluindo os Tribunais de Contas, para apreciar a constitucionalidade no caso concreto, sistema que fundou o controle de constitucionalidade em nosso País, pois seria retirar um instrumento essencial para a dicção do direito e a apreciação da legalidade de atos sujeitos a registro, que se pretende dos Tribunais de Contas¹⁵.

Por fim, Conrado Valentini Tristão, em sua dissertação de mestrado, aponta que a questão do controle de constitucionalidade por parte do Tribunal de Contas da União não apresentou evolução, pois "o próprio ministro Alexandre de Moraes, em outro caso, chega a dizer que a possibilidade de controle constitucional pelo TCU ainda é tema pendente de análise definitiva¹⁶".

5. A RELAÇÃO ENTRE TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: INSEGURANÇA JURÍDICA?

A controvérsia a respeito da relação entre TCU e STF não se esgota na discussão sobre o controle de constitucionalidade. No processo TC nº 013.056/2016-665¹⁷, por exemplo, questionou-se a autorização dada à Petrobrás para alienar ativos, com base no Decreto 2.745/1998, visto que extrapolava o poder regulamentar. No entanto, o Ministro Relator, embora tenha reconhecido a ilegalidade, considerou inadmissível o pedido cautelar pela suspensão dos processos de alienação de ativos que já estivessem em andamento, dando efeitos pró-futuros para a decisão. Contudo, nem

14 FERRAZ, Letícia Diniz; ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira de. Op.cit., p. 276.

15 FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla. Op.cit., p. 15.

16 TRISTÃO, Conrado Valentini. Controle do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal: Uma análise a partir dos julgamentos de mandatos de segurança. Dissertação de Mestrado – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, p. 78.

17 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 013.056/2016-6. Acórdão n. 3166/2016. Sessão: 7/12/2016. Grupo II- Classe VII. Relator Min. José Múcio Monteiro.

o Regimento Interno nem a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União previam modulações de efeitos, ao menos não expressamente.

A decisão do Tribunal de Contas da União estava baseada em julgados do Supremo Tribunal Federal que já haviam concedido efeitos pró-futuros quando de eventual declaração de nulidade de uma norma, tendo em vista que o retorno ao *status quo* geraria prejuízos maiores que a modulação dos efeitos. No entanto, a Lei nº 9868/99¹⁸ expressamente prevê, no artigo 27, esta possibilidade ao STF, mas não existe nenhuma previsão quanto ao TCU.

Os autores Bruno Marques e Paulo Roque Khouri, ao comentarem esta decisão do TCU, ressaltam que “ao se permitir o ativismo por parte de judiciário, pode-se abrir o precedente para que outros órgãos o façam, como o fez o TCU ao conferir efeitos pró-futuros a uma contratação visivelmente ilegal¹⁹”.

Ainda sobre a atuação do Tribunal de Contas da União, a Súmula nº 222 do TCU conferiu às decisões do Tribunal de Contas eficácia *erga omnes* para a administração federal, assim como efeito vinculante quanto aos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios, além das administrações estaduais e municipais. Nesse sentido, o enunciado sumular estabelece que “as decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Nesse cenário, em relação à Súmula nº 222, Bruno Marques e Paulo Roque Khouri apontam que “ao permitir ao judiciário se tornar legislador positivo e até mesmo constituinte positivo, abre-se o precedente perigoso para que os demais órgãos o façam, como o fez o TCU na súmula 222 ao conferir efeitos vinculantes a seus julgados a todos os demais entes federados²⁰”.

Por fim, é interessante destacar a conduta do TCU no tema da prescrição de ressarcimento ao erário, visto que tem ignorado a posição do STF, gerando uma certa insegurança jurídica. Nesse cenário, o Supremo já determinou, em diversas decisões, que apenas alguns casos são imprescritíveis. Entretanto, o TCU tem desconsiderado estas decisões, apontando que todas as ações de ressarcimento ao Estado que tramitam na Corte de Contas são imprescritíveis, tendo em vista a Súmula nº 282, editada pelo próprio TCU, que determina que “as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”.

Em 2018, no RE 852.475²¹, o STF julgou que a imprescritibilidade prevista no art. 37, §5º, da Constituição seria limitada às hipóteses de atos dolosos de improbidade

18 BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/9868.htm>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

19 MARQUES, Bruno; KHOURI, Paulo R. Roque. *Op.cit.*, p.11112.

20 *Ibid.*, p. 11112.

21 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 852475/SP. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator Min. Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 08/08/2018. DJe: 25/03/2019.

administrativa. Contudo, o TCU continuou inflexível, defendendo que essa decisão não atingiria os processos de controle externo, visto que não se originam de ações de improbidade administrativa.

Em 2020, o RE 636.886²² rejeitou o argumento da União Federal de que não se discute a imprescritibilidade das ações quando a demanda de ressarcimento se originar de ato ilícito, o que ocorre quando o TCU condena o agente público a ressarcir valores indevidamente desviados do erário. Contudo, o Tribunal de Contas continua a fugir da aplicação das decisões do STF, alegando que, em se configurando a ausência injustificada da prestação de contas, conforma-se o ato doloso de improbidade administrativa.

Nesse sentido, o cenário de incerteza quanto às competências do Tribunal de Contas da União não envolve apenas o tema do controle de constitucionalidade e acaba por ocasionar uma insegurança generalizada. Nesse sentido, o Tribunal de Contas delimita as suas próprias competências, mas acaba por esbarrar em decisões do Supremo Tribunal Federal que estabelecem entendimento totalmente diverso. Assim, existe uma indefinição quanto às competências do Tribunal de Contas da União, de modo que, em certos momentos, a sua atuação é limitada pelo Supremo Tribunal Federal e, em outras ocasiões, as suas competências são ampliadas e ignoram o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal.

6. CONCLUSÃO

Após a análise realizada, observa-se que, em relação ao controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União, decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal têm estabelecido que o TCU não tem competência para apreciar a constitucionalidade de lei ou ato do Poder Público. No entanto, a Súmula nº 347 não foi afastada e permanece sendo aplicada pelo Tribunal de Contas da União. Nesse sentido, falta um posicionamento definitivo do STF.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que os Tribunais de Contas poderiam deixar de aplicar leis ou atos considerados inconstitucionais, por meio da Súmula nº 347. Esse entendimento foi sumulado sem maiores discussões e com base em uma situação muito específica. Contudo, o tema voltou a ser alvo de casos de grande repercussão, de modo que o STF passou a reavaliar e criticar o controle de constitucionalidade pelo TCU.

Assim, a ausência de uma posição pelo Supremo Tribunal Federal promove um cenário de incerteza, em que o Tribunal de Contas da União continua a utilizar a Súmula nº 347 para apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. Além disso, o TCU acaba por contrariar decisões do STF, de modo que apresenta, em certos momentos, um ativismo que extrapola as suas próprias competências.

22 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636886/AL. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator Min. Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 20/04/2020. DJe: 24/06/2020.

Nesse sentido, é necessário analisar os limites do papel de controle do TCU, verificando se a retirada absoluta da prerrogativa de apreciar a constitucionalidade de atos normativos não resultaria em um enfraquecimento do controle da gestão pública. Além disso, é importante verificar os limites das competências constitucionais do TCU e se a Súmula nº 347 ainda poderia ser aplicada no contexto da Constituição de 1988. Desse modo, a ausência de um posicionamento consolidado gera um cenário de insegurança quanto à atuação do Tribunal de Contas da União, possibilitando, ainda, que o TCU delimite as suas próprias competências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

BRASIL, **Resolução nº 155, de 04 de dezembro de 2002.** Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 35410/DF.** Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 27/03/2018. Dje: 03/04/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 25888/DF.** Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 22/03/2006. Dje: 29/03/2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança nº 8372.** Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator Min. Pedro Chaves. Data de Julgamento: 11/12/1961. Dje: 26/04/1962.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 636886/AL.** Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator Min. Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 20/04/2020. Dje: 24/06/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852475/SP.** Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator Min. Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 08/08/2018. Dje: 25/03/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 347.** O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Sessão Plenária de 13/12/1963. Imprensa Nacional, 1964, p. 151. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2149>>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo n. 013.056/2016-6. Acórdão n. 3166/2016.** Sessão: 7/12/2016. Grupo II- Classe VII. Relator Min. José Múcio Monteiro.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo n. 021.410/2007-8. Acórdão n. 3.351/2011.** Sessão: 24/05/2011. Grupo: I - Classe: II. Relator: Min. Aroldo Cedraz.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo n. 008.210/2004-7. Acórdão n. 39/2006.** Sessão: 25/01/2006. Grupo: I - Classe: I. Relator: Min. Benjamin Zymler.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 222.** As decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Plenário, 08/12/1994. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 282.** As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis. Plenário, 15/08/2012. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla. Súmula STF nº 347: uma nova abordagem sobre a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade de leis e de atos normativos do Poder Público. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 40, n. 111, p. 17-34, jan./abr.2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

FERNANDES, Luís Justiniano Haiek; SOUSA, Eduardo Stênio Silva. **TCU ignora STF sobre prescrição de ações de improbidade**. JOTA. Publicado em 17 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tcu-ignora-stf-sobre-prescricao-de-aco-es-de-improbidade-17082020>>. Acesso em 04 de outubro de 2020.

FERRAZ, Letícia Diniz; ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira de. Tribunais de contas e a abstrativização do controle de constitucionalidade: relativização da Súmula n. 347 do STF. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, out./nov./dez./2012., 133R., TCEMG Belo Horizonte, v. 35, n. 2, p. 118-133, jul./dez. 2017.

KANAYAMA, Ricardo Alberto. **Improbidade no TCU: será que a moda pega?** JOTA. Publicado em 19 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/improbidade-no-tcu-sera-que-a-moda-pega-19082020>>. Acesso em 04 de outubro de 2020.

MARQUES, Bruno; KHOURI, Paulo R. Roque. Do ativismo no STF ao ativismo do TCU: é possível falar em ativismo legislativo no Brasil? **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 11091-11115, mar. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SANTOS, Antonio Augusto Filho. Correlação entre as Finanças Públicas e o Princípio da Separação dos Poderes. **Revista Direito & Dialogicidade**, v. 3, n. 1, dez. 2012.

TRISTÃO, Conrado Valentini. **Controle do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal: Uma análise a partir dos julgamentos de mandatos de segurança**. Dissertação de Mestrado – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

**CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: A DEMOCRACIA INDIRETA
BRASILEIRA COMPARADA À DEMOCRACIA DIRETA**
**CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY: THE INDIRECT BRAZILIAN
DEMOCRACY COMPARED TO THE DIRECT DEMOCRACY**

Matheus Bahia Sousa¹
José Claudio Monteiro de Brito Filho²

artigos
científicos

RESUMO

Este artigo debaterá a respeito das origens constitucionais do sistema democrático representativo brasileiro, comparando-o com o sistema de democracia direta adotado por Suíça e Portugal. Além disso, seu objetivo é responder porque os sistemas dos países mencionados poderiam ser aplicados no Brasil e como isso beneficiaria a nossa sociedade e democracia. A metodologia utilizada foi a teórico-normativa, com análise da doutrina existente a respeito da temática e do conjunto normativo pertinente, no Brasil e em países que adotam a democracia direta.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo e Democracia. Democracia direta. Democracia representativa brasileira. Análise comparada.

ABSTRACT

This article will debate about the constitutional origins of the representative Brazilian democratic system and to compare it with the direct democracy system adopted by Switzerland and Portugal. In addition to that, its objective is to answer why the system of the mentioned countries could be inserted in Brazil and how this would benefit our society and democracy. The methodology used was the theoretical-normative, with analysis of the existing doctrine regarding the theme and the pertinent normative set, in Brazil and in countries where the direct democracy is currently in use.

KEYWORDS: Constitution and Democracy. Direct democracy. Brazilian direct democracy. Compared analysis.

1. INTRODUÇÃO

O conceito de democracia, etimologicamente, é uma junção das palavras gregas *demos*, cujo significado é “povo” e *kratos*, que significa “governo” segundo o dicionário de língua portuguesa Houaiss³ Desde as suas origens até os dias atuais, a forma democrática de governo passou por evoluções a fim de se adaptar à realidade do mundo técnico-científico informacional. As revoluções Inglesa e Francesa marcaram o fim do sistema absolutista, estendendo a igualdade formal a todos os seres humanos, e, mais recentemente, o direito ao voto foi expandido às mulheres e deixou de

1 Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA

2 Doutor em Direito pela PUC-SP, Docente e Vice Coordenador do Programa de Pós Graduação do CESUPA. Titular da Cadeira número 26 da ABDT

3 HOUAISS, Antônio. Pequeno Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 1ª Ed. São Paulo: Moderna, 2015.

ser uma prerrogativa dos homens livres e proprietários de terra, sendo o sufrágio universal estabelecido no Brasil pela constituição de 1934. Hoje, salvo raras exceções, o sistema democrático é o predominante no mundo⁴.

Destarte, podemos chegar à conclusão de que, pois nenhuma sociedade é igual à outra, o ser humano organizou-se em Estados-nação de acordo com suas particularidades e circunstâncias do lugar onde vive. Na data em que este artigo foi escrito, existem cerca de catorze países cujo sistema de participação do povo nas decisões do país é por meio da democracia direta⁵. Das sete constituições que tivemos desde que o Brasil conquistou sua independência, a de 1988 é a que mais se aproxima de uma democracia na qual todos têm direito de influência sobre a política do país. Segundo o legislador: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, p.u., CF).

A problemática a ser debatida neste artigo é a maneira como a democracia deve acontecer no nosso país, citando dois lugares nos quais o fenômeno democrático se dá de maneira peculiar. A democracia atual que mais se assemelha à das cidades-estados gregas é a Suíça, sob o ponto de vista da participação direta do povo em todas as decisões importantes para o seu país. É uma nação pacífica, neutra, e quase não se ouve falar sobre agitações políticas e sociais nela, sendo também um dos países com maior índice de transparência, retorno de impostos em serviços públicos, e onde a liberdade é um princípio norteador desde a fundação do país em 1891⁶. Nem mesmo potências militares adjacentes conseguiram invadir o país, e desde o Congresso de Viena, ocorrido em 1815, a nação manteve sua posição de neutralidade na política internacional⁷, mesmo pelas vias econômicas e de tratados internacionais, uma vez que a condição de membro da União Europeia foi rejeitada em várias oportunidades, e sempre nessas oportunidades o povo suíço exerceu seu direito de estar à frente do destino de sua pátria⁸.

Além disso, temos Portugal, um país com características similares: possui as fronteiras mais antigas da Europa, não se envolveu diretamente em nenhuma das guerras mundiais que o mundo já vivenciou, e nunca conseguiu ser anexado pelo país que lhe circunda por todos os lados, (com exceção da parte banhada pelo Atlântico): Espanha⁹. O artigo 115 da constituição portuguesa trata o assunto:

1. Os cidadãos eleitores recenseados no território nacional podem ser chamados a pronunciar-se directamente, a título vinculativo, através de referendo, por decisão do Presidente da República, mediante proposta

4 THE ECONOMIST, Intelligence Unit. Disponível em <<https://infographics.economist.com/2020/democracy-index-2019/map.html>>. Consultado em 14 de julho de 2020.

5 LINDER, Wolf; MUELLER, Sean. Schweizerische Demokratie: Institutionen - Prozesse - Perspektiven. 1ª Ed. Berna: Paul Haupt Verlag, 2017.

6 SUÍÇA. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Berna: Der Bundesrat, 1999. Disponível em: <<https://www.admin.ch/gov/de/start.html>>. Consultado em 6 de julho de 2020.

7 7 ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. History of Switzerland. Disponível em <<https://www.britannica.com/topic/history-of-Switzerland>>. Consultado em 14 de julho de 2020.

8 Idem, ibidem

9 ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. Portugal. Disponível em <<https://www.britannica.com/place/Portugal>>. Consultado em 14 de julho de 2020.

da Assembleia da República ou do Governo, em matérias das respectivas competências, nos casos e nos termos previstos na Constituição e na lei.

Há diferenças no contexto histórico-cultural de Brasil, Portugal e Suíça que devem ser levados em conta. O primeiro surgiu como uma colônia de exploração de Portugal e manteve a unidade territorial graças ao fato de que a sua independência não foi resultado de uma guerra, mas sim de um acordo entre as elites, enfrentando pouca resistência local. O caráter centralizador dos Imperadores Pedro I e Pedro II conservou a extensão territorial do nosso país¹⁰, o que nos proporciona quase seis mil quilômetros do ponto mais setentrional ao mais meridional. Possuímos uma área na qual caberiam quase cem países do tamanho de Portugal e mais de duzentos do tamanho da Suíça. Some-se a isso o fato de que há áreas de difícil acesso no interior e que aproximadamente um quarto da nossa população se concentra na faixa costeira¹¹. Isso dificultou o exercício da democracia como em Portugal e Suíça até meados dos anos 1990. Nos tempos atuais, essa situação pode mudar graças à tecnologia.

Com este artigo, tem-se como escopo geral comparar a maneira de exercício da democracia nos três países mencionados e contextualizá-la no tempo e no espaço, bem como apontar por que e como devemos optar por um ou outro. Nas últimas eleições italianas, por exemplo, um partido ideologicamente neutro fundado por um comediante conquistou mais de duzentas das 630 cadeiras da Câmara dos Deputados italiana, perdendo apenas para a “coalizão de direita”. E qual sua bandeira principal? A democracia via internet e participação direta do povo em tudo que diz respeito à política nacional¹².

Vale salientar que a internet e a era tecnológica mudaram todas as relações sociais, e agora o povo participa mais ativamente do governo do seu país. Assim, exemplo disso é a iniciativa da lei da ficha limpa (LC Nº 135/2010), um projeto de lei popular, que foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República em 2010. A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) prevê e autoriza o projeto de lei de iniciativa popular, e com o acesso à rede mundial de computadores popularizado, há inúmeras propostas de lei nos websites do Senado Federal. Há vinte ou trinta anos não se imaginava que tamanha instantaneidade e facilidade seriam alcançadas, do ponto de vista de força da democracia. Numa era em que a Monarquia e o Parlamentarismo estão sendo reavivados como um remédio para conter o poder do Judiciário hipertrofiado, urge debater sobre o assunto.

As principais referências a serem utilizadas são o entendimento da doutrina atual sobre o assunto, especialmente obras de Direito Constitucional e relações

10 IBGE. Censo 2010. Disponível em <<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=1&idnoticia=2036&t=ibge-parceria-marinha-brasil-lanca-atlas-geografico-zonascosteirasoeceanicas&view=noticia#:~:text=Devido%20a%20fatores%20hist%C3%B3ricos%20relacionados,50%2C7%20milh%C3%B5es%20de%20habitantes>>. Consultado em 16 de Agosto de 2020.

11 IBGE. Censo 2010. Disponível em <<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=1&idnoticia=2036&t=ibge-parceria-marinha-brasil-lanca-atlas-geografico-zonascosteirasoeceanicas&view=noticia#:~:text=Devido%20a%20fatores%20hist%C3%B3ricos%20relacionados,50%2C7%20milh%C3%B5es%20de%20habitantes>>. Consultado em 16 de Agosto de 2020.

12 CORRIERE DELLA SERA. Elezioni 2018, i risultati: M5S primo partito, nel centrodestra la Lega supera FI. Disponível em <<https://www.corriere.it/elezioni-2018/notizie/elezioni-2018-exit-poll-risultati-proiezioni-spiegel-eb21387e-1ff1-11e8-a09a-92b478235f6f.shtml>>. Consultado em 17 de julho de 2020.

internacionais, além da pesquisa em artigos de periódicos. Foram tomados como base os livros do curso de Direito Constitucional de Gilmar Mendes, escrito em conjunto com Paulo Gustavo Branco¹³, e o de Cláudio Neto e Daniel Sarmento¹⁴, visto que a atualidade com que foram lançadas as últimas edições do livro possibilita com que o pesquisador encontre neles uma fonte fidedigna a respeito do assunto e também por serem autores que comentam sobre o Direito Constitucional com riqueza de detalhes, mencionando inclusive os últimos referendos que o Brasil teve, em 1993 e 2005. Esta pesquisa também tem como esteio a obra de Étienne Grisel¹⁵, professor de direito constitucional da Universidade de Lausanne, na Suíça e Wolf Linder¹⁶, um dos maiores estudiosos da democracia direta no mundo e docente da Universidade de Berna, no mesmo país, pois os dois se ocupam a respeito dessa discussão há pelo menos uma década, e são autores de obras indispensáveis ao entendimento do sistema político suíço, modelo para a forma de democracia defendida por este artigo. Também é fulcral o pensamento de Immanuel Kant¹⁷, filósofo que defendeu o ser humano como um fim, e não um meio, pensamento indispensável para qualquer democracia moderna, pois, um governo democrático deve respeitar as pessoas assim como a filosofia kantiana as descreve, a fim de conduzir a nação a um futuro digno.

Nesse sentido, a metodologia a ser usada é a teórico-normativa, selecionando dados já existentes no ordenamento jurídico nacional e dos países que foram aqui citados, fundamentando as soluções para o problema proposto baseando-as no entendimento dos doutrinadores supracitados e de pesquisas acadêmicas já existentes na área, pois outras áreas das ciências humanas, como a história, filosofia e economia igualmente auxiliam na construção de uma pesquisa de excelência, que possa servir também como auxílio para trabalhos acadêmicos posteriores sobre o assunto tratado aqui.

O estudo está dividido em três itens, sendo o primeiro esta Introdução. Em seguida, discutimos a democracia, tratando do formato semidireto no Brasil, e do funcionamento da democracia direta em Portugal e Suíça. Ainda no item dois, demonstramos como o modelo luso e suíço poderia ser aplicado no Brasil, e o entendimento dos tribunais a respeito. Encerramos fazendo algumas considerações finais.

2. A DEMOCRACIA E A SUA IMPORTÂNCIA PARA UMA NAÇÃO

Desde os primeiros agrupamentos humanos, na antiguidade clássica, existe o estágio no qual as pessoas teriam de escolher um sistema para decidir os rumos de seus núcleos familiares (como por exemplo, os *genos* na Grécia Antiga). Certamente, o povo grego, formado pela união dessas tribos de língua similar e origem indo-europeia, tem

13 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

14 NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

15 GRISEL, Etienne. Initiative et référendum populaires. Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse. 3ª Ed. Berna: Staempfli Editions, 2004.

16 LINDER, Wolf; MUELLER, Sean. Schweizerische Demokratie: Institutionen - Prozesse - Perspektiven. 1ª Ed. Berna: Paul Haupt Verlag, 2017.

17 KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. 4ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2015.

um papel indiscutível na sociedade Ocidental atual no que diz respeito à organização política¹⁸. Aristóteles, que viveu entre os períodos clássico e helenístico dessa civilização, citava que para um governo prosperar, ele tem de buscar o bem comum, e a democracia estava entre as formas de governo que, segundo o filósofo, eram benéficas para uma nação¹⁹. Suas ideias posteriormente influenciaram pensadores como Tomás de Aquino e Maquiavel, grandes referências no estudo do poder²⁰.

Porém, ao analisarmos o sistema democrático das *Pólis* da Grécia Antiga, especialmente a de Atenas, percebemos uma coisa: só poderia participar do sistema democrático aquele que fosse homem, livre, filho de pai e mãe atenienses, e maior de 18 anos. Mulheres, escravos e estrangeiros não tinham qualquer vez para decidir os rumos da sociedade em que viviam. Vale ressaltar, que a sociedade grega antiga desprezava o trabalho manual, vital para a manutenção econômica das *Pólis* naquele tempo, e quem era pobre e não possuía escravos, ainda obedecendo aos critérios supracitados, tinha pouca ou nenhuma voz na política ateniense, pois tinha de trabalhar duro para se manter. Assim, podemos concluir que a primeira experiência democrática que a humanidade viveu era patriarcal, elitista e escravocrata. Apenas os homens ricos e donos de muitos escravos tinham tempo para serem ativos na vida política de Atenas²¹.

Entre os dias da antiguidade clássica e os dias atuais, passaram-se muitos eventos que transformaram e aperfeiçoaram a forma como o ser humano lida com o processo democrático, como as invasões bárbaras, o início do feudalismo, a ascensão da burguesia urbana, e, por fim, a queda do absolutismo, quando a Revolução Francesa triunfou em 1789 e a idade contemporânea se iniciou²². Desde então, as nações do mundo Ocidental gradativamente foram estendendo o direito ao voto, baseando-se na premissa de que todo ser humano nasce livre e igual. É mister citar que a filosofia de Kant é a base para o conceito moderno de democracia: o ser humano é um fim em si mesmo, e apenas por existir, merece a igualdade formal perante o seu semelhante²³. O absolutismo no ocidente chegou ao fim (com exceção da Cidade do Vaticano), e a democracia está presente em quase a totalidade dos países europeus e americanos²⁴.

Dessarte, ocorre em alguns países, como Suíça e Portugal, de a democracia ser semelhante à ateniense, mas, agora, ampliada para a participação de qualquer pessoa adulta e em condições de votar. Em Portugal, por exemplo, ocorreu em 2007 um referendo sobre a descriminalização do aborto²⁵. Já na Suíça, organizam-se dezenas

18 FEIJÓ, Martin Cezar. A democracia Grega. 15ª Ed. São Paulo: Ática, 2017.

19 ARISTÓTELES. A Política. 1ª Ed. São Paulo: Lafonte, 2017.

20 CRISTÓVAM, JOSÉ SERGIO DA SILVA. Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público. Rev. Investig. Const., Curitiba, v. 6, n. 1, p. 107-134, Apr. 2019. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392019000100107&lng=en&nrm=iso>. Consultado em 14 de julho de 2020.

21 SOARES, Fábio Augusto Morales. A democracia ateniense pelo avesso – Os metecos e a Política nos discursos de Lísias. Dissertação (Dissertação de Mestrado) - USP. São Paulo, 2009.

22 NETO, José Alves; TASINAFIO, Célio Ricardo. História Geral e do Brasil – Volume Único. 3ª Ed. São Paulo: Harbra, 2015.

23 KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. 4ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2015.

24 BBC. Portugal will legalize abortion. Disponível em <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6350651.stm>>. Consultado em 14 de julho de 2020. (em inglês).

25 BBC. Portugal will legalize abortion. Disponível em <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6350651.stm>>. Consultado em 14 de julho de 2020. (em inglês).

de consultas populares sobre temas como construção de minaretes em mesquitas e proibição da discriminação por orientação sexual, desde 1798. O último referendo foi em 2019²⁶. No Brasil, após a promulgação da CRFB de 1988, tivemos apenas as consultas populares de 1993, versando sobre a forma de governo (Monarquia ou República), e o sistema de governo (Parlamentarismo ou Presidencialismo)²⁷, e em 2005, quando o povo rejeitou a proibição da venda de armas de fogo e munição²⁸.

Vemos, a partir dos dados apresentados, que pouco o povo brasileiro participa diretamente da aprovação de leis que podem mudar o curso da história do seu país. Isso pode ter sido causado porque, o sistema político brasileiro, desde o descobrimento pelo homem europeu, é excludente e elitista, e pese que o direito de voto tenha sido há muito tempo estendido a todos os cidadãos em idade adulta, há grupos da nossa sociedade que não se interessam muito na participação política, como efeito de ficarem excluídos dela durante alguns séculos. Um exemplo muito atual é a lei da Ficha Limpa, já citada anteriormente: a corrupção e malversação de dinheiro público é terminantemente reprovada pelo que o direito chama “homem médio” brasileiro, mas só em 2010, a classe política cedeu à pressão popular e tornou inelegíveis por oito anos todos os postulantes a cargo eletivo condenados previamente por colegiado.

Um exemplo muito atual disso é o indeferimento da candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva, após ser condenado por unanimidade pela oitava turma de desembargadores do TRF-4, em processo que é um dos desdobramentos da Operação Lava Jato. O ex-mandatário, à época da condenação (2018), era o favorito para vencer as eleições presidenciais, e se viu impedido a tal, por lei que ele mesmo sancionou, mas que sem a participação direta do povo na iniciativa, indubitavelmente não teria o mesmo sucesso. Uma pequena ação por parte de cada brasileiro que assinou o projeto de lei mudou consideravelmente o futuro do seu país. Certamente, se outros projetos similares, ou a convocação de mais plebiscitos e referendos fossem rotina no Brasil, assim como são nos países europeus citados neste artigo, teríamos um país mais livre e democrático.

É certo que as pequenas dimensões geográficas de Portugal e Suíça facilitam o desenvolvimento de uma democracia na qual a voz do cidadão é maior e dá a última palavra quanto às questões de interesse de sua pátria, porém, vivemos numa era de revolução das telecomunicações, e durante as eleições presidenciais no Brasil, pouco mais de três ou quatro horas depois do fim da votação, já é possível saber quem são os novos parlamentares, governadores e presidente. O sistema de votação eletrônico, presente no Brasil desde 1997 (segundo o TSE), deve ser usado a favor de uma maior participação popular nas decisões importantes para o seu país, pois além da velocidade com que os resultados são conhecidos, ele possibilita que tanto

26 SWISS INFO. Referendo na Suíça em 2020. Disponível em: <<https://www.swissinfo.ch/eng/in-depth/vote-february-9-2020>>. Consultado em 14 de julho de 2020.

27 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. EC nº 2/92, dispositivo que instaurou a consulta popular de 1993 no Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc02.htm>. Consultado em 14 de julho de 2020.

28 FOLHA DE SÃO PAULO. Referendo sobre venda de armas é aprovado. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/f0707200501.htm>>. Consultado em 14 de julho de 2020.

o ribeirinho do interior do Pará, quanto o morador de bairros centrais das nossas maiores metrópoles, Rio e São Paulo, estejam em igualdade de condições na escolha do futuro da nação.

2.1. A DEMOCRACIA SEMI-DIRETA NO BRASIL

Vivemos atualmente sob a égide da Constituição Federal que foi promulgada em 1988, classificada como social e humanizada, dada a sua ênfase na dignidade formal e material do ser humano. Segundo o nosso atual sistema democrático, a cada quatro anos há eleições estaduais e federais, na qual escolhemos deputados estaduais (representantes do povo nas assembleias legislativas), deputados federais (representantes do povo na Câmara Federal), senadores (representantes dos estados), governadores (chefes do executivo estadual) e Presidente da República, chefe do executivo nacional²⁹. Votamos às vezes sem parar para pensar o porquê dessa ação, e, muitas vezes, sem pensar na sua importância. Salvo raríssimas exceções, são esses representantes que votam sobre as leis do nosso país e decidem o seu futuro.

O Brasil foi um dos pioneiros no uso de votação eletrônica, e esta tecnologia deveria ser usada para expandir a participação popular na elaboração da legislação pátria, uma vez que a CRFB também prevê o referendo e o plebiscito como formas de o povo exercer o poder a que tem direito, segundo o mesmo diploma legal. Nos tempos do plebiscito das armas em 2005, o povo foi taxativo - por conta da votação muito expressiva na não proibição do comércio de armas de fogo e munição - que não queria a proibição, o que forçou o presidente a época, de forte viés desarmamentista, a acatar a decisão popular³⁰. Mas, e caso esta decisão ficasse nas mãos apenas do legislador e do chefe do executivo? Isso é uma grande incógnita.

A nossa história, no entretanto, difere da dos dois outros países aqui estudados, pois o Brasil passou por duas ditaduras, Portugal apenas pelo regime Salazarista³¹ e, a Suíça, nunca passou por tal regime. Devido a essa agitação social maior, das quais só participavam as elites, e as massas ficavam alheias, talvez o nosso povo criasse um distanciamento maior da vida pública e tivesse um certo receio de se envolver com ela, devido também à repressão que sofreram enquanto o país foi governado por oligarquias.

Desde que o acesso à internet, a notícias e a portais de transparência de órgãos públicos de todos os poderes foi disponibilizado, em todas as esferas, o brasileiro tem se mostrado mais interessado nas decisões políticas do país, assim como ocorre em Portugal e Suíça, países desenvolvidos e que têm muitos séculos de experiência política que o nosso. Desde que o Brasil começou a ser um país emergente, vemos cada vez mais a participação direta dos cidadãos no processo democrático. Podemos

29 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

30 ANASTASIA, Fátima; INÁCIO, Magna; NOVAIS, Raquel. Democracia e Referendo no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

31 NETO, José Alves; TASINAFO, Célio Ricardo. História Geral e do Brasil - Volume Único. 3ª Ed. São Paulo: Harbra, 2015.

perceber que o Brasil, pese o fato de que ainda esteja atrás da Índia e da África do Sul, a cada ano sobe mais no ranking de democracia da revista The Economist, estando significativamente à frente de México, Rússia e, obviamente, da China, países que são considerados potências emergentes na atualidade³².

Assim, não há óbice para a implantação de uma democracia direta nos moldes suíços no nosso país, uma vez que possuímos um moderno sistema de votação eletrônica, um povo que a cada ano se torna mais politicamente consciente, e uma sociedade que anseia por transparência e bom uso do dinheiro público, e um público cada vez mais politizado e ao qual não falta vontade de ser decisivo nas leis que guiarão o futuro do seu país. A criação do portal da transparência foi um marco nesse sentido, uma vez que qualquer pessoa pode fiscalizar o uso do dinheiro público, precisando apenas de um computador ou celular para isso.

Além da LC 135/2010, temos outros três exemplos de projetos de iniciativa popular que se transformaram em leis. Notadamente, houve o caso Daniella Perez, jovem filha da autora de novelas Glória Perez, que foi brutalmente assassinada em 1992, causando comoção e repercussão nacionais. Como a lei 8.072/90 (lei de crimes hediondos) não previa o homicídio qualificado como crime hediondo, houve, à época do assassinato, uma coleta de assinaturas para que a lei de crimes hediondos incluísse o homicídio com qualificadoras. Cerca de um milhão e trezentas mil pessoas assinaram, e em 1994 o homicídio qualificado passou a ser crime hediondo, o que impactou em diversos crimes ocorridos depois dessa data³³.

O povo brasileiro já pôde perceber que a sua voz tem impacto e pode fazer com que os seus desejos reverberem e sejam acatados pelos nossos representantes, além de fazê-los saber que eles trabalham para o povo, e não o inverso. Nosso país poderia alcançar níveis de democracia e desenvolvimento nunca antes vistos, com a adoção de um sistema que deixe o povo à frente do governo, com os representantes sendo meramente peça formal e decorativa nesse processo, intervindo excepcionalmente quando necessário. A exemplo disso, houve o caso da Estônia, antiga república soviética que tem um desenvolvimento ímpar comparado a outros países do antigo bloco comunista, e vem sofrendo uma explosão de níveis de democracia e qualidade de vida desde que adotou o voto eletrônico em 2005³⁴. E a partir de agora, especialmente por causa da pandemia da Covid-19, essa será a tendência mundial³⁵.

Segundo pesquisa recente da revista EXAME, é incomum que o brasileiro médio se lembre em quem votou nas últimas eleições³⁶, o que mostra que o sistema atual é falho, e que, dadas as dimensões continentais e riquezas inestimáveis que o nosso

32 THE ECONOMIST, Intelligence Unit. Disponível em <<https://infographics.economist.com/2020/democracy-index-2019/map.html>>. Consultado em 14 de julho de 2020.

33 MAIA, Regina Elisemar Custódio; MADEIRA, Everton, Luiz. Liberdade comunicativa e forma direito. In: IX Jornada de Iniciação Científica e de Extensão Universitária, 2017, Curitiba.

34 DIÁRIO DE NOTÍCIAS. Estônia. "O voto eletrônico traz igualdade mas (ainda) não é para todos". Disponível em <<https://insider.dn.pt/featured/voto-eletronico-estonia-presidente/17882/>>. Consultado em 16 de julho de 2020.

35 SUPERINTERESSANTE. O mundo pós-coronavírus. Disponível em <<https://super.abril.com.br/especiais/o-mundo-pos-coronavirus/>>. Consultado em 16 de agosto de 2020.

36 EXAME. 79% dos brasileiros não lembram em quem votaram para o Congresso. Disponível em <<https://exame.com/brasil/79-dos-brasileiros-nao-lembram-em-quem-votaram-para-o-congresso/>>. Consultado em 17 de julho de 2020.

solo possui, é mais fácil que duzentas milhões de pessoas decidam o que é melhor para o seu país do que apenas 594 deputados e senadores, mais um presidente e vinte e sete governadores³⁷. É comum ouvir que são muitos políticos, mas na realidade seriam poucos, visto que governar um país como o Brasil é tarefa muito complexa e que exige muitas pessoas.

2.2. COMO FUNCIONA A DEMOCRACIA DIRETA EM PORTUGAL E SUÍÇA

Ao nos depararmos com a história e contexto cultural já mencionados desses países, vemos que o modelo de participação popular na política os auxiliou a serem exemplos mundiais de democracia e estabilidade política. Portugal e Suíça estão, respectivamente, em décimo e vigésimo-segundo no Índice Global de Democracia da revista *The Economist*, ambos classificados como “democracias perfeitas”, a classificação mais elevada da lista.

Segundo o Instituto Mises Brasil³⁸, nos noticiários, nunca se ouve falar em quem é o chefe de governo da Suíça. Principalmente porque o presidente é trocado de ano em ano, e desde a antiga Confederação Helvética (nome original do país), a busca pelo poder nunca foi importante para a nação. A população dos oito cantões originais sempre se uniu em busca da paz e do não envolvimento da região em guerras, sem se aliar a nenhum poder externo, apesar de suas diferenças religiosas. O princípio norteador dessa confederação era a assistência militar e defesa mútua em caso de invasão externa, e marca o país até hoje.

Mesmo quando as diferenças entre os cantões provocavam guerras entre eles, nenhum deles propunha um governo central como solução, cada cantão se governava sem seguir ordens dos outros. A união militar entre eles e a preservação da neutralidade evitaram que o país se envolvesse em guerras. O resultado da rejeição ao poder centralizado e da valorização do autogoverno e democracia direta tornaram a nação, mesmo pequena e sem nenhum recurso natural, uma referência mundial em riqueza e liberdade.

No país da Europa central, as leis federais seguem essas etapas antes de serem aprovadas:

1. Um projeto de lei é preparado pelos especialistas na administração federal.
2. Esse projeto de lei é apresentado para um grande número de pessoas por meio de uma pesquisa de opinião: governos cantonais, partidos políticos, ONGs, associações da sociedade civil podem comentar sobre o projeto de lei e propor mudanças.
3. O resultado é apresentado a comissões parlamentares dedicadas ao assunto nas duas câmaras do parlamento federal, é discutido em detalhes a portas fechadas e finalmente é debatido em sessões públicas em ambas as câmaras do parlamento.

37 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

38 INSTITUTO MISES BRASIL. Você sabe quem é o presidente da Suíça? . Disponível em <<https://www.mises.org.br/article/2606/voce-sabe-quem-e-o-presidente-da-suica>>. Consultado em 17 de julho de 2020.

4. O eleitorado possui o poder final de veto sobre o projeto de lei. Se qualquer pessoa conseguir encontrar, em três meses, 50.000 cidadãos dispostos a assinar uma petição pedindo um referendo sobre esse projeto de lei, um referendo será marcado. Para que um referendo seja aprovado, o projeto de lei precisa ser apoiado apenas pela maioria do eleitorado nacional, e não pela maioria dos cantões. É comum a Suíça fazer mais de dez referendos em um determinado ano (INSTITUTO MISES BRASIL, 2020)³⁹.

Foi este sistema que tornou a Suíça um exemplo de liberdade e participação popular. O poder de veto é sempre do povo, que decide quase todas as leis que serão aprovadas.

Em Portugal, o referendo é o meio pelo qual o povo pode exercer a democracia direta, conforme estabelecido no artigo 115 da Constituição daquele país. A lei passou por várias reformas desde o fim do regime Salazarista e chegou ao seu formato atual em 2005. Apesar de que o referendo foi utilizado escassamente naquele país, as questões do aborto e da regionalização, importantíssimas nos dias de hoje, foram objeto de consulta popular, e o povo foi soberano, de maneira direta, para legislar sobre esses aspectos. De acordo com Huntington (1984, *apud* VIEIRA, 2009)⁴⁰, isso ocorreu porque Portugal foi um país que saiu de um regime ditatorial recente e ainda está se habituando ao modelo democrático, assim como outros países, incluindo o Brasil.

2.3. COMO O MODELO LUSO-SUIÇO PODERIA SER APLICADO NO BRASIL

Vivemos em um país novo e com pouco tempo de experiência democrática. Por causa disso, naturalmente, haverá sempre os argumentos favoráveis e contrários ao exercício do voto popular como fator decisivo na legislação nacional. Atualmente, segundo o livro de Gilmar Mendes e Gustavo Branco⁴¹, os direitos políticos dos brasileiros definem-se assim:

Nos termos da Constituição, a soberania popular se exerce pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular (art. 14).

Segundo Romanelli Silva⁴², o voto não se restringe apenas à participação nas eleições que escolhem representantes, mas também no direito em participar de plebiscitos, referendos e projetos de iniciativa popular. Mendes e Branco veem positivamente o referendo e o plebiscito como formas de ampliar a participação do povo na política, mas ao mesmo tempo os veem com ceticismo quando o tema a ser votado é muito sensível ou sofisticado para o entendimento da população. Para defender sua posição, ele cita os protestos populares no Brasil em 2013, durante os quais a presidente Dilma Rousseff propôs um plebiscito sobre reforma política, mas devido

39 Idem, *ibidem*.

40 HUNTINGTON, 1984 *apud* VIEIRA, 2009. VIEIRA, Pedro Capra. Referendo: mecanismo de democracia direta no espaço Europeu. Dissertação de Mestrado. Universidade do Porto. Porto, 2009.

41 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1146.

42 2005, *apud* MENDES, 2015. Idem, *ibidem*.

à pressão do congresso, a proposta não seguiu em frente. De acordo com Mendes, a participação direta é positiva, porém tem de ser empregada com sabedoria⁴³. Cláudio Neto e Daniel Sarmiento⁴⁴ adotam postura similar, pois em suas palavras, não é necessário ter bola de cristal para prever que, pautas polêmicas iriam diretamente a juízo popular e que a remoção de cláusulas pétreas, como a vedação à pena de morte em tempos de paz, seria realidade.

A favor, teríamos a teoria do maximalismo democrático, que defende conforme a participação do povo nas decisões do seu país cresce, os índices de democracia também se elevam. Segundo essa corrente, não deveria existir diferença entre governantes e governados. Segundo Rauschenbach⁴⁵, a participação direta dos cidadãos na política de um país é *conditio sine qua non* para que a democracia exista.

Norberto Bobbio⁴⁶ defende que todas as formas de governo possuem um caráter descritivo e outro, prescritivo. De um ponto de vista histórico e descritivo, a melhor definição de democracia é a de um poder exercido por todos, diretamente, em praça pública (se o tamanho da comunidade o permitir) ou por meios eletrônicos, no caso da modernidade.

Segundo Max Weber a democracia direta é benéfica porque promove a igualdade entre todos para a direção dos assuntos comuns e reduz o que o autor chama “poder de mando”, distribuindo esse último na mão de muitas pessoas. O autor também diz que a democracia indireta existe no mundo atual por um fenômeno parecido com o que se encontrava na Grécia Antiga: alguns indivíduos se dedicam à política, e outros à atividade econômica. Ainda segundo o sociólogo alemão, a democracia representativa é uma “democracia de massas”, dando a entender que é mais fácil controlar as massas com ela do que sem ela.

É evidente que, apesar de opiniões contrárias existirem e serem a doutrina majoritária no nosso país, como já citado anteriormente, que, progressivamente, todas as nações adotem a democracia direta, pois a instantaneidade do fluxo de informações no mundo hodierno é mais compatível com um sistema que amplifica a voz do povo do que com um sistema que delega essa voz a um representante. E no Brasil, não será diferente. Irineu Júnior e Gustavo Venturi⁴⁷ apontam em seu artigo sobre o impacto da internet e da disseminação de *fake news* nas eleições de 2018, a rede mundial de computadores como fator decisivo nos resultados do pleito, tirando da televisão e mídia impressa o monopólio sobre a informação e influência sobre o público.

43 Idem, ibidem.

44 NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017

45 RAUSCHENBACH, Rolf. Processos de democracia direta: sim ou não? Os argumentos clássicos à luz da teoria e da prática. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, v. 22, n. 49, p. 205-230, Mar. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782014000100011&lng=en&nrm=iso>. Consultado em 17 de julho 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782014000100011>.

46 1980, p. 27 *apud* PASOLD, 1984. PASOLD, César Luiz. Breves reflexões sobre a democracia direta. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 75-80, jan. 1984. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16747/15318>>. Consultado em: 17 jul. 2020.

47 JÚNIOR, Irineu; VENTURI, Gustavo. Fake news em imagens: um esforço de compreensão da estratégia comunicacional exitosa na eleição presidencial brasileira de 2018. Revista Debate, v. 14, n. 1. Porto Alegre, UFRGS, 2020.

2.4. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NACIONAIS SOBRE O ASSUNTO

O STF tem se mostrado favorável à realização da democracia direta, notadamente da ação popular. No entanto, conforme seu entendimento mais recente, os direitos defendidos nessas consultas não podem ser individuais ou coletivos subjetivos, mas sim de relevância para a totalidade da sociedade (conforme o julgado do AREsp 1207127 AM 2017/0294970-8).

Segundo Marquetti e Berni (2011), houve uma melhora na oferta de serviços públicos e maior aplicação de recursos em educação e habitação quando algumas cidades do estado do Rio Grande do Sul adotaram o orçamento participativo, entre os anos de 1997 e 2004. A proposta de orçamento participativo também é outra forma de exercício da democracia direta que foi adotada por alguns municípios gaúchos durante o período. O Supremo Tribunal Federal negou provimento a ação da Procuradoria Estadual do RS para impedir com que o município de Canoas estabelecesse essa forma de participação popular (AI 222351 RS).

Ainda, no RE 626946 SP, o STF julgou procedente uma ação do município de São Paulo quando este planejava instituir um conselho de membros da sociedade civil que fiscalizaria o executivo municipal, citando o doutrinador José Afonso da Silva no acórdão, uma vez que ele defende que a democracia direta provê maior concretude à representação política.

Conforme defende José Afonso da Silva⁴⁸, democracia direta é aquela em que o povo participa de todos os assuntos da política nacional por meio do voto. Porém, ela pode ser exercida também por meio de iniciativas como as que foram citadas acima. O povo pode participar do governo não somente a nível federal, mas também, municipal.

O orçamento participativo, tal qual julgado pelos tribunais nacionais, seria uma excelente forma de familiarizar a população com a ideia de governo verdadeiramente democrático e inclusivo, uma vez que a qualidade dos serviços públicos melhorou significativamente nos municípios gaúchos citados acima⁴⁹.

Na cidade de Belém- PA, houve também um modelo de participação popular adotado durante a prefeitura de Edmilson Rodrigues, especialmente durante seu primeiro mandato (1997-2001). O planejamento urbano e o orçamento eram discutidos e decididos juntamente a representantes civis de cada bairro, o que é uma iniciativa louvável, pois, se não existia ainda a democracia direta e eletrônica no Brasil, era um projeto que aproximava a sociedade aos seus governantes, e conseguia levar a eles os seus principais problemas e sugestões de melhorias. Conforme Olinda Rodrigues:

48 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2016, 39 ed. rev. e atual.

49 BERNI, Duílio de Ávila; MARQUETTI, Adalmir Antonio. Efeitos Fiscais da Democracia Direta nos Municípios Gaúchos: 1997-2004. Revista Análise Econômica. Porto Alegre, v. 28, p. 195-223. Disponível em <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/10422>>. Consultado em 17 de julho de 2020.

A proposta de transformação da cultura política tradicional e a construção de outra cultura política são elementos que compuseram o programa de governo onde se afirmava a intenção de romper com os “vícios crônicos da política tradicional” e estimular a sociedade a ser protagonista de sua história, comprometendo-se ainda em criar novos espaços para orientação das ações de planejamento, execução e gestão da máquina pública. A participação popular foi o fundamento para impulsionar o processo de inverter prioridades, uma vez que ela foi apresentada para compor um modelo de cogestão envolvendo governo e sociedade com a finalidade de subsidiar ações no processo decisório. O Orçamento Participativo foi também destacado como um mecanismo que possibilitaria a busca de direitos e de cidadania, através da ação coletiva⁵⁰.

Pode-se concluir que há uma visão favorável do nosso judiciário e sobre o exercício do poder de forma direta pelos cidadãos, e que essa visão tende, pelos motivos citados mais acima, a ampliar-se na sociedade civil como um todo.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto no texto, podemos ver que a democracia direta é uma tendência no mundo moderno e não deve deixar de ser experimentada pelo nosso país, uma vez que possuímos totais condições orçamentárias e tecnológicas para implantá-la. O sucesso das quatro leis que vieram de projetos de iniciativa popular e o resultado impactante do referendo de 2005, mostram que o modelo adotado em Portugal e Suíça possui todas as condições formais e materiais de ser adotado em solo pátrio.

Hannah Arendt⁵¹ sustenta que para que a democracia continue a viver, é preciso que o Estado incorpore às instituições características da democracia direta, e a última não deve ser vista como obrigação, mas sim um direito fundamental e irrenunciável de todo ser humano.

Ainda a esse respeito, Jussara Borges e Helena Pereira da Silva⁵² defendem que o modelo atual faz com que a democracia indireta perca credibilidade, visto a imensa corrupção e ineficiência dos serviços públicos no nosso país e a impopularidade dos políticos atualmente por essa razão. Uma sociedade, no futuro, deve considerar a volta da democracia nos moldes suíços ou atenienses.

Chegamos a um estágio de máximo de obtenção da liberdade e igualdade conquistadas pela revolução francesa e que puseram fim ao absolutismo e a todas as formas de governo tirânico. E, para combater a tirania, nada melhor que o exercício da democracia. A modernidade proporcionou ferramentas que o homem pré-modernidade não obtinha e, com ela, a participação na política e escolha dos rumos de uma nação agora se estende universalmente a todos os cidadãos.

50 BERNI, Duilio de Ávila; MARQUETTI, Adalmir Antonio. Efeitos Fiscais da Democracia Direta nos Municípios Gaúchos: 1997-2004. Revista Análise Econômica. Porto Alegre, v. 28, p. 195-223. Disponível em <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/10422>>. Consultado em 17 de julho de 2020.

51 ARENDT, Hannah. A condição humana. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

52 BORGES, Jussara; PEREIRA, Helena da Silva. DEMOCRACIA ELETRÔNICA E COMPETÊNCIA INFORMACIONAL. Informação & Sociedade: Estudos, João Pessoa, v. 16, n. 1, 1 jan. 2006.

O bem mais precioso do homem é a liberdade, e não há liberdade maior do que aquela de ter o poder de se autogovernar e escolher livremente o que se deseja para a sociedade. Benazir Bhutto, ex-primeira-ministra paquistanesa e primeira mulher a chefiar o governo de um país islâmico, dizia que “A democracia é necessária para a paz e para minar as forças do terrorismo”⁵³. Com o enfraquecimento iminente do terrorismo armado, podemos interpretar essa citação como se ela se referisse ao pior dos pesadelos de uma pessoa: ter sua vida dirigida pela força de outrem.

Governar a si próprio é o estado natural do ser humano, e, progressivamente chegaremos a um estágio no qual todas as decisões da nossa comunidade serão feitas unicamente por nossas próprias mãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HOUAISS, Antônio. Pequeno Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 1ª Ed. São Paulo: Moderna, 2015.

THE ECONOMIST, Intelligence Unit. Disponível em <<https://infographics.economist.com/2020/democracy-index-2019/map.html>>. Consultado em 14 de julho de 2020.

LINDER, Wolf; MUELLER, Sean. Schweizerische Demokratie: Institutionen - Prozesse - Perspektiven. 1ª Ed. Berna: Paul Haupt Verlag, 2017.

SUIÇA. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Berna: Der Bundesrat, 1999. Disponível em: <<https://www.admin.ch/gov/de/start.html>>. Consultado em 6 de julho de 2020.

ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. History of Switzerland. Disponível em <<https://www.britannica.com/topic/history-of-Switzerland>>. Consultado em 14 de julho de 2020.

ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. Portugal. Disponível em <<https://www.britannica.com/place/Portugal>>. Consultado em 14 de julho de 2020.

NETO, José Alves; TASINAFO, Célio Ricardo. História Geral e do Brasil – Volume Único. 3ª Ed. São Paulo: Harbra, 2015.

IBGE. Censo 2010. Disponível em <<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=1&idnoticia=2036&t=ibge-parceria-marinha-brasil-lanca-atlas-geografico-zonascosteirasocceanicas&view=noticia#:~:text=Dev%20do%20a%20fatores%20hist%C3%B3ricos%20relacionados,50%2C7%20milh%C3%B5es%20de%20habitantes>>. Consultado em 16 de Agosto de 2020.

CORRIERE DELLA SERA. Elezioni 2018, i risultati: M5S primo partito, nel centrodestra la Lega supera FI. Disponível em <<https://www.corriere.it/elezioni-2018/notizie/elezioni-2018-exit-poll-risultati-proiezioni-spglio-eb21387e-1ff1-11e8-a09a-92b478235f6f.shtml>>. Consultado em 17 de julho de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRISEL, Etienne. Initiative et référendum populaires. Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse. 3ª Ed. Berna: Staempfli Editions, 2004.

LINDER, Wolf; MUELLER, Sean. Schweizerische Demokratie: Institutionen - Prozesse - Perspektiven. 1ª Ed. Berna: Paul Haupt Verlag, 2017.

KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. 4ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2015.

FEIJÓ, Martin Cezar. A democracia Grega. 15ª Ed. São Paulo: Ática, 2017.

53 THE BOSTON GLOBE. Journeying to democracy. Disponível em: <http://archive.boston.com/bostonglobe/editorial_opinion/oped/articles/2007/10/18/journeying_to_democracy/>. Consultado em 16 de agosto de 2020.

ARISTÓTELES. A Política. 1ª Ed. São Paulo: Lafonte, 2017.

CRISTÓVAM, JOSÉ SERGIO DA SILVA. Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público. Rev. Investig. Const., Curitiba, v. 6, n. 1, p. 107-134, Apr. 2019. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392019000100107&lng=en&nrm=iso>. Consultado em 14 de julho de 2020.

SOARES, Fábio Augusto Morales. A democracia ateniense pelo avesso – Os metecos e a Política nos discursos de Lísias. Dissertação (Dissertação de Mestrado) - USP. São Paulo, 2009.

NETO, José Alves; TASINAFO, Célio Ricardo. História Geral e do Brasil – Volume Único. 3ª Ed. São Paulo: Harbra, 2015.

KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. 4ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2015.

THE ECONOMIST, Intelligence Unit. Disponível em <<https://infographics.economist.com/2020/democracy-index-2019/map.html>>. Consultado em 14 de julho de 2020.

BBC. Portugal will legalize abortion. Disponível em <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6350651.stm>>. Consultado em 14 de julho de 2020. (em inglês).

SWISS INFO. Referendo na Suíça em 2020. Disponível em: <<https://www.swissinfo.ch/eng/in-depth/vote-february-9-2020>>. Consultado em 14 de julho de 2020.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. EC nº 2/92, dispositivo que instaurou a consulta popular de 1993 no Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc02.htm>. Consultado em 14 de julho de 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. Referendo sobre venda de armas é aprovado. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0707200501.htm>>. Consultado em 14 de julho de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

ANASTASIA, Fátima; INÁCIO, Magna; NOVAIS, Raquel. Democracia e Referendo no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006

NETO, José Alves; TASINAFO, Célio Ricardo. História Geral e do Brasil – Volume Único. 3ª Ed. São Paulo: Harbra, 2015.

THE ECONOMIST, Intelligence Unit. Disponível em <<https://infographics.economist.com/2020/democracy-index-2019/map.html>>. Consultado em 14 de julho de 2020.

MAIA, Regina Elisemar Custódio; MADEIRA, Everton, Luiz. Liberdade comunicativa e forma direito. In: IX Jornada de Iniciação Científica e de Extensão Universitária, 2017, Curitiba.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS. Estônia. “O voto eletrônico traz igualdade mas (ainda) não é para todos”. Disponível em <<https://insider.dn.pt/featured/voto-eletronico-estonia-presidente/17882/>>. Consultado em 16 de julho de 2020.

SUPERINTERESSANTE. O mundo pós-coronavírus. Disponível em <<https://super.abril.com.br/especiais/o-mundo-pos-coronavirus/>>. Consultado em 16 de agosto de 2020.

EXAME. 79% dos brasileiros não lembram em quem votaram para o Congresso. Disponível em <<https://exame.com/brasil/79-dos-brasileiros-nao-lembram-em-quem-votaram-para-o-congresso/>>. Consultado em 17 de julho de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

INSTITUTO MISES BRASIL. Você sabe quem é o presidente da Suíça? . Disponível em <<https://www.mises.org.br/article/2606/voce-sabe-quem-e-o-presidente-da-suica>>. Consultado em 17 de julho de 2020.

HUNTINGTON, 1984 *apud* VIEIRA, 2009. VIEIRA, Pedro Capra. Referendo: mecanismo de democracia direta no espaço Europeu. Dissertação de Mestrado. Universidade do Porto. Porto, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1146.

2005, *apud* MENDES, 2015. Idem, *ibidem*.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RAUSCHENBACH, Rolf. Processos de democracia direta: sim ou não? Os argumentos clássicos à luz da teoria e da prática. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, v. 22, n. 49, p. 205-230, Mar. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782014000100011&lng=en&nrm=iso>. Consultado em 17 de julho 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782014000100011>.

1980, p. 27 *apud* PASOLD, 1984. PASOLD, César Luiz. Breves reflexões sobre a democracia direta. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 75-80, jan. 1984. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16747/15318>>. Consultado em: 17 jul. 2020.

1980, *apud* SELL, 2011. SELL, Carlos Eduardo. Democracia com liderança: Max Weber e o conceito de democracia plebiscitária. Rev. Bras. Ciênc. Polít., Brasília, n. 5, p. 139-166, jul. 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522011000100006&lng=pt&nrm=iso>. Consultado em 17 julho de 2020. <https://doi.org/10.1590/S0103-33522011000100006>.

JÚNIOR, Irineu; VENTURI, Gustavo. Fake news em imagens: um esforço de compreensão da estratégia comunicacional exitosa na eleição presidencial brasileira de 2018. Revista Debate, v. 14, n. 1. Porto Alegre, UFRGS, 2020.

BERNI, Duilio de Ávila; MARQUETTI, Adalmir Antonio. Efeitos Fiscais da Democracia Direta nos Municípios Gaúchos: 1997-2004. Revista Análise Econômica. Porto Alegre, v. 28, p. 195-223. Disponível em <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/10422>>. Consultado em 17 de julho de 2020.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2016, 39 ed. rev. e atual.

BERNI, Duilio de Ávila; MARQUETTI, Adalmir Antonio. Efeitos Fiscais da Democracia Direta nos Municípios Gaúchos: 1997-2004. Revista Análise Econômica. Porto Alegre, v. 28, p. 195-223. Disponível em <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/10422>>. Consultado em 17 de julho de 2020.

RODRIGUES, Olinda. O Orçamento Participativo: inovações no modelo de gestão das cidades. Revista O Social em Questão, Belém, v.14, n. 25-26, p. 445-472, 2012. Disponível em <<https://biblat.unam.mx/es/revista/o-social-em-questao/articulo/o-orcamento-participativo-inovacoes-no-modelo-de-gestao-das-cidades>>. Consultado em 16 de julho de 2020.

ARENDDT, Hannah. A condição humana. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BORGES, Jussara; PEREIRA, Helena da Silva. DEMOCRACIA ELETRÔNICA E COMPETÊNCIA INFORMACIONAL. Informação & Sociedade: Estudos, João Pessoa, v. 16, n. 1, 1 jan. 2006.

THE BOSTON GLOBE. *Journeying to democracy*. Disponível em: <http://archive.boston.com/bostonglobe/editorial_opinion/oped/articles/2007/10/18/journeying_to_democracy/>. Consultado em 16 de agosto de 2020.

LIMIAR JURÍDICO DAS ATRIBUIÇÕES DA GUARDA MUNICIPAL FRENTE À PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

LEGAL LIMIT OF MUNICIPAL GUARD DUTIES ON THE CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

Patrícia Dayane Moesch Riedel¹
Alysson Vitor da Silva²

artigos
científicos

RESUMO

A Guarda Municipal apenas ganhou previsão constitucional em 1988, no artigo 144 §8º da CF/88, o qual faz menção que é faculdade do município instituí-las, sendo destinadas à proteção de bens, serviços e instalações municipais. Desde então, inúmeras Guardas foram criadas, porém, a falta de legislação específica criou tamanha heterogeneidade entre as instituições. Diante da sua crescente evolução e notória função social na segurança pública, começaram a surgir inúmeras divergências quanto ao limite de atuação. Visando sanar tais dúvidas e buscar uma padronização da instituição, foi promulgada a Lei 13.022 em 2014. No entanto, esta foi alvo de críticas, inclusive de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Diante do exposto, emerge a importância em se aprofundar nesta discussão, visando identificar a constitucionalidade na especificação das atribuições da Guarda Municipal dispostas na referida lei. Para tanto, foi utilizada como metodologia a revisão bibliográfica comportando os diferentes entendimentos doutrinários e jurisprudências acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda Municipal 1. Estatuto Geral da Guarda Municipal 2. Lei 13.022/2014 3.

ABSTRACT

The Municipal Guard only gained constitutional provision in 1988, in article 144 §8º of CF / 88, which mentions that it is the faculty of the municipality to institute them, being intended for the protection of municipal goods, services and facilities. Since then, countless Guards have been created, but the lack of specific legislation has created such heterogeneity between institutions. In view of its growing evolution and notorious social function in public security, innumerable divergences began to emerge regarding the limit of action. In order to remedy such doubts and seek a standardization of the institution, Law 13,222 was promulgated in 2014. However, it was the target of criticism, including Direct Unconstitutionality Action. Given the above, the importance of deepening in this discussion emerges, aiming to identify the constitutionality in the specification of the attributions of the Municipal Guard disposed in the referred law. For that, the bibliographic review was used as methodology, including the different doctrinal understandings and jurisprudence on the subject.

KEYWORDS: Municipal Guard 1. General Statute of the Municipal Guard 2. Law 13.022/2014 3.

¹ Graduando do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

² Possui graduação em Direito pela Universidade Paranaense (2001) e mestrado em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (2017). Atualmente é professor da Associação Paranaense de Cultura - PUC Toledo-PR, procurador do município de Toledo.

1. INTRODUÇÃO

A Guarda Municipal tem sua previsão constitucional no artigo 144 §8º da CF/88, o qual faz menção à faculdade dos municípios em instituir Guardas Municipais destinadas à proteção de bens, serviços, instalações e patrimônio municipais, visando garantir a segurança pública, considerada como dever do Estado e responsabilidade de todos.

Houve, contudo, muita discussão e divergências doutrinárias acerca da Guarda Municipal ser um dos Órgãos de Segurança Pública. Enquanto parte da doutrina apontava que apenas os órgãos mencionados no *caput* do artigo 144 da CF/88 assim se enquadravam, a outra corrente defendia que todos aqueles previstos sob o título de Segurança Pública representavam órgãos de Segurança Pública, inclusive a Guarda Municipal, mencionada em seu parágrafo oitavo.

Não obstante, a segunda corrente ganhou mais força em destaque com o advento da Lei 13.675/2018, que instituiu o Sistema Único de Segurança Pública (Susp), mencionando a Guarda Municipal como pertencente a este sistema, sanando as dúvidas existentes a respeito deste dilema (art. 9, *caput* e §2º, VII).

Todavia, considerando a significativa expansão e heterogeneidade das Guardas Municipais que foram sendo criadas e visando sua padronização, houve a promulgação da Lei 13.022 em 2014, referente ao Estatuto Geral da Guarda Municipal, regulamentando o art. 144 §8º da CF/88 e especificando os princípios e atribuições relativas a essa instituição. Assim, ocorreu uma vasta ampliação nas atribuições de suas atribuições, em comparação com as já previstas na Carta Magna. Tais alterações geraram grande controvérsia quanto a constitucionalidade, sendo, inclusive, objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, pendente de julgamento.

As críticas doutrinárias seguiram duas principais teses: a primeira se referindo à incompetência da União para legislar sobre matéria de interesse local, sob o argumento de que a Constituição não atribuiu essa competência, diferente da expressa previsão relativa as Polícias e Bombeiros Militares. A segunda argumenta a inconstitucionalidade na ampliação das atribuições da Guarda Municipal, para além do previsto na Carta Magna, tendo incorrido em invasão nas atribuições desempenhadas pelos demais órgãos de segurança pública.

Diante do exposto, aponta-se a importância em se aprofundar neste tema, considerando as inúmeras divergências de entendimento existentes tanto dentro das próprias Guardas Municipais, como profissionais que atuam de forma direta e indireta com essa instituição. Ademais, reflete inclusive na qualidade dos serviços públicos ofertados a sociedade.

Para tanto será utilizada como metodologia a revisão bibliográfica, comportando os diferentes entendimentos doutrinários, jurisprudenciais e buscando sanar a dúvida quanto à constitucionalidade da ampliação das atribuições da GM, bem como da competência da União para legislar sobre a matéria.

2. BREVE HISTÓRICO DA GUARDA MUNICIPAL

Há doutrinadores que apontam que a Guarda Municipal existiu desde o período feudal, servindo para a proteção de propriedades e segurança local, sendo posteriormente militarizadas e transformadas nas Polícias atuais. No entanto, o embrião da Guarda Municipal se surgiu em 1808 com a vinda da Família Real ao Brasil, quando foi criada a “Guarda Real de Polícia” (LIMA, 2015, p. 187).

Conforme Lima (2015, p.187), até 1831 o Brasil não possuía uma instituição responsável pela segurança local. Foi com a promulgação da Lei 10 de Outubro de 1.831, no Brasil Império, é que foi criado o Corpo da Guarda Municipal, sendo nesta data comemorado o dia Nacional do Guarda municipal, que foi instituído em 1833 no Congresso Nacional de Guardas Municipais realizado em Curitiba.

Neste mesmo ato, juntamente com a criação do denominado Corpo de Guardas Municipais Permanentes do Rio De Janeiro, ocorreu também à autorização para as demais províncias criarem suas guardas. A principal finalidade deste órgão era em manter a tranquilidade pública e auxiliar a justiça, conforme expressa seu artigo primeiro:

Art. 1º O Governo fica autorizado para crear nesta Cidade um Corpo de **guardas municipaes voluntarios a pé e a cavallo, para manter a tranquillidade publica, e auxiliar a Justiça**, com vencimentos estipulados, não excedendo o numero de seiscentas e quarenta pessoas, e a despeza annual a cento e oitenta contos de réis (BRASIL, LEI DE 10 DE OUTUBRO DE 1831)

Em seguida, como primeira Guarda Municipal propriamente dita, temos a da cidade de Porto Alegre, criada em 03 de novembro de 1892 por meio do Ato nº 06, que sofreu inúmeras modificações em sua denominação e em suas atribuições, inclusive sendo extinta mais de uma vez e retomada posteriormente, até que passou a ser denominada Guarda Municipal em 1994, com a finalidade específica de:

(...) manutenção da segurança do patrimônio público municipal (bens, serviços e instalações), envolvendo a proteção aos bens móveis e imóveis, a garantia do desempenho das funções dos servidores e da oferta de serviço aos usuários, além do apoio a órgãos municipais na sua atividade fiscalizatória e em questões de reintegrações de posse, nos casos de ocupações e em situações emergenciais de chuva, incêndio, desabamento, sempre com a parceria da Brigada Militar. (LIMA, 2015, p.187).

De acordo com Lima (2015) surgiu posteriormente a Guarda Municipal de Recife, criada em 1893 e denominada de Guardas de Jardim devido a sua atuação restrita a zelar apenas pelas praças, não tendo legitimidade para prender indivíduos. No entanto, em 1951, com a edição da Portaria nº 247, foi permitido o porte de armas, e com isso surgiu a Associação da Guarda Municipal, tornando-se reconhecida a Guarda Municipal pelas demais autoridades policiais, civis e militares do Estado.

Apesar de passarem a serem reconhecidas e de ser instituídas as primeiras GM, as constituições brasileiras permaneceram omissas quanto a este órgão, sendo apenas

mencionada na Constituição da República de 1988, a qual previu expressamente a possibilidade de criação das Guardas Municipais pelos municípios.

Diante desta falta de regulamentação específica, com as mudanças do setor de segurança pública e diante da sensação de insegurança com a expansão da criminalidade, as GM foram criadas com grande heterogeneidade em sua atuação. Enquanto umas se limitavam a proteção do patrimônio e bens públicos, outras, atuavam como polícias ostensivas, inclusive com armamento letal.

Com isso iniciou-se o embate acerca da legitimidade das ações ostensivas das GM pois, somente em 2014 visando justamente à padronização desta entidade, surgiu o Estatuto Geral da Guarda Municipal, regulamentando o art. 144 da CF/88, atribuindo, porém, uma significativa ampliação nas atribuições das Guardas Municipais, gerando uma nova polêmica: a constitucionalidade da Lei 13.022/2014.

3. FUNDAMENTOS LEGISLATIVOS DA GUARDA MUNICIPAL

É possível observar que a Guarda Municipal passou por inúmeras mudanças ao longo da história, alcançando um patamar relevante diante da sociedade, mas, com significativa diversidade em seu exercício, o que reforça a necessidade de entender a amplitude de sua atuação.

Foi com o advento da Carta Magna de 1988, que a Guarda Municipal recebeu seu primeiro referencial jurídico:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 8º Os Municípios poderão constituir **guardas municipais** destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, **conforme dispuser a lei**.

Todavia, o fato de não ter sido elencada no *caput* do art. 144, gerou dúvidas a respeito da GM pertencer ou não ao rol dos órgãos de segurança pública. Parte da doutrina entendia que apenas são órgãos de segurança pública aqueles mencionados no *caput* e que o legislador não previu a Guarda Municipal junto aos demais órgãos de segurança pública de forma intencional, considerando-a apenas como uma força auxiliar, de faculdade dos municípios instituir.

Neste sentido, pontua Tadeu Rodrigues Rosa:

A leitura atenta do art. 144, *caput*, da CF evidencia que as guardas municipais não se encontram entre os órgãos que são os responsáveis pela preservação da segurança pública. As Forças Policiais exercem

atividades de polícia administrativa e judiciária, enquanto que a Guarda Municipal deve proteger os bens, serviços e instalações (2005, p. 154 *apud* FRANDALOSO, 2014, p.140).

Outra parte da doutrina considerava que a Guarda Municipal, estando presente no título de Segurança Pública, era de fato pertencente aos órgãos de segurança. Essa corrente foi reforçada com o advento do SUSP (Sistema Único de Segurança Pública), criado em 2018, através da Lei 13.675/2018 no qual se previu em seu artigo 9º que:

Art. 9º É instituído o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), que tem como órgão central o Ministério Extraordinário da Segurança Pública **e é integrado pelos órgãos de que trata o art. 144 da Constituição Federal, pelos agentes penitenciários, pelas guardas municipais** e pelos demais integrantes estratégicos e operacionais, que atuarão nos limites de suas competências, de forma cooperativa, sistêmica e harmônica.

§ 2º São integrantes operacionais do Susp:

VII - **guardas municipais;**

Contudo, com a criação da lei 13.022/2014 que visou padronizar e regulamentar a atuação da GM, um novo embate surgiu na medida em que esse novo instrumento legal ampliou de forma expressiva suas atribuições, deixando-a semelhante à atuação das Polícias Militares, gerando questionamentos quanto a constitucionalidade da norma.

Conforme entendimento de Lima (2015), consubstanciado nas normas constitucionais, infraconstitucionais e doutrinas jurídicas consolidadas, as Guardas Municipais possuem competência limitada pela Constituição Federal, restringindo-se a exercer a guarda dos bens, serviços e instalações municipais. Ademais, salienta que por meio da Lei nº 13022 *"criou-se um novo ente de segurança pública com novas atribuições, semelhantes àquela das Polícias Militares, o que é notoriamente inconstitucional, sendo assim, conflitante com os dispositivos de atribuições constitucionais das Polícias Militares"*.

4. **ATRIBUIÇÕES DA GUARDA MUNICIPAL A LUZ DA CONSTITUIÇÃO**

Considerando o Estado Democrático de Direito que visa garantir direitos e liberdades da população, a segurança pública mostra-se como um pilar essencial a obtenção do bem-estar geral. Ademais, conforme expresso no art. 144 da Constituição Federal *"A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio"*.

Logo, este dispositivo é o principal instrumento legislativo que visa definir as competências gerais da segurança pública no país. Por meio dele que é realizada a designação dos órgãos de segurança e suas respectivas funções, inclusive das Guardas Municipais.

Conforme previsão constitucional, os municípios possuem a faculdade de constituir Guardas Municipais visando à *"proteção de seus bens, serviços e patrimônios públicos"*.

De acordo com esta disposição, Jorge Miranda (2003, p. 57) aponta que:

Por conseguinte, entendemos que a Constituição Federal de 1988 não autorizou a criação de polícia de segurança pelos municípios, muito menos de polícia judiciária, restringido a actuação da Guarda Municipal, sendo-lhe vedada qualquer outra actividade como requerer mandado judicial, dar busca pessoal ou em residência, participar da operação policial, conduzir presos aos tribunais etc. cabendo-lhe tão somente os fins consignados no §8º do art. 144 da Constituição (*apud* FRANDALOSO, p.54).

Nesse sentido, surge, portanto, a necessidade de entender o que vem a ser “bens, serviços e patrimônios públicos”. Primeiramente, podemos apontar o Código Civil/2002, como principal referencia a especificar os “Bens Públicos”:

Art. 99. São bens públicos:

I - **os de uso comum do povo**, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Ora, nota-se que a questão de bens serem de “uso comum do povo”, comporta todo e qualquer ambiente aberto ao público, conforme Código Civil. Em outras palavras, como menciona Braz (2006), são bens comuns aqueles destinados ao uso indiscriminado de todos os cidadãos, tais como as ruas, estradas públicas, rios, mares, entre outros. Assim, sua utilização não depende de outorga estatal por serem *uti universi*.

Corroborando com tal entendimento, Frandaloso (2014) aponta que, apesar da omissão da Constituição a respeito do conceito, entende-se por bens públicos aqueles pertencentes a todos de um modo geral, ou seja, todos os objetos, instalações e serviços destinados por força de lei ao atendimento do interesse público, bem como os de utilidade da coletividade, além, das instalações que incorporam o patrimônio municipal.

Ademais, segundo Carlos Alexandre Braga, caracteriza-se bens públicos como:

(...) todo patrimônio público, corpóreo ou incorpóreo, móvel (carros, objetos, documentos) ou imóvel (prédios, casas e rua) e ainda crédito (cartas e títulos de crédito) pertencente aos entes estatais, seja na esfera federal, estadual, como municipal. (2006, p.23 *apud* FRANDALOSO, p. 37 e 38, 2014)

Contudo, ressalva ainda que muitos doutrinadores e estudiosos do Direito entendem que os munícipes (pessoas residentes e domiciliadas no município) gozam de toda e qualquer proteção, considerando que estes são os maiores e mais valiosos bens do

município. No entanto, apesar de mencionar divergências doutrinárias quanto a este entendimento, salienta que:

“Assim, por missão precípua estabelecida no dispositivo constitucional, compete às instituições das guardas municipais a proteção dos bens públicos, tais como logradouros, prédios e órgãos públicos, estendendo-se aos funcionários no exercício de suas funções públicas, na defesa do meio ambiente através de ações preventivas. É sabido, ainda, que essas situações podem atuar por força do art. 30 I, associado ao disposto do art. 5º e seus 24 incisos, da CF/88 e 280 §4º do CTB, na fiscalização e educação do trânsito, na respectiva circunscrição territorial do município de origem. (FRANDALOSO, p. 45 e 49, 2014).

Diante do exposto, passa-se à análise pormenorizada da Lei 13.022/2014 e identificar as modificações ocasionadas às atribuições da Guarda Municipal.

5. QUESTIONAMENTOS ACERCA DO ESTATUTO GERAL DA GUARDA MUNICIPAL

Conforme mencionado, considerando a expansão das Guardas Municipais e significativa heterogeneidade, bem como os divergentes entendimentos acerca de sua atuação, em 2014 criou-se o Estatuto Geral das Guardas Municipais, Lei 13.022/2014, com fundamento no §8º do art. 144 da CF/88, visando à padronização desta classe.

No entanto, parte da doutrina considerou que a referida lei transgrediu os limites constitucionais por dois motivos: primeiramente, pela incompetência legislativa por parte da União na matéria relativa às GM; e, posteriormente, pela “invasão” das atribuições das GM, nas competências da Polícia Militar e Bombeiros Militares. Analisaremos cada uma das teses pormenorizadamente.

6. DA TESE DE INCOMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA LOCAL

Conforme Silva (2017), as competências legislativas da União podem ser separadas em dois grupos, as privativas e as concorrentes. Ressalta que apesar de algumas matérias não estarem previstas na competência concorrente, por omissão do texto constitucional, não significa que os Estados não possam realizar, já que detém competência suplementar. Ademais, aponta que apesar dos municípios não estarem expressos no art. 24 da CF/88, como de competência concorrente, foi lhes outorgada a competência suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber.

Nesse sentido, é que parte da doutrina defende a incompetência legislativa da União, fundamentada na total ausência de previsão constitucional em atribuir especificadamente a ela legislar sobre matérias relativas à Guarda Municipal, diferentemente do que ocorre com as Polícias Militares, Bombeiros e Polícia Federal que há disposição expressa no art. 22 incisos III, XXI e XXII CF/88:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
 III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;
 XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;
 XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;

Logo, sendo uma faculdade dos municípios constituírem GM, caberão a eles legislar sobre matérias de interesse local, fundamentadas nos artigos 144 §8º e 30, I da CF. Corroborando com este entendimento está o doutrinador Gasparini que enfatiza que *"Tudo o que for matéria do exclusivo ou peculiar interesse do Município será de sua exclusiva competência legislativa, (...), em respeito ao princípio da autonomia municipal."* (apud ADI 5156/2014, p.20).

De acordo com Moraes (2007), a Constituição Federal estabeleceu as matérias próprias de cada um dos entes federativos, sendo a repartição de competência regida pelo princípio da predominância do interesse, ou seja, a União caberá as matérias de interesse geral, aos Estados de interesse regional e dos municípios de interesse local. Ademais ainda complementou:

Em relação à reserva de campos específicos de competência administrativa e legislativa, o texto constitucional disciplinou da seguinte forma: União – Poderes Enumerados (art. 21 e 22); Estados – Poderes remanescentes (Art. 25 §1º; Municípios – Poderes Enumerados (art. 30); Distrito Federal – Estados + Municípios (art. 32 §1º).

Ademais, conforme Braz (2006), a expressão *interesse local*, com a modificação constitucional através da EC 1/69, ampliou o seu alcance, comportando todos os seus interesses, agindo de forma originária ou suplementar, sendo portando, regulamentação de alçada privativa do município.

7. DA TESE DE INCONSTITUCIONALIDADE NA EXPANSÃO DAS ATRIBUIÇÕES DA GM

De acordo com a Lei 13.022/14 *"Incumbe às guardas municipais, instituições de caráter civil, uniformizadas e armadas conforme previsto em lei, a função de proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal"*. Ou seja, sua função se assemelha a Polícia Militar, no entanto, diferencia-se no sentido de estar apenas limitada a atuação preventiva do patrimônio municipal e a PM função repressiva na segurança.

Ademais, a lei previu em seus artigos seguintes alguns princípios e atribuições as GM, tais como: a proteção dos direitos humanos fundamentais, do exercício da cidadania e das liberdades públicas; a preservação da vida, redução do sofrimento e diminuição das perdas; o **patrulhamento preventivo**; o compromisso com a evolução social da comunidade; o uso progressivo da força; proteção de bens, serviços, **logradouros**

públicos municipais e instalações do Município, bem como a **proteção sistêmica da população** que os utilizam; desenvolvimento de ações de **prevenção primária à violência**; garantia do **atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-la direta e imediatamente** quando deparar-se com elas; etc.

Ocorre que, analisando remotamente, entende-se que houve a invasão nas atribuições da Polícia e dos Bombeiros Militares, o que foi alvo de diversas críticas, inclusive de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Conforme entendimento apesar da Constituição Federal conceder aos Municípios a faculdade, por meio do exercício de suas competências legislativas, em constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei, não lhes reconheceu a possibilidade de exercício de polícia ostensiva e judiciária (*apud* ADI 5156 de 2014).

Corroborando com este entendimento, Araujo (2005), aponta que através da interpretação constitucional, as Guardas Municipais estariam impedidas legalmente de atuar ostensivamente na proteção dos bens, serviços, instalações e pessoas, pois não gozam de competência funcional para agir como se polícia fosse. Ademais, finaliza especificando que:

Neste sentido é conveniente destacar que alguns municípios promovem verdadeira subversão do comando constitucional ao criarem guardas municipais com a finalidade única de policiamento ostensivo. Como dito, nada impede que a lei estadual ou convênio com a Polícia Militar invista tais entidades de competência administrativa para a realização de tal designo policial. Porém, fora destas hipóteses parece existir usurpação da competência constitucional das polícias militares na criação das guardas municipais voltadas quase que exclusivamente para o policiamento ostensivo, relegando as tarefas que lhes foi deferida pela Constituição: a guarda e o zelo dos próprios municípios (*apud* FRANDALOSO, 2014)

Todavia, Frandaloso (2014) posiciona-se no sentido de que considerando as deficiências institucionalizadas nas corporações das polícias militares e civis, não sendo suficientes ao combate da criminalidade, o município deve assumir a maior parcela de responsabilidade no aspecto de segurança – pois os munícipes, residem e praticam suas ações no âmbito municipal – e, claro, conseqüentemente, receber maior repasse orçamentário. Ressalta ainda que:

As Guardas Municipais aparecem oportunamente no cenário nacional, como uma das forças necessárias à conservação da ordem pública e do interesse coletivo. (...) Não se trata, portanto, de providenciar um novo rótulo às instituições das guardas municipais, mas, através dos princípios e valores democráticos consagrados constitucionalmente, traçar o perfil de comportamento adequado dos integrantes dessa instituição, no trato e preservação dos munícipes e de seus bens particulares. (FRANDALOSO, 2014)

Frandaloso (2014) ainda afirma que, as instituições das Guardas Municipais, não só podem, como devem atuar de um modo mais abrangente com relação à interpretação

literal fornecida pela Constituição. Este posicionamento é fundamentado no sentido de que, sendo o município federativo, tem o poder de gerir tudo o que diga respeito à cidade, considerando ser possuidor de autonomia política financeira e administrativa. Ressalta que caracterizado a impotência da PM no controle total do crime no município, cabe as GM zelarem pela incolumidade física das pessoas, bens, serviços e instalações públicas.

8. DO ESTATUTO GERAL DA GUARDA MUNICIPAL A LUZ DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Feito este apanhado geral da instituição da Guarda Municipal, bem como dos questionamentos acerca de sua atuação e competências, cumpre analisar a ampliação de suas atribuições por meio da Lei 13.022/2014 e a extensão do fundamento constitucional. Para tanto, cabe à análise por meio da hermenêutica constitucional, visando assimilar todos os princípios e regras necessárias à análise e a interpretação do texto legal.

Por meio da hermenêutica jurídica é possível esclarecer pontos obscuros, bem como elucidar a exata compreensão e interpretação da regra jurídica. Ademais, com a crescente sofisticação da doutrina e da jurisprudência - consequência esta vinculada ao processo contínuo, rápido e complexo da sociedade - requer a utilização de técnicas para delimitarem a interpretação discricionária, visando o menor grau de subjetivismo e priorizando a superioridade da Constituição e a natureza principiológica das normas consagradoras dos direitos fundamentais.

Conforme Barroso (2008) a hermenêutica jurídica trata-se de um domínio teórico e especulativo, que visa à formulação e sistematização dos princípios e regras da interpretação do direito, em busca de revelar seu conteúdo, significado e alcance nos casos concretos. No entanto, a interpretação da normal constitucional exige ainda a especificação de outro conceito relevante, que é o da construção, pois fundamenta-se em alguns princípios peculiares, bem como apresenta algumas especificações e complexidades que lhe são inerentes. Ademais, o doutrinador salienta que:

Por sua natureza, uma Constituição contém predominantemente normas de princípio ou esquema, com grande caráter de abstração. Destina-se a Lei Maior a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto. Enquanto a interpretação, é a arte de encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão, a construção significa tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas.

Desta maneira, a interpretação Constitucional vai muito além da leitura literal de seus dispositivos, precisa ser entendida dentro do ordenamento jurídico e em conjunto

com todo o seu conteúdo, bem como considerando sempre como plano de fundo os princípios constitucionais. Não obstante, necessitamos ainda considerar o contexto social, pois a sociedade está em constante metamorfose, o que demanda algumas adequações legislativas e constitucionais, podendo ser citado como exemplo, o instituto familiar que sofreu bruscas modificações em seu entendimento e proteção nestes últimos anos.

Neste sentido, passamos a explanação das teses de inconstitucionalidade do Estatuto, vejamos:

9. DO INTERESSE DA UNIÃO EM MATÉRIA RELATIVA À GUARDA MUNICIPAL

Conforme mencionando anteriormente, a Guarda Municipal tem sua previsão no art. 144 §8º sendo faculdade do município instituir por meio de lei. No entanto, o fato de atribuir ao município a competência legislativa para instituição da GM, não afasta a competência da União em legislar sobre a mesma, considerando que a atuação desta transpõe o interesse meramente local, alcançado a esfera estadual e nacional. Ou seja, a regulamentação e padronização da GM são de interesse de toda a coletividade, frente a sua emergente atuação no combate da criminalidade, inclusive muitas fazendo uso de arma de fogo. Como não ser também de interesse da União a padronização da GM?

Ademais, conforme determinação expressa da Constituição, em seu art. 144, a segurança pública é um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, visando a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, compreendendo todos os órgãos estatais responsáveis por esta, bem como comprometendo todos os entes federativos. No entanto, apesar da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) existir desde 1997, foi a partir de 2000, que começamos a observar um movimento de atuação integrada da União com os demais entes federativos na gestão de segurança pública, quando obtivemos a elaboração de Planos Nacionais de Segurança, que estipularam diretrizes para as três esferas do governo.

Segundo De Oliveira Jr (2017), o Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP), criado em 2000, reconheceu a necessidade de envolver diferentes órgãos governamentais, em todos os níveis, no desafio de implementar ações que surtiram efeito na diminuição das taxas de violência e criminalidade, almejando o estabelecimento de um Sistema Nacional de Segurança Pública.

A ideia foi criar, em âmbito nacional, um sistema de gestão voltado para resultados, englobando inclusive a participação dos entes municipais. Em decorrência, houve um aumento na criação de secretarias municipais de segurança pública e a implantação de Guardas Municipais no país. Ou seja, o aumento da participação da União tem se dado ao mesmo tempo em que os municípios estão conquistando um novo espaço de atuação.

Ora, dados de 2015 apontam que contamos com nada mais nada menos que a existência de 1.081 guardas civis no Brasil, com um efetivo aproximadamente de 99 mil servidores (DE OLIVEIRA JUNIOR *apud* IBGE, 2015). Sua atuação tem sido cada vez mais relevante. Já tivemos inclusive emenda constitucional (82/2014) incluindo a segurança viária e a previsão expressa da figura de agente de trânsito (art. 144 §10º CF), com entendimento pacífico de que tal função pode ser exercida pela GM, o que na prática é o que está sendo feito em muitos municípios.

Não há como ignorar o papel relevante que as Guardas Municipais têm conquistado no combate a criminalidade. Ademais, como já mencionado, a Guarda Municipal é hoje considerada um órgão de segurança pública, conforme dispõe a Lei 13.675/2018. Por tanto, apesar de ser um órgão municipal, com foco em situações locais, sua atuação é de interesse coletivo. Consequentemente sua padronização, bem como a correta regulamentação só vem a beneficiar toda a sociedade, visando uma maior segurança jurídica. Ademais, busca-se uma atuação cada vez mais eficaz, contemplando vários preceitos e objetivos constitucionais. Segundo De Oliveira Jr (2017):

“Ao mesmo tempo em que as guardas municipais têm se configurado como grupo profissional capaz de canalizar reivindicações próprias e de gerar novas expectativas na população a respeito dos serviços de segurança pública, elas também se encontram em meio a um processo de transição nessa arena política em que se instaura grande descrédito quanto a um modelo anterior de policiamento – reativo e repressor – já bastante desgastado e criticado por suas limitações, mas que não foi substituído por outro que se mostre realmente convincente ou satisfatório (*apud* Oliveira Junior e Alencar, 2016).

Ainda, segundo Bastos (2010), o interesse local diz respeito ao interesse predominante do Município sobre o do Estado ou o da União. Logo, tendo em vista que municípios são parte de coletividades maiores, consequentemente benefícios a eles conferidos produzem reflexos nos Estados e na União, donde a ideia de interesse exclusivamente municipal seria inconcebível. O doutrinador ainda comenta que :

“(…) interesse local não é interesse exclusivo do Município, não é interesse privativo da localidade, não é interesse único dos munícipes (...). Não há interesse municipal que não seja reflexamente da União e do Estado-Membro, como também não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos municípios, como partes integrantes da federação brasileira. O que define e caracteriza interesse local, inscrito como dogma constitucional é a preponderância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União”.

De acordo com o doutrinador De Oliveira Jr (2017), o Estatuto Geral da Guarda Municipal tem sido mal interpretado, pois as discussões limitam-se ao poder de polícia da Guarda Municipal, o que já foi amplamente discutido até mesmo antes do surgimento do Estatuto. Ainda segundo o autor, o intuito deste é:

(...) garantir que as guardas não confundam suas atribuições e sua identidade institucional com as polícias militares, mas ao mesmo tempo não se restrinjam aos cuidados dos prédios públicos. A lei, na prática,

descreve e organiza quais são os “serviços” de segurança pública que um município pode desenvolver dentro do atual desenho constitucional (*apud* Kopittke, 2016, p. 75). (...)

Por fim, cumpre salientar que o art. 144 §7º da Constituição prevê que: “A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”. Não obstante, o artigo 5º II da CF, ao dispor que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as **qualificações profissionais que a lei estabelecer**” e concomitante sendo a União competente para legislar sobre: direito civil, penal, processual, e do trabalho (Art. 22 I), telecomunicações (Art. 22 IV), trânsito e transporte (Art. 22 XI), e organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões (Art. 22 XVI), conjuntamente com a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público, bem como estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito (art. 23 I e XII) trazem embasamento suficientes a demonstrar o interesse e competência da União em matéria relativa a Guarda Municipal, visando a padronização, uniformização e regulamentação de sua atuação.

De forma analógica, podemos observar a decisão quanto a ADI 3112, na qual o relator Ministro Ricardo Lewandowski discorre da seguinte forma:

De fato, a competência atribuída aos Estados em matéria de segurança pública não pode sobrepor-se ao interesse mais amplo da União no tocante à formulação de uma política criminal de âmbito nacional, cujo pilar central constitui exatamente o estabelecimento de regras uniformes, em todo o País, para a fabricação, comercialização, circulação e utilização de armas de fogo, competência que, ademais, lhe é assegurada pelo art. 21, XXI, da Constituição Federal. Parece-me evidente a preponderância do interesse da União nessa matéria, quando confrontado o eventual interesse do Estado-membro em regulamentar e expedir autorização para o porte de arma de fogo, pois as normas em questão afetam a segurança das pessoas como um todo, independentemente do ente federado em que se encontrem.

Ou seja, clarividente que a uniformização nacional da Guarda Municipal é de suma importância, frente à necessidade de trazer garantias mínimas ao exercício profissional, a segurança jurídica e da coletividade. Conseqüentemente, atuará preventivamente ao evitar maior ires conflitos de competências e atribuições entre os órgãos de segurança, como estava ocorrendo devido à falta de regulamentação.

10. DAS ATRIBUIÇÕES DA GUARDA MUNICIPAL

A corrente que entende pela inconstitucionalidade da Lei 13.022/14, defende que houve uma ampliação nas atribuições da Guarda Municipal, comparadas as previstas na Constituição Federal, além de haver uma usurpação nas funções desempenhadas pelos demais órgãos de segurança pública. Tal tese advém da seguinte interpretação,

descrita pelo doutrinador Diógenes Gasparini, que discorre minuciosamente sobre o porquê deste entendimento:

Os serviços de **polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, à toda força, não são predominantemente locais**, dado destinarem-se a coibir a violação da ordem jurídica, a defender a incolumidade do Estado e dos indivíduos e a restaurar a normalidade de situações e comportamentos que se opõem a esses valores. De fato, **a quebra da ordem jurídica e os atentados contra o Estado e os indivíduos são comportamentos que repercutem além dos limites do Município**, que transcendem suas fronteiras. Escapam, pois, dos predominantemente municipais e determinam, em razão disso, outra ordem de competência a cujos integrantes cabe prestá-los. Se tais serviços, pelas razões enunciadas, à evidência, não são do Município, seu exercício por essa unidade da Federação só pode ser considerado ilegal, sujeitando-se o agente público municipal à responsabilidade penal, civil e administrativa(..) É óbvio, e não há como fugir disso, que os serviços de polícia ostensiva e os de preservação da ordem pública não podiam ser executados pelo Município, dada a competência que esses diplomas legais outorgaram às Polícias Militares, conforme o Dr. Pedro Luis Carvalho De Campos Vergueiro, já previa nestes termos: *“Portanto a própria legislação estadual reforça a conclusão, inevitável e decorrente, de que não é possível a instituição de uma Guarda Municipal para o exercício das mesmas atribuições cometidas, com exclusividade à Polícia Militar”*. (...) O disposto neste parágrafo (§8 art. 144 CFR/88) **é de uma clareza meridiana, dispensando assim qualquer interpretação**. As guardas municipais só podem existir se destinadas à proteção de bens, serviços e instalações município. **Não lhe cabem, portanto, os serviços de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, de polícia judiciária e de apuração das infrações penais**. Aliás, essas competências foram essencialmente atribuídas à polícia militar e à polícia civil (...) Ademais, qualquer tentativa visando a garantir às Guardas Municipais atribuições de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, de polícia judiciária ou de apuração de infrações penais, **sempre foi rejeitada pelos constituintes de 1988, conforme menciona José Afonso Da Silva, nestes termos: “Os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os municípios não ficaram com nenhuma específica responsabilidade pela segurança pública**. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que sendo entidade estatal não pode eximir-se de ajuda aos Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão policial de segurança e menos ainda de polícia judiciária.” (apud ADI 5156/2014, p. 20 e 21)

No entanto, o que observamos é uma mudança do poder legislativo quanto às atribuições da Guarda Municipal, o que tem sido ampliada e ganhando notório reconhecimento social. Primeiramente, citamos o surgimento do SENASP e a previsão dos órgãos municipais dentre os responsáveis pela segurança pública. Posteriormente, a Lei 13.022/2014, especificando as atribuições deste órgão. Em seguida a 13.675/2018 trazendo de forma expressa o que já havia sendo entendido na prática: da GM ser sim um órgão de segurança pública.

Ademais, conforme relator Wellington Emanuel De Moura:

A guarda municipal, a teor do disposto no § 8º, do art. 144, da Constituição Federal, tem como tarefa precípua a proteção do patrimônio do município, **limitação que não exclui nem retira de seus integrantes a condição de agentes da autoridade, legitimados, dentro do princípio de autodefesa da sociedade, a fazer cessar eventual prática criminosa**, prendendo quem se encontra em flagrante delito, como de resto facultado a qualquer um do povo pela norma do art. 301 do Código do Processo Penal (...). (STJ- RHC: 7916 SP 1998/0066804-7, Relator: Min. Fernando Gonçalves, DJ: 15/10/1998, t6, 6ª Turma, DP DJ: 09/11/1998)

Não podemos nos manter engessados a uma visão retrógrada e restritiva de que as Guardas Municipais são meros vigilantes locais, pois a sociedade evoluiu e está demandando cada vez mais por segurança. Ademais, com uma leitura mais minuciosa do Estatuto Geral da Guarda Municipal percebemos a preocupação do legislador em garantir os limites em suas atribuições, de modo que respeitar a atuação dos demais órgãos sem haver usurpação de competências. Exemplo disso está o artigo 5º da Lei 13.675/2014:

Art. 5º São competências específicas das guardas municipais, **respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais:**
 XIII - garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas;
 XIV - **encaminhar ao delegado de polícia**, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário;
 Parágrafo único. No exercício de suas competências, a guarda municipal **poderá colaborar ou atuar conjuntamente com órgãos de segurança pública** da União, dos Estados e do Distrito Federal ou de congêneres de Municípios vizinhos **e, nas hipóteses previstas nos incisos XIII e XIV deste artigo, diante do comparecimento de órgão descrito nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal, deverá a guarda municipal prestar todo o apoio à continuidade do atendimento.**

É evidente a preocupação do legislador em delimitar a atuação da Guarda Municipal, respeitada as competências dos demais órgãos, ressaltando a relevância de uma atuação em conjunto e permitindo assim a cooperação mútua entre eles. Ou seja, uma interpretação literal e superficial, pode levar o entendimento equivocado de que ocorreu a “invasão” nas atribuições dos demais órgãos. No entanto, uma leitura minuciosa da referida lei nos permite entender a intenção do legislador ao prever tais competências, assegurando um atendimento sistêmico e interinstitucional a população e garantindo o direito à segurança, a vida, a dignidade da pessoa humana, bem como outros preceitos constitucionais. Exemplos disso estão no próprio artigo 5º ao prever:

Art. 5º São competências específicas das guardas municipais, respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais:

III - atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a **proteção sistêmica da população** que utiliza os bens, serviços e instalações municipais;

IV - **colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública**, em ações conjuntas que contribuam com a paz social;

VIII - **cooperar com os demais órgãos** de defesa civil em suas atividades;

X - **estabelecer parcerias** com os órgãos estaduais e da União, ou de Municípios vizinhos, por meio da celebração de convênios ou consórcios, com vistas ao **desenvolvimento de ações preventivas integradas**;

XI - articular-se com os órgãos municipais de políticas sociais, visando à adoção de ações interdisciplinares de segurança no Município;

XII - integrar-se com os demais órgãos de poder de polícia administrativa, visando a contribuir para a normatização e a fiscalização das posturas e ordenamento urbano municipal;

Por fim, vale ressaltar que conforme art. 2º da Lei 13.022/14: *"Incumbe às guardas municipais, instituições de caráter civil, uniformizadas e armadas conforme previsto em lei, a **função de proteção municipal preventiva**, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal"*. Este dispositivo também foi alvo que críticas, pontuando a invasão na atuação da Polícia Militar. No entanto, cabe ressaltar que conforme Carta Magna, art. 144 §5º *"Às polícias militares cabem a **polícia ostensiva e a preservação da ordem pública**"*. Ou seja, são situações distintas, sendo que a GM atua de maneira antecipatória, evitando a ocorrência de delitos, muitas vezes pela simples presença e patrulhamento, em quanto a PM atuaria de forma mais repressiva.

Ademais, a Guarda Municipal já tem o entendimento consolidado quanto à atuação repressiva no trânsito, como podemos observar no seguinte julgado:

(...) é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas. (RE 658.570, relator Min. Roberto Barroso, DJ. 6/8/2015, P, DJE de 30-9-2015, Tema 472).

Logo, cumpre salientar que podendo esta instituição atuar de forma mais impositiva na fiscalização de trânsito, nada a impediria de atuar de forma preventiva para a segurança local. Não obstante, estas atribuições estão correlatas com outras funções já desempenhadas pela corporação como as campanhas de educação para o trânsito ou atuação junto às escolas, que também tem como escopo, a ação preventiva.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebemos que a Guarda tem recebido forte influência da sociedade que tem demandado por mais segurança pública. Em sua emergente expansão e cada vez mais conquistando relevante papel social, bem como reconhecimento pelos demais órgãos e pela própria sociedade, tornou-se clara a necessidade de regulamentação de sua atuação de forma mais pormenorizada.

Foi buscando atender esta demanda que surgiu a Lei 13.022/2014, visando a uniformização e regulamentação da Guarda Municipal, e conseqüentemente,

garantindo assim maior segurança pública e jurídica, assegurando o direito à vida, a dignidade e o acesso ao serviço público mais eficiente. Clarividente é o interesse e competência da União para atuar em matéria relativa a esta instituição, sendo imprescindível que o nosso ordenamento jurídico acompanhe o incessante processo de mudança social.

Como mencionado, o interesse local (art. 30 I CF/88) se refere ao interesse predominante do Município sobre o do Estado ou o da União, o que não é o caso em tela, já que há o interesse de toda a coletividade e no âmbito nacional. Ademais, cabendo a União legislar sobre a organização e funcionamento dos órgãos de segurança pública, e, considerando que a Lei 13.675/2018 ratificou o entendimento de que a Guarda Municipal é sim um órgão de segurança pública, não restam dúvidas de sua competência para legislar sobre esta instituição.

Quanto a tese da expansão inconstitucional nas atribuições da GM, é importante salientar que todos os órgãos do Estado – sejam nacionais ou internacionais - tem por obrigação constitucional, expressa no artigo 1º de assegurarem a proteção aos direitos humanos, a cidadania, e a preservação da vida. Logo, percebemos que no âmbito da proteção dos bens, serviços e instalações municipais a Guarda Municipal tem legitimidade para exercer o poder de polícia completo, agindo preventivamente e repressivamente dentro das suas atribuições.

Quanto à preocupação com possíveis dúvidas relativas às competências entre diferentes órgãos, não merece prosperar, pois cada órgão está regulamentado de forma diversa, sendo priorizado o trabalho interinstitucional, com mútua cooperação, visando o bem maior que é a segurança pública. Ainda, o que vemos rotineiramente é que a atuação em conjunto tem ocorrido de forma benéfica, principalmente para a população, que se vê assistida por mais de um órgão, e que ainda assim, há dificuldades em combater a criminalidade e falta de efetivo para um trabalho preventivo mais eficaz. Portanto, não cabendo neste momento querer restringir a atuação de uma corporação que só vem beneficiar a sociedade, o que seria ir contra a supremacia do interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, LUÍZ ROBERTO. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.107 e 106

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. **Curso De Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 5156 DE 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em: 26/04/2019.

BRASIL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 3112 DE 2014**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2579927&tipoApp=RTF>>. Acessado em: 08/10/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em: 18/12/2018.

BRASIL. **LEI DE 10 DE OUTUBRO DE 1831**. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37586-10-outubro-1831-564553-publicacaooriginal-88479-pl.html>. Acessado em: 02/04/2019.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acessado em: 26/04/2019.

BRASIL. **LEI Nº 13.022, DE 08 DE AGOSTO DE 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l13022.htm>. Acessado em: 02/05/2019.

BRASIL. **LEI Nº 13.675, DE 11 DE JUNHO DE 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13675.htm>. Acessado em: 18/12/2018.

BRAZ. Petrônio. **Direito Municipal na Constituição**. 6ª Ed. Leme: JH Mizuno, 2006. p.556.

CERVO, Amando L.; BERVIAN, Pedro A.; DA SILVA, Roberto. **Metodologia Científica**. 6ª Ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

DE MOARES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**. E legislação constitucional. 7ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 632.

DE OLIVEIRA JUNIOR, ALMIR. **Boletim de Análise Político-Institucional n. 11 Jan/Jun 2017**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/boletim_analise_politico/171005_bapi_11_10.pdf>. Acessado em: 05/10/2019.

FRANDALOSO, Jean Marcos. **O Poder De Polícia No Âmbito Das Guardas Municipais**. São Paulo: Ixtlan, 2014.

LIMA, Mauriti De Campos. **RHM - Homens do Mato - Revista Científica de Pesquisa em Segurança Pública**. V. 15 n. 1. Mato Grosso: PMMT, 2015. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37586-10-outubro-1831-564553-publicacaooriginal-88479-pl.html>. Acessado em: 02/04/2019.

REVISÃO, REAJUSTE E REACTUAÇÃO DE PREÇOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES, FUNDAMENTAÇÃO DOS PEDIDOS ADMINISTRATIVOS E A DESJUDICIALIZAÇÃO
REVIEW, ADJUSTMENT AND REACT OF PRICES IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS – MOTIVATION OF DECISIONS, GROUNDS FOR ADMINISTRATIVE REQUESTS AND DEJUDICIALIZATION

Márcia Walquiria Batista dos Santos¹
 Raquel Fernanda Guariglia Escanhoela²

artigos
científicos

RESUMO

Em contratos com a Administração Pública existem peculiaridades a serem observadas pelo contratado, especialmente no que diz respeito a pedidos de reajuste, revisão ou repactuação de preços. Cada uma das formas de alteração de preço do contrato se aplica a situações distintas. Ao particular cabe comprovar o fundamento de seu pedido na esfera administrativa e ao Poder Público compete fundamentar e motivar suas decisões nesse âmbito, para que, através de colaboração recíproca, seja possível alcançar solução que melhor se aplique ao caso, colaborando com a desjudicialização de demandas.

PALAVRAS CHAVE: reajuste de preço; revisão de preço; repactuação de preço; motivação das decisões administrativas; desjudicialização.

ABSTRACT

In contracts with the Public Administration there are peculiarities that need to be observed by the contracted party, especially regarded to requests for price adjustment, review or repact. Each form of contractual price negotiation applies to different situations. It is up to the contracted party to prove that there is ground for its administrative request while the Public Administration is responsible for showing the motives of its decisions, so, through mutual collaboration, it can be possible to reach a solution that best applies to the case, helping with the dejudicialization.

KEY-WORDS: price adjustment; price review; price repact; motivation of administrative decisions; dejudicialization.

1. INTRODUÇÃO

Nas contratações envolvendo a Administração Pública existe uma série de fatores a serem considerados quando as comparamos aos contratos firmados entre particulares.

1 Pós Doutora em Gestão de Políticas Públicas pela EACH/USP. Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP/SP. Professora do Programa de Mestrado da Escola Paulista de Direito - EPD/SP. Procuradora da Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho" - Unesp/SP. Coordenadora de Orientação Técnico- Jurídica do Instituto Brasileiro de Educação em Gestão Pública - IBEGESP.

2 Advogada no escritório Escanhoela Advogados Associados. Mestranda em Direito – área de concentração: soluções alternativas de controvérsias empresariais – pela Escola Paulista de Direito (EPD). LLM Degree (Master of Laws) pela Universidade de Illinois (University of Illinois at Urbana-Champaign). Pós graduada em direito empresarial pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI).

Entre esses pontos está a questão da possibilidade (ou não) de alteração de valores pactuados em contraprestação ao objeto do contrato, sendo de extrema importância compreender a diferença entre os institutos do reajuste, revisão e repactuação.

Especialmente em contratos de longo prazo é comum surgirem questões referentes a solicitações de atualização de preços, uma vez que diversas situações podem impactar no valor estimado pelo particular e aceito pela Administração Pública em comparação com o gasto efetivo do contratado e sua margem de lucro, depois de transcorrido um certo período de tempo do início da contratação.

Uma vez que o contratado tenha premência de solicitar o reajuste, a revisão ou a repactuação, poderá fazê-lo administrativamente, podendo seu pedido ser deferido ou não.

O deferimento do pedido, se não fundamentado corretamente, pode desaguar em implicações negativas tanto ao particular quanto à Administração Pública e os por ela responsáveis, como penalizações pelo Tribunal de Contas e outros órgãos de fiscalização.

De outro lado, o indeferimento imotivado do pedido administrativo também pode culminar na judicialização da questão pelo administrado que se sentir lesado pela decisão unilateral da Administração Pública.

Aqui há de se fazer uma ressalva em relação aos contratos que já preveem cláusula de reajuste “automático” a cada 12 meses, hipótese em que não há necessidade de que o reajuste seja demandado pelo contratado.

Diante do cenário atual de um Poder Judiciário assoberbado e lento, bem como da escassez dos recursos públicos a serem empregados não apenas nos pagamentos dos contratos administrativos, como nas próprias discussões judiciais, a solução da questão ainda na esfera administrativa seria aquela que melhor atenderia aos interesses de todos.

Para que isso ocorra não basta apenas que a Administração Pública se preocupe com a motivação e fundamentação de suas decisões, cabendo ao contratado igualmente fundamentar seus pedidos administrativos, fornecendo os elementos necessários à sua análise.

A cooperação entre Poder Público e contratado pode em muito auxiliar na busca pela desjudicialização de conflitos.

2. REAJUSTE, REVISÃO E REPACTUAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Diferentemente do que acontece na contratação entre particulares, nos contratos administrativos existem diversas amarras envolvendo a possibilidade de renegociação de suas cláusulas, inclusive no que diz respeito ao preço fixado. Para que alterações

nesse sentido sejam possíveis, a Administração Pública e contratado devem seguir os procedimentos legais aplicáveis à espécie.

O pagamento desse tipo de contrato será feito pelo erário público, ou seja, com recursos que devem ser resguardados de interesses pessoais que eventualmente possam existir, tanto do administrador quanto do administrado contratado, e conflitar com o seu bom e correto uso, em prejuízo aos princípios e valores que regem toda a atividade do Poder Público, como a probidade, imparcialidade, legalidade e moralidade.

Para José Anacleto Abduch Santos³:

Pode-se conceituar contrato administrativo como sendo o ajuste formal precedido de licitação ou de processo de contratação direta, destinado à criação, modificação ou extinção de direitos, celebrado pelo Estado (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), por intermédio de qualquer dos poderes, ou de entidades da administração indireta, no exercício da função administrativa, que objetiva a satisfação de uma necessidade pública ou de um interesse público, predominantemente submetido ao regime jurídico administrativo, em razão do qual se atribuem ao Poder Público certas prerrogativas exorbitantes.

Pois bem, atuando a Administração Pública sempre em prol de um interesse público, possui ela prerrogativas contratuais. E o contratado, ao se interessar pelo objeto proposto e se dispor a fornecer bem ou serviço, tendo ciência do tratamento diferenciado dado ao Poder Público, bem como das cláusulas contratuais que serão aplicáveis, deve, ao apresentar alguma proposta, levar em consideração diversos fatores, como custo, margem de lucro e tempo de duração do contrato, potenciais fatores que podem influenciar no preço nesse período de vigência da contratação, entre outros.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, diz que:

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 (...) (grifos nossos)

Nesse íterim, quando se contrata com a Administração Pública deve-se ter em mente o dever de manter as condições efetivas da proposta. O particular tem que assegurar as condições da sua proposta, precisa ter a documentação necessária em dia, prestar o serviço de acordo com as condições contratuais, executar a obra, fornecer o que foi pactuado.

Mas não é só isso, a Administração Pública tem que prestigiar as condições às quais ela se comprometeu em relação àquela proposta apresentada pelo atual contratado, visto que, no momento da assinatura do contrato, há uma equação econômico-financeira que deve ser mantida durante o tempo em que o contrato estiver em vigência.

3 SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos administrativos: formação e controle interno da execução – com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia. Belo Horizonte: Fórum, 2015. P. 23.

Os problemas maiores ocorrem nos contratos de prestação contínua ou nos contratos de serviços contínuos, que são de prazo longo e por isso existe uma situação mais propícia a que a equação econômico-financeira que existia no início da contratação, em algum ponto de desequilíbrio.

Inicialmente, o fundamento legal para se discutir essa questão surgiu com mais força no artigo 28 da Lei nº 9.069/95 (plano real). Tal dispositivo diz que os valores inicialmente fixados na proposta devem ser mantidos naquela proporção ao longo do contrato e que toda reposição monetária deve atender ao intervalo mínimo de um ano.

Em se tratando de caso em que se configure a necessidade de pleitear a atualização ou modificação do valor fixado em um contrato administrativo, é preciso verificar se a hipótese é de reajuste, revisão ou repactuação, que também se diferenciam da correção monetária.

Naturalmente decorrido algum tempo do início da contratação tende a ocorrer aumento do custo dos insumos a serem usados pelo contratado, das obrigações tributárias e outros tantos fatores, sendo necessário reestabelecer o valor econômico do contrato firmado.

O reajuste ocorre em razão de índice previamente fixado no contrato, mediante a estipulação em uma determinada cláusula, índice esse que vai retratar a variação do custo de produção, seja um índice geral ou setorial. Ou seja, é um índice econômico-financeiro pactuado entre as partes.

Segundo o artigo 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/93:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplimento de cada parcela;

Já, a revisão do preço, está fora da questão do reajuste. Ela ocorre para colocar os valores ajustados dentro de preços de mercado, em razão de fatos que ocorreram após a assinatura do contrato, que podem ser imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis.

A revisão visa recompor o preço daquilo que foi contratado, seja para mais ou para menos. Nos termos do artigo 65, inciso II, alínea "d", e §5º, da Lei nº 8.666/93:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II – por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

(...)

§5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

Veja-se que o aumento de tributos e encargos sociais no valor contratado também pode ser causa de pedido de revisão de preços, o qual poderá ser concedido se houver impacto na equação econômico-financeira. Não é o simples aumento de tributo ou encargo que vai possibilitar à empresa a solicitação ou o deferimento da revisão de preços.

A título de exemplo, um tributo novo, que não existia quando da proposta, pode repercutir na álea extraordinária. Um aumento mínimo de um tributo que já existia, no entanto, pode não impactar o equilíbrio econômico-financeiro, não sendo possível, então, a concessão da revisão de preços.

Por sua vez, a correção monetária é uma mera atualização do valor da moeda, cujos índices não são iguais aos índices utilizados para reajuste. Quem pagar com atraso vai pagar com acréscimo de correção monetária.

Atualizar significa modificar o valor de acordo com o critério que está sendo escolhido, seja revisão, reajuste ou correção monetária.

A Lei nº 9.069/95 trouxe a regra de que o intervalo mínimo deveria ser de um ano para que houvesse reajuste ou revisão (qualquer espécie de atualização monetária). Na mesma esteira o artigo 3º, §1º, da Lei nº 10.192/01 que dispõe sobre as medidas complementares ao Plano Real.

Todavia, o Tribunal de Contas da União, ao julgar o Processo nº 001.912/2004-8, no Acórdão nº 1563/2004 – Plenário⁴ avaliou em relação à revisão de preços que:

24. O reequilíbrio econômico-financeiro pode se dar a qualquer tempo; consequentemente não há que se falar em periodicidade mínima para o

4 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 001.912/2004-8. Acórdão nº 1563/2004 – Plenário**. Relator: Augusto Sherman. Representação. Solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de prestação de serviços de forma contínua em decorrência de incremento de custos de mão-de-obra ocasionado pela data-base das categorias. Dificuldades em processar as solicitações ante o disposto na Decisão 457/1995 - Plenário - TCU. Discussão sobre reajustamento, repactuação de preços e reequilíbrio econômico-financeiro. Análise à luz da legislação vigente. Expedição de orientação à Segedam. Arquivamento. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/?KEY%253AACORDAO-COMPLETO-18352/DTRLEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em 05 nov. de 2020.

seu reconhecimento e respectiva concessão. Com efeito, se decorre de eventos supervenientes imprevisíveis na ocorrência e (ou) nos efeitos, não faria sentido determinar tempo certo para a sua concessão. Na mesma linha de raciocínio, não pede previsão em edital ou contrato, visto que encontra respaldo na lei e na própria Constituição Federal, sendo devida desde que presentes os pressupostos.

A Orientação Normativa nº 22, de 01 de abril de 2009, da Advocacia-Geral da União estabelece que “O reequilíbrio econômico-financeiro pode ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na letra “d” do inc. II do art. 65, da Lei nº 8.666, de 1993”.

Na mesma decisão do Tribunal de Contas da União, no que diz respeito ao reajuste de preços e à repactuação, entendeu-se que não há como escapar da previsão legal expressa de que o prazo mínimo para sua ocorrência é de um ano:

E, de fato, os dispositivos legais transcritos acima não comportam outra linha de interpretação. Note-se que o art. 2º, §1º, da Lei 10.192/2001 encerra uma proibição, ou seja, proíbe a realização de qualquer reajuste em prazo inferior a um ano. Se a disposição legal faz incidir explicitamente a vedação sobre qualquer reajuste, sem estabelecer exceção ou fazer distinção quanto ao fator que originou o reajustamento tomado para a contagem do prazo, então não há como ampliar o alcance da norma. Significa dizer que, realizado o primeiro reajuste do contrato referente a um determinado item de custo, o próximo reajustamento só poderá se dar após decorrido um ano, independentemente do fato de ter-se verificado variação nos preços de outros itens antes de escoado esse prazo. Portanto, como não há fundamento para a realização de diversos reajustes dentro do interregno anual, não é possível submeter um mesmo contrato de prestação de serviços continuados a mais de uma repactuação durante esse intervalo de tempo.

A garantia de que as condições efetivas da proposta serão mantidas está intimamente ligada aos princípios da justa correspondência das obrigações e da vedação ao enriquecimento sem causa, princípios esses que foram trazidos do Direito Civil, aplicáveis ao Direito Administrativo de acordo com as próprias regras da Lei nº 8.666/93, que diz que se não houver norma específica para o caso aplicam-se supletivamente as regras da legislação civil.

O contrato administrativo destina-se ao atendimento das necessidades públicas, e, sendo esta uma obrigação da Administração, ela vai atrás do cumprimento da efetivação da iniciativa privada, ao passo que o particular ou o contratado é um colaborador da Administração, expressão usada por Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, trazida da legislação espanhola.

O particular é um colaborador e ele objetiva lucro, sob pena de não conseguir cumprir as obrigações pelo prazo total de execução do contrato. Portanto, esse é mais um motivo para que a Administração garanta a ele o equilíbrio da equação econômico-financeira.

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello o equilíbrio econômico-financeiro (equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste, e de outro, pela compensação econômica que lhe corresponderá.

Nos dizeres de Ronny Charles Lopes de Torres⁶:

O reequilíbrio econômico financeiro do contrato deve ser percebido como um direito, tanto do contratado quanto da Administração. Ele foi expressamente estabelecido pelo Constituinte, ao resguardar a manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, inc. XXI). Nessa feita, identificado o fator extraordinário gerador do desequilíbrio econômico do contrato, a revisão necessária, para o reequilíbrio de sua equação econômico-financeira, independe de previsão contratual, pois tal direito deriva da Lei e da Constituição. Esse foi o entendimento abraçado pela Advocacia-Geral da União, na Orientação Normativa N° 22. (...)

Não há como negar que desde a época da proposta já se estabelece uma equação econômico-financeira, apesar das garantias legais, principalmente no âmbito da Lei n° 8.666/93, que são feitas no momento em que o contrato é celebrado. Essa relação que se estabelece pode ser abalada por dois tipos de álea, a ordinária e a extraordinária.

A álea ordinária, também chamada de álea empresarial, consiste no risco relativo a possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportado pelo contratado. Quem tem que suportar o risco do negócio é o contratado, é a empresa e não a Administração, e muitas vezes a empresa contratada quer repassar isso para a Administração.

Em muitas solicitações feitas de recomposição de preços, vemos o particular querendo que a Administração assumira o risco dele, um risco que é inerente ao negócio e que não traz nenhuma espécie de garantia de alteração contratual. Esses pequenos aumentos, por assim dizer, de valores que devem ser suportados pela empresa, por ser um risco dela, não devem ser repassados para a Administração Pública. Quem está no Poder Público deve ter cuidado ao analisar um pedido, verificar se de fato o que está sendo solicitado não faz parte do risco do negócio.

De outro lado existe a álea extraordinária, que pode ser entendida como um risco futuro imprevisível, que pela sua extemporaneidade, impossibilidade de previsão e onerosidade excessiva, desafia todos os cálculos que foram feitos pela empresa na época da elaboração da proposta.

Inclusive, na já citada decisão do Tribunal de Contas da União, ao julgar o Processo n° 001.912/2004-8, no Acórdão n° 1563/2004 – Plenário, constou que “na prática, umas das maiores dificuldades do administrador público reside em identificar se o pleito do contratado constitui ou não uma álea extraordinária e extracontratual.”.

6 TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 9ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. P. 736.

Como visto, o artigo 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/93 prevê que o edital deverá indicar o “critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela”.

Por sua vez, o artigo 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93 arrola as cláusulas do contrato e anuncia que são necessárias em todos os contratos as que estabeleçam “o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”.

E ainda sobre revisão de preços, lê-se no artigo 65, §6º, da mesma lei, que “Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contrato, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.”

O termo “por aditamento” é usado para fazer distinção em relação ao reajuste em que não há necessidade de assinar um termo aditivo. A própria lei dispensa este termo e sugere que se encaminhe para que o órgão financeiro faça o cálculo. Esse cálculo, que é uma informação, nada mais é do que um ato administrativo (apostila), mas não é um aditivo contratual.

Mais especificamente em relação ao reajuste de preços, pode este ser entendido como um realinhamento contratual em razão da elevação do custo de produção no curso normal da economia, tendo por base índices ou critérios previamente fixados no edital a fim de preservar a contratada do processo inflacionário.

O reajuste é uma solução desenvolvida na prática contratual, e vem da época dos contratos de direito civil, sendo que nos contratos de direito administrativo esta matéria possui um tratamento mais rigoroso, visto estar-se lidando com dinheiro público.

Ao discorrer sobre reajuste, pode-se e deve-se usar o parâmetro da repactuação, que no fundo é similar, mas a forma de administrar ou de equalizar é diferente. O reajuste é calculado com base em um índice que é estipulado em contrato, e que é medido ao longo do período de um ano.

A repactuação foi trazida em época posterior, por meio do Decreto nº 2.271/97, que veio na sequência da legislação que disciplinou o Plano Real, mas que foi revogado pelo Decreto nº 9.507/2018, atualmente vigente.

O Decreto nº 2.271/97 tratava da contratação de serviços pela Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional e em seu artigo 5º passou a admitir a repactuação dos preços para os contratos que tivessem por objeto a prestação de serviços contínuos, ou seja, aqueles enquadrados no artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93 e definidos pela IN nº 18/97, revogada pela IN nº 2/08.

Desta feita, a repactuação se prestava para serviços auxiliares necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção pudesse comprometer a continuidade de suas atividades, cuja contratação deve estender-se por mais de um exercício financeiro, a fim de adequá-los aos novos preços de mercado, desde que previstos no edital.

Atualmente o Decreto nº 9.507/2018 estabelece em seu artigo 12 que:

Art. 12. Será admitida a repactuação de preços dos serviços continuados sob regime de mão de obra exclusiva, com vistas à adequação ao preço de mercado, desde que:

- I – seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos para os quais a proposta se referir; e
- II – seja demonstrada de forma analítica a variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

Ou seja, a repactuação apenas se aplica a contratos de serviços contínuos prestados com dedicação exclusiva da mão de obra, situação já colocada pela Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017, da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão:

Art. 53. O ato convocatório e o contrato de serviço continuado deverão indicar o critério de reajustamento de preços, que deverá ser sob a forma de reajuste em sentido estrito, com a previsão de índices específicos ou setoriais, ou por repactuação, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.

Art. 54. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir.

§ 1º. A repactuação para fazer face à elevação dos custos da contratação, respeitada a anualidade disposta no *caput*, e que vier a ocorrer durante a vigência do contrato, é direito do contratado e não poderá alterar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, conforme estabelece o inciso XXI do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo assegurado ao prestador receber pagamento mantidas as condições efetivas da proposta.

O Tribunal de Contas da União também já havia previamente fixado entendimento nesse mesmo sentido, como se vê no Acórdão 1.488/2016 - Plenário⁷:

20.1. No excerto abaixo transcrito, extraído do voto condutor do Acórdão 1.574/2015-TCU-Plenário, restou consignado que o instituto da repactuação só se aplica a serviços continuados prestados com dedicação exclusiva da mão de obra, isto é, mediante cessão da mão de obra, o que não corresponde ao objeto da contratação a ser realizada

7 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 030.028/2015-9. Acórdão nº 1488/2016 – Plenário**. Relator: Vital do Rêgo. Monitoramento das determinações expedidas em decorrência de representação contra o pregão eletrônico promovido pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal, referentes à contratação de empresa para prestação de serviços de monitoramento eletrônico de veículos através de sistema de leitura automática de placas, utilizando tecnologia de Reconhecimento Ótico de Caracteres (OCR). Análise da oitiva. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1488%2520ANOACORDAO%253A2016%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522DTRELEVA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=e8a16f00-1fa9-11eb-b639-e9818891c05f. Acesso em 05 nov. de 2020.

pelo DPRF, eis que se trata de serviços contínuos que não serão prestados mediante dedicação exclusiva da mão de obra (...)

A repactuação bem como o reajuste devem ser previstos em edital, pois caso contrário não podem ser concedidos, devendo ainda ser observado o intervalo mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

A repactuação foi um mecanismo encontrado pelo Governo para dissociar a correção dos preços dos contratos de prestação de serviços de natureza continuada de um gatilho automático de reajuste, coisa que existia antes do Plano Real. Então, o Plano Real e o reajuste garantiam que todo mês haveria uma mudança de valores, o que já não acontece na repactuação, que não deixa de ser uma negociação fomentada pela Administração, à qual se submetem as empresas que querem com ela contratar.

Tanto o reajustamento dos preços quanto a repactuação visam recompor a corrosão do valor contratado apenas pelos efeitos inflacionários. A diferença é que o reajuste é calculado com índices previamente escolhidos, e a repactuação é procedida ano a ano, demonstrando analiticamente a variação dos componentes dos custos de produção. Não é uma mera aplicação de índice.

A revisão de preços ocorre, como dito, em razão de motivos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis. Portanto, pertencentes esses fatos à álea extraordinária, porque na álea ordinária não há autorização para que a Administração conceda uma revisão de preços.

Reitere-se que, em consonância com o já fixado entendimento do Tribunal de Contas da União, não há que se falar em periodicidade mínima para a concessão da revisão de preços. Exemplo disso são os contratos de fornecimento de combustíveis, nos quais não há controle efetivo na alteração dos valores dos combustíveis e os postos de revenda praticam preços variados.

Então, toda vez que houver um aumento no valor do combustível a contratada da Administração vai apresentar o percentual que foi autorizado de aumento, na realidade, qual o preço que ela vai praticar. Além disso, deve garantir para a Administração o mesmo percentual de desconto que concedeu na sua proposta. Deverá ser feito um cálculo, aliás a parte econômico-financeira desses contratos é muito importante, porque a contratada não poderá repassar para a Administração o valor cheio, com o aumento que foi concedido, ou que realmente foi efetuado pela distribuidora. Ela tem que garantir o percentual de desconto da proposta efetivamente apresentada à Administração.

Assim, a revisão de preços não se dá de forma automática, como o reajuste previsto contratualmente. Ela depende de um pedido que deve ser feito pelo contratado, devidamente documentado, provando qual preço era praticado pelo contratado no momento de sua proposta ou quanto custava para ele aquele insumo e quanto passou a custar na oportunidade do pedido de revisão de preço.

Sem prejuízo, há uma exigência da Administração, muito fomentada pelo controle dos Tribunais de Contas, que diz respeito à entrega das planilhas abertas por parte particular, que deverá mostrar o impacto daquele insumo no valor total do contrato e para isso, precisa apresentar notas fiscais, BDI (benefícios e despesas indiretas) etc.

Por vezes as empresas não fornecem maiores informações sobre o preço para a Administração por receio de que sejam verificadas por concorrentes, uma vez que os documentos ficarão no processo administrativo.

A revisão de preços, portanto, não está adstrita a uma periodicidade mínima, admitindo-se pedido nesse sentido devidamente documentado, podendo a Administração estudar a questão e, existindo prova suficiente, conceder a revisão pleiteada.

Reajuste, revisão e repactuação auxiliam na manutenção da equação econômico-financeira equilibrada do contrato administrativo.

Existem situações em que o contratado faz simultaneamente mais de um pedido, por exemplo de reajuste e de revisão de preços; assim, caso um seja indeferido, existe a possibilidade de deferimento do outro.

Em qualquer hipótese, a responsabilidade que recai sob a Administração Pública é muito grande pois, ao mesmo tempo em que deve evitar que lhe sejam atribuídos custos que devem ser suportados pelo contratado, também é a responsável por evitar que este seja extremamente prejudicado por seu dever de cumprir o contrato, nas hipóteses em que efetivamente se verifique a necessidade de adequação do preço.

Nesse contexto, vale lembrar a importância da boa fundamentação e motivação das decisões no âmbito administrativo, que podem evitar não apenas prejuízos à própria Administração Pública, decorrentes de alterações de preços em casos nos quais não se aplicam, como também auxiliar o contratado com a efetiva concessão quando comprovada a necessidade.

Mas não basta se exigir que apenas a decisão da Administração seja fundamentada, pois, como apontado acima, o pedido do contratado também deve o ser. Se ambos colaborarem para que se chegue à melhor solução ao caso na esfera administrativa, estar-se-á contribuindo para a desjudicialização de questões do tipo.

É muito comum que, uma vez negado o pedido na esfera administrativa seja o problema encaminhado ao Poder Judiciário para rediscussão, seja por conta de uma decisão inadequadamente fundamentada ou equivocada, ou em decorrência de puro inconformismo do contratado.

Entretanto, o Poder Judiciário brasileiro passa por grave crise decorrente da elevada quantidade de processos pendentes de julgamento e novos casos que lhe são apresentados diariamente. Assim, consoante explanado abaixo, nem ao contratado

nem à Administração Pública é interessante a judicialização da questão, situação que poderá ser evitada com colaboração de ambos na esfera administrativa.

3. MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES, FUNDAMENTAÇÃO DOS PEDIDOS ADMINISTRATIVOS E A DESJUDICIALIZAÇÃO

Assim como carecem as decisões judiciais de fundamentação e motivação, seguindo os ditames do Código de Processo Civil, também as decisões proferidas pela Administração Pública precisam ser motivadas e fundamentadas pelos administradores.

Portanto, ao se analisar um pedido de reajuste, revisão ou repactuação de preços, não basta concedê-lo ou negá-lo em decisão supérflua e sem qualquer indício do motivo que lhe deu causa.

Deve a Administração Pública de fato analisar o caso concreto e explicar ao administrado por qual razão entende ser ou não cabível a alteração de preço solicitada. Para Vladimir da Rocha França⁸:

Levando-se em consideração que no arbítrio a legitimação da decisão estatal ocorre pela sua mera imposição material, é de se esperar que, no Estado Democrático de Direito, os atos jurídicos do Estado sejam motivados. Afinal, pressupõe-se que o destinatário do ato administrativo tenha a oportunidade de compreendê-lo e contestá-lo para que essa decisão possa ser considerada legítima.

Nos casos de pedido de reajuste, revisão ou repactuação de preços, deve a Administração Pública demonstrar que estavam ou não presentes os requisitos necessários à sua concessão, evitando desta forma, potenciais questionamentos pelos Tribunais de Contas e outros órgãos de fiscalização, quanto potenciais inconformismos dos administrados que tenham seus pedidos negados sem conhecer os reais motivos da decisão.

Na atual redação do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), com as inclusões trazidas pela Lei nº 13.655/2018, fica ainda mais claro o inquestionável dever da Administração Pública de fundamentar e motivar suas decisões, como se verifica no artigo 20:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

8 FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Princípio da motivação no Direito Administrativo**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP – Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/124/edicao-1/principio-da-motivacao-no-direito-administrativo#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20art,ser%C3%A3o%20parte%20integrante%20do%20ato>. Acesso em 06 nov. de 2020.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁹:

Mesmo quando a lei se omite em explicitar os motivos necessários para a produção do ato, nem por isso poder-se-ia abraçar a conclusão de que, em tais hipóteses, a Administração pode agir sem motivos, isto é, sem apoio em fatos que lhe sirvam de base prestante para expedir o ato, ou que está livre para calçar-se em quaisquer fatos, sejam quais forem.

No cenário brasileiro de hoje, em que o Poder Judiciário se encontra por demasiado asoberbado, os processos são lentos, custosos e de resultado incerto, não é interessante nem à Administração Pública nem ao administrado que questões envolvendo pedidos de reajuste, revisão ou repactuação de preços sejam encaminhadas para solução litigiosa.

Mas para que seja possível uma solução adequada na esfera extrajudicial, não basta apenas atribuir à Administração Pública o dever de fundamentar e motivar suas decisões.

Conforme já mencionado anteriormente, ao contratado compete igualmente fundamentar o pedido de reajuste, revisão ou repactuação de preços, fornecendo ao Poder Público os elementos necessários à sua análise e formação de sua convicção.

Para que se alcance a melhor solução na esfera administrativa, precisa haver cooperação entre Administração Pública (quando da tomada da decisão) e contratado (no momento da fundamentação de seu pedido).

Lembre-se que esses pedidos de alteração de preços, uma vez encaminhados ao Poder Judiciário podem levar anos para serem julgados em definitivo, ensejando prejuízos ao contratado e à Administração Pública, que além de alocar recursos na própria tramitação do processo, poderão, ao final: i) condenar a Administração Pública, no caso de procedência do pedido, ao pagamento de indenização decorrente de fixação de novo preço, além de verbas sucumbenciais; ou ii) por parte do contratado, ver seu pedido julgado improcedente, o que seria um resultado indesejado, lhe gerando o dever de continuar cumprindo o contrato administrativo por preço considerado como inadequado.

Apesar de expressamente estar prevista a garantia da celeridade processual no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, visando evitar que os processos judiciais se arrastem por tempo indeterminado, sem que as partes possuam efetiva resposta ao problema apresentado, na prática é difícil sua concretização.

A duração desmedida de processo judicial foge ao buscado pelas partes e pela garantia constitucional da celeridade. E, como explica Gisela Gondin Ramos¹⁰:

De fato, a morosidade frustra quaisquer expectativas dos cidadãos, e pouco a pouco vai mingando a fé no sistema de justiça, abrindo chagas que o próprio tempo se encarrega de impedir sejam cicatrizadas, e

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. P. 93/94.

10 RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios Jurídicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. P. 455.

que, afinal, acabam sepultando as esperanças até mesmo nos espíritos mais persistentes. Nesse quadro, o processo, que deveria cumprir o papel de instrumento de pacificação social, passa a ser instrumento de pressão e ameaça, patrocinando um ambiente que favorece os mais fortes e prejudica irremediavelmente os menos favorecidos. Cria-se, com isto, um campo fértil para o surgimento de inúmeras situações, todas prejudicadas ao ideal de realização da justiça.

A par da realidade do que ocorre hoje no Judiciário brasileiro, que encontra muita dificuldade em concretizar o ditame da celeridade processual em decorrência da grande quantidade de litígios pendentes de solução e elevado número de novas ações diariamente propostas, a cooperação entre Administração Pública e administrado no prévio requerimento na esfera administrativa, pode ser positiva a ambas as partes interessadas.

Veja-se que, se a questão for adequadamente solucionada na esfera administrativa, razão não existirá para a propositura de ação judicial, a qual se fosse proposta seria mais uma na imensa fila de casos similares que demoram anos para serem efetivamente encerrados.

Existem outras previsões no ordenamento jurídico brasileiro que levam à conclusão de que, sempre que possível, deve-se buscar as soluções mais rápidas e eficientes para as lides, mesmo que isso implique, de certa forma, na substituição da prestação jurisdicional por um método alternativo de solução do conflito.

Sustenta José Miguel Garcia Medina¹¹ que:

II. Acesso à ordem jurídica justa e meios alternativos de solução de conflitos. De acordo com a Resolução 125/2010 do CNJ, “o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”, e, “por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.” (...)

A citada Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e deixa claro que, acima de tudo, o que se busca são soluções efetivas aos conflitos existentes. Inclusive, cabe ao Poder Judiciário, em verificando formas mais eficazes de solução de conflitos, incentivar o seu uso. Tal ideia é condizente com a exigência de que, antes de ingressar com determinada ação judicial, procurem ambas as partes interessadas (no caso Administração Pública e contratado), sempre que possível, chegar à melhor solução ao requerimento formulado no âmbito administrativo.

¹¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. P. 93.

Existe, atualmente, no Brasil, uma movimentação em âmbito nacional visando à desjudicialização, por conta dos inúmeros problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, já mencionados (especialmente sobrecarga e lentidão), além de outros, como falta de conhecimento técnico para a solução de determinados casos e inexistência de magistrados especializados, por exemplo.

Ainda, em casos envolvendo a Administração Pública, decisões judiciais podem esbarrar em pontos sensíveis como alocação de recursos, disponibilidade orçamentária, intervenção em políticas públicas e outros tantos.

Com o intuito de resolver conflitos o mais rapidamente possível, evitando-se, quando razoável, mais lides junto ao Poder Judiciário e insegurança quanto ao resultado da demanda, a cooperação entre contratado e Administração Pública, na fundamentação de seus pedidos e decisões, mostra-se como ideal a ser buscado, para solução adequada das questões envolvendo pedido de reajuste, revisão ou repactuação de preços.

4. CONCLUSÃO

Contratações com a Administração Pública implicam em situações diferenciadas envolvendo alterações de cláusulas contratuais, especialmente naquelas referentes ao preço fixado.

Reajuste, revisão e repactuação de preços não se confundem e são aplicáveis em situações distintas, não sendo sinônimo de simples atualização monetária, já que esta se refere à correção do valor da moeda.

O reajuste ocorre em razão de índice previamente fixado no contrato, mediante a estipulação em cláusula, enquanto a revisão é instituto que se aplica em razão de fatos que ocorreram após a assinatura do contrato, que podem ser imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis.

Por sua vez, repactuação muito usada em âmbito federal, apenas se aplica a contratos de serviços continuados, prestados com dedicação exclusiva da mão de obra, desde que demonstrada de forma analítica a variação dos componentes dos custos do contrato, e seja devidamente justificada.

Em qualquer hipótese, existe uma grande responsabilidade da Administração Pública em se resguardar de pedidos que busquem lhe atribuir custos que não lhe competem, e, ao mesmo tempo, evitar prejudicar excessivamente o contratado nas hipóteses em que efetivamente se verifique a necessidade de adequação do preço.

Nesse contexto, a boa fundamentação, não apenas da decisão administrativa como do pedido formulado pelo particular, é essencial. Lembrando que uma questão inadequadamente resolvida na esfera administrativa, pode culminar em litígio junto ao Poder Judiciário ou questionamentos variados por Tribunais de Contas e outros órgãos de fiscalização.

Seja em razão da celeridade, da segurança jurídica, da eficiência, da otimização dos recursos públicos e outros tantos pontos positivos não apenas ao Poder Público, como ao próprio administrado, que poderá obter o resultado pretendido com maior facilidade e rapidez, a cooperação entre ambos, no processo administrativo, é fundamental no intuito de desjudicialização de questões da espécie.

Tem-se hoje no cenário nacional a busca pela desjudicialização em virtude de um Poder Judiciário sobrecarregado, lento e com recursos limitados para apreciar todos os casos que lhe são apresentados.

Insta lembrar que a finalidade da garantia constitucional ao acesso à justiça é possibilitar a todos que o Estado, via Poder Judiciário, intervenha quando necessário na solução de uma lide, o que é diferente de dizer que deve o Estado se fazer presente em toda e qualquer situação.

É importante conhecer as hipóteses em que são cabíveis o reajuste, revisão e repactuação de preços, para que se possa formular de maneira adequada e fundamentada o pedido administrativo, permitindo à Administração Pública analisá-lo, também, motivadamente e com a fundamentação adequada, para que assim ambos colaborem com a desjudicialização de demandas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Princípio da motivação no Direito Administrativo. Enciclopédia Jurídica da PUCSP – Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/124/edicao-1/principio-da-motivacao-no-direito-administrativo#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20art,ser%C3%A3o%20parte%20integrante%20do%20ato>. Acesso em 06 nov. de 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia. Constituição Federal comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 34ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2016.

RAMOS, Gisela Gondin. Princípios Jurídicos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos administrativos: formação e controle interno da execução – com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 9ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

A COMUNIDADE LGBT NO SISTEMA CARCERÁRIO: A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

THE LGBT COMMUNITY IN THE PRISON SYSTEM: THE STATE RESPONSIBILITY

Regina Priscilla Werka Xavier de França¹

artigos
científicos

RESUMO

A presente pesquisa objetiva analisar a responsabilidade do Estado frente às represálias que presos pertencentes ao grupo LGBT possam vir a sofrer dentro do sistema carcerário brasileiro, em decorrência da omissão estatal, essencialmente, por não criar uma ala protetiva própria dentro das unidades prisionais. Primordialmente, será abordado um pouco de como é a realidade dos preconceitos enfrentados pela comunidade LGBT dentro das celas. Em sequência, será feita uma análise da atual situação do sistema penitenciário brasileiro para se ter um panorama de como funcionam as penitenciárias, além de demonstrar a essencialidade dessas alas protetivas para garantir que seus direitos sejam concretizados. Por fim, analisar-se-á a responsabilidade que incide sobre o Estado por ser omisso em garantir a integridade – tanto física quanto moral – desses presos com base em julgados e pesquisas doutrinárias, além de indagar pela sua omissão em não criar as alas em unidades prisionais. Essas responsabilizações serão analisadas com o intuito de garantir ao preso LGBT lesado a indenização devida pelos danos que lhe foram causados por conta dessas omissões estatais, as quais evidenciam o descaso do Poder Público frente a essa comunidade.

PALAVRAS CHAVES: Presos LGBT. Sistema Carcerário Brasileiro. Alas LGBT. Responsabilidade do Estado. Omissão. Indenização.

ABSTRACT

The present study intends to analyze the state's responsibility for reprisals that prisoners belonging to the LGBT group may suffer under Brazil's prison system, as a result of the state's omission, essentially, for not creating a protective cell in prison units. Primarily, we will discuss the reality of the prejudices faced by the LGBT community inside the cells. In sequence, an analysis of the current situation of the Brazilian prison system will be conducted in order to have an overview of how penitentiaries work, in addition to demonstrating the essentiality of these protective rooms to ensure that their rights are implemented. Finally, we will analyze the responsibility of the State for failing to guarantee the integrity - both physical and moral - of these prisoners based on judgements and doctrinal research, in addition to investigating their omission not to create wards in prison units. These responsibilities will be analyzed in order to guarantee the injured LGBT prisoner compensation for the damages caused to him by these state omissions, which demonstrate the negligence of the Government towards this community.

Keywords: LGBT prisoners. Brazilian Prison System. LGBT people. State responsibility. Omission. Indemnity.

¹ Acadêmica de Direito do UNICURITIBA- Paraná.

1. INTRODUÇÃO

O preconceito com a população LGBT ainda é fortemente marcada na nossa sociedade diariamente, mas quando se trata de um preso LGBT inserido no sistema carcerário brasileiro, a sua vulnerabilidade e ofensa a sua integridade são ainda maiores. Nesse sentido, é necessário fazer uma análise da realidade dessa classe na prisão, pois se existe discriminação fora das celas, dentro é demasiadamente pior.

Na pesquisa, será exposto como seus direitos são violados, em especial à sua dignidade humana - pressuposto constitucional-, tais como: agressões verbais, discriminações, abusos sexuais, limitações nas suas vestimentas e agressões físicas - sem contar os casos que podem chegar, até mesmo, a óbito.

Uma das alternativas que surgiram para tentar garantir os direitos desses presos dentro das unidades prisionais foi a adoção de alas exclusivas LGBT, um espaço protetivo com apenas presos dessa comunidade para lhes preservar sua dignidade.

No entanto, levando-se em consideração que poucos Estados no Brasil já adotaram a medida de criação de alas separadas, será feita uma análise de quais situações o Estado terá obrigação de indenizar eventuais represálias que esses determinados custodiados venham a sofrer, por conta de sua omissão específica.

Será analisado qual a responsabilidade incidirá nos casos dessas violações de direitos sofridas, subjetiva ou objetiva, com base em análises de julgados e entendimentos doutrinários, tendo em vista existir uma divergência muito grande na aplicação dessas teorias nos casos de responsabilização por omissão estatal.

Portanto, o embate a respeito de como é a realidade dos presos LGBTs nas penitenciárias justifica-se e apresenta-se pertinente pelo fato de que eles não conseguem ter um cumprimento de pena partilhado com os demais presos sem ter sua dignidade ameaçada ou ferida.

2. O PRESO LGBT

Primordialmente, é importante fazer uma diferenciação de todos os termos de orientação sexual, visto que erroneamente se usa a expressão “gay” como sinônimo que abrange todos os grupos que compõem a comunidade LGBT.

2.1. O QUE É “LGBT”?

A sigla LGBT é a mais popularmente utilizada pelo movimento social brasileiro e por muitas entidades governamentais, já que é a sigla mundialmente conhecida e utilizada. Inclusive, é a sigla que a ONU e a Anistia Internacional utilizam como padrão², já que pelo fato de o movimento ter se expandido, acabou acolhendo novas

2 NASCIMENTO, Fernanda e FOGLIARO, Débora. **LGBT, LGBTI, LGBTQ ou o quê?**. Revista Desacato, 24 de mar. de 2017. Disponível em: <http://desacato.info/lgbt-lgbti-lgbtq-ou-o-que/>. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

identidades que foram ganhando notório reconhecimento e, conseqüentemente, acabaram agregando novas siglas.

“LGBT” é a sigla que representa o nome do movimento social que inclui todas as pessoas que não se consideram heterossexuais ou que não se consideram cisgêneras³. Cada letra da sigla é utilizada para representar pessoas que são: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Transgêneros. Atualmente, a utilização mais completa da sigla é LGBTPQIA+. As novas letras e símbolo incluso, representam respectivamente: “P”, Pansexuais; “Q”, Queer’s; “I”, Intersex; “A”, assexuais e o “+” que é o sinal utilizado para representar as outras pessoas que não se sintam incluídas em nenhuma dessas categorias mencionadas⁴.

2.2. REALIDADE DO APENADO LGBT

As carceragens por si só, propiciam um ambiente de convivência que instiga a violência entre os detentos. Somado a isso, levando-se em consideração que existe preconceito com relação a comunidade LGBT fora dos presídios, dentro é demasiadamente pior. São muitos os casos e relatos de represálias que estes presos já sofreram por conta da sua identidade de gênero, seja por castigos com espancamentos, torturas, moléstias, para que sejam tratados como uma moeda de troca entre outros presos ou que seja a discriminação proferida por atitudes e proibições, sem contar as verbais.

Em uma entrevista a Human Rights Watch, em 2014, um preso homossexual lotado na Casa de Detenção, em São Paulo, relatou a respeito de como os companheiros de cela heterossexuais os tratam, como o que segue:

Eles dizem que nós não temos dignidade, honra e direitos. Eles são orgulhosos de serem *homens*, bandidos; eles são durões...Eles nos vêm como objetos para serem usados. Se há uma rebelião, nós somos os que sofrem. Os guardas não têm controle da situação aqui dentro⁵.

Um outro preso, da mesma unidade prisional, acrescenta o seguinte:

Nós cumprimos duas sentenças aqui: uma imposta pelo juiz e outra imposta pelos prisioneiros. Nós não temos valor para eles. Ninguém presta atenção para a palavra de um homossexual. Eles nos deixam falar com eles até um certo ponto. Nenhum deles beberia do meu copo⁶.

A presidiária transexual Gabriela – seu nome fictício – estava lotada em um dos maiores presídios de São Paulo e conta um pouco de como foi sua estadia no presídio masculino:

3 VILELA, Lorraine. **Cisgênero e Transgênero**. Cisgêneras são pessoas que se identificam com o seu sexo biológico, ou seja, se a pessoa nasceu mulher, ela se identifica como uma mulher. Brasil Escola, [s.d]. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sexualidade/cisgenero-transgenero.htm>. Acesso em: 17 de nov. de 2019.

4 FERRAZ, Thaís. **Conheça a história do movimento pelos direitos LGBT**. Politize!, 28 de jun. de 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/lgbt-historia-movimento/>. Acesso em: 17 out de 2019.

5 BRASIL, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário. **Estimativa do “Déficit” de Vagas do Sistema Penitenciário do Brasil, dezembro de 1987**. Disponível em: https://www.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/fnotes3.htm#N_197_. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

6 BRASIL, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário. **Estimativa do “Déficit” de Vagas do Sistema Penitenciário do Brasil, dezembro de 1987**. Disponível em: https://www.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/fnotes3.htm#N_197_. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

“Na minha primeira noite na cadeia, fui mandada para uma cela com 12 homens. Fui estuprada aquela noite toda. Depois, ao longo da pena, era comum ser estuprada no banheiro⁷.” Além disso, comentou a respeito de uma rebelião que ocorreu no presídio, que além de ter sido alvo dos presos, acabou sendo bolinada por policiais: “Quanto à tortura física, a ex-detenta conta que, durante uma rebelião, foi usada como ‘escudo’ pelos detentos e, quando a polícia entrou no presídio, foi ‘torturada com choques nos genitais’ quando os policiais descobriram que ela era trans⁸”.

Os outros detentos acabam tendo uma impressão errada com relação aos presos que são homoafetivos e acreditam que só por este fato, são obrigados a ter relação com eles quando quiserem, e isso acaba fazendo com que eles se tornem uma moeda de troca para sexo entre outros presos⁹. Ou seja, eles não possuem controle sobre o seu próprio corpo, estando submetidos a regra dos demais companheiros de sexo quanto a sua integridade física, ofendendo bruscamente os seus direitos fundamentais.

Esse pensamento arcaico de muitos presos acaba refletindo na sua convivência com os presos LGBTs, onde acabam os discriminando em qualquer tipo de hábito de convivência, que se justificam com base em seu preconceito e ignorância. De acordo com informações publicadas no artigo “Discriminação nos presídios: Com pratos marcados e rejeitados por facções, presos LGBT sofrem com rotina de segregação¹⁰”, um homossexual não pode nem usar o mesmo prato ou o mesmo copo que um héterossexual use. Também não pode dividir o mesmo cigarro, visto que para eles, a boca do homossexual sempre está remetida a ideia de conotação sexual e sua boca seria impura. Além do mais, relata que não podem utilizar da mesma vassoura que é usada para varrer o pátio do presídio, pois é visto como um afrontamento pelos outros presos.¹¹

Os presos homossexuais tiveram alguns de seus direitos melhor respaldados através da Resolução Conjunta nº1¹², de 15 de abril de 2014, que lhes asseguram muitas garantias que antigamente, nem se cogitavam ter. A partir da sua divulgação, foi garantido aos presos o direito de: ser reconhecido pelo seu nome social, as presas transexuais serem transferidas para os presídios femininos, de vestir a roupa

7 G1, Portal GazetaWeb. **Estupro e tortura: relatório inédito do governo federal aponta o drama de trans**. Estudo mostra que pessoas LGBT+ são mais vulneráveis aos efeitos da precariedade do sistema prisional brasileiro. G1 GazetaWeb. Alagoas, 6 de fev. de 2020. Disponível em: <https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2020/02/estupro-e-tortura-relatorio-inedito-do-governo-federal-aponta-o-drama-de-trans-96632.php>. Acesso em: 18 de jun. de 2020.

8 G1, Portal GazetaWeb. **Estupro e tortura: relatório inédito do governo federal aponta o drama de trans**. Estudo mostra que pessoas LGBT+ são mais vulneráveis aos efeitos da precariedade do sistema prisional brasileiro. G1 GazetaWeb. Alagoas, 6 de fev. de 2020. Disponível em: <https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2020/02/estupro-e-tortura-relatorio-inedito-do-governo-federal-aponta-o-drama-de-trans-96632.php>. Acesso em: 18 de jun. de 2020.

9 KIEFER, Sandra. **Homossexuais contam abusos que sofriam em prisões sem separação**. Artigo Estado de Minas. Minas Gerais, 25 de nov. de 2014. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais.593189/uma-questao-de-respeito.shtml. Acesso em: 4 de nov. 2019.

10 SOUZA, Felipe. **Discriminação nos presídios: Com pratos marcados e rejeitados por facções, presos LGBT sofrem com rotina de segregação**. BBC News Brasil. São Paulo, 27 de mar. de 2019. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47376077>. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

11 SOUZA, Felipe. **Discriminação nos presídios: Com pratos marcados e rejeitados por facções, presos LGBT sofrem com rotina de segregação**. BBC News Brasil. São Paulo, 27 de mar. de 2019. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47376077>. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

12 BRASIL, Congresso Nacional. Senado. Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014. **Conselho Nacional de Combate à discriminação**. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 de abril de 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx. Acesso em: 13 de ago. de 2020.

conforme o gênero que se identificar e manter o seu cabelo comprido, de sua visita íntima, da continuidade do seu tratamento hormonal – que foi uma das grandes garantias alcançadas, pois a princípio, elas teriam que parar com o tratamento ao adentrar ao presídio e esta medida foi uma forma de assegurar a continuidade dos seus procedimentos que fazem parte da sua identidade.

Notoriamente o preconceito da nossa sociedade com relação aos homossexuais é refletido de uma forma mais exorbitante dentro das cadeias, que fez com que surgisse a política de inclusão das chamadas alas LGBTQs nas penitenciárias.

3. O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIROS E AS ALAS LGBTQS

As carceragens dos presídios brasileiros são fortemente remetidas à ideia de superlotação, precariedade e a um ambiente degradante - apesar de terem a função de ser o estabelecimento em que o apenado cumpriria sua sentença penal como uma forma de lição, o ressocializando e o reeducando na sociedade -, que acabam por violar os direitos fundamentais desses presos.

O sistema carcerário está em uma situação crítica, visto que tem muito mais presos do que o número de vagas suportado para estes estabelecimentos penais, que possuem uma estrutura decadente. De acordo com o Monitor de Violência¹³, o Brasil tem aproximadamente 700 mil presos em regime fechado, enquanto os presídios possuem em média 415 mil presos, ou seja, há uma escassez de mais 300 mil vagas¹⁴. Não é à toa que o país ocupa o ranking de 3º lugar do mundo com a maior população carcerária, perdendo somente para os Estados Unidos e a China¹⁵.

Essas superlotações são tão caóticas que fazem com que os custodiados convivam em um ambiente desumano, que conseqüentemente, acaba violando fundamentos constitucionais, como a dignidade humana e a garantia ao mínimo existencial. Inclusive, a nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5, inciso XLIX¹⁶, assegura ao preso a integridade física e moral. Além disso, o inciso III¹⁷, do mesmo artigo, aduz que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Porém, quando trata-se de presídio, esses dispositivos parecem ser uma utopia perante a realidade desses estabelecimentos quando se analisa as condições de cumprimento de

13 - Jornal Nacional. **Monitor da Violência mostra que superlotação nos presídios aumentou**. G1. São Paulo, 26 de abr. de 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/04/26/monitor-da-violencia-mostra-que-superlotacao-nos-presidios-aumentou.ghtml> Acesso em: 10 de set. de 2019.

14 - Jornal Nacional. **Monitor da Violência mostra que superlotação nos presídios aumentou**. G1. São Paulo, 26 de abr. de 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/04/26/monitor-da-violencia-mostra-que-superlotacao-nos-presidios-aumentou.ghtml> Acesso em: 10 de set. de 2019.

15 - Brasil de mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo. Instituto Humanista Unisinos. Rio Grande do Sul, 20 de fev. de 2020. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo#:~:text=Brasil%20se%20mant%20como%203%C2%BA%20pa%C3%ADs%20com%20maior%20populacao%20carceraria%20do%20mundo%20por%20Conectas%20Direitos%20Humanos%202018-02-2020>. Acesso em: 14 de ago. de 2020.

16 - BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 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: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 de set. de 2020.

17 - BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5. II - Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 de set. de 2020.

pena, tanto o é, que o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Lewandowski relatou algumas ofensas a dignidade dos detentos, como “a presença de ratos nas celas (e de presidiários com marcas de “mordidas de roedores”), esgoto a céu aberto dentro dos presídios e falta de um local adequado para lixo – o que levou à existência de lixões nas cadeias.^{18”}

As superlotações também se devem ao fato de possuir muitos presos provisórios, ou seja, pessoas que foram acusadas de um crime e que ainda não tiveram seu julgamento, compartilhando da mesma carceragem. Segundo dados da Banco de Monitoramento de Prisões, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁹, cerca de 41% do total dos presos, são presos provisórios. Isso sem contar os que são mantidos em delegacias policiais, que também sofrem do problema da superlotação.

A situação é tão perturbadora que em 2015, o Supremo Tribunal Federal proferiu julgamento de medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 347, considerando a crise do sistema prisional um “Estado de Coisas Inconstitucional”²⁰.

Contudo, além dos problemas das superlotações e problemas de infraestrutura, que acabam fornecendo péssimas condições de convívio e de higiene precária, as carceragens acabaram se tornando ambientes que propiciam a violência. São muitos os casos e relatos de homicídios, estupros, de discriminações - raciais, sociais e de orientação sexual - e, do fator que prepondera fortemente: a rivalidade entre as facções criminosas.

Em geral, as rebeliões, os casos de tortura, as fugas e as eventuais mortes dentro dos presídios servem para mostrar a ineficiência dos dispositivos de controle disciplinar desse sistema²¹, que conseqüentemente, acabam contribuindo fortemente para a atuação do controle das facções criminosas. Não é à toa que uma das principais organizações criminosas que atua no país, o Primeiro Comando da Capital (PCC), surgiu no presídio de segurança máxima, em São Paulo, no Centro de Readaptação Penitenciária de Taubaté²². Nesse viés, Christiane Freire afirma que “a precariedade institucional e a ausência de autonomia prisional serão compensadas pela auto-organização em facções criminosas.”²³

18 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. **REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFESTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.** Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 13 de ago. de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: (colocar data).

19 BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação.** G1. Brasília, 17 de jul. de 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 9 de set. de 2019.

20 Conceito configurado pela Corte Constitucional da Colômbia desde a *Sentencia de Unificación (SU) 559*, de 1997.

21 FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo.** São Paulo: IBCCRIM, 2005. p.143

22 *Ibid.*, p. 143.

23 *Ibid.*, p. 144.

Diante desse cenário caótico, muitas são as medidas analisadas para tentar amenizar essa situação do sistema prisional, entretanto, muitas vezes, não são bem aceitas pela população. Em sua obra “Privatização do Sistema Prisional Brasileiro”²⁴, a autora Grecciany Carvalho Cordeiro discorre que

Além da falta de recursos financeiros para investir no sistema penitenciário, qualquer ideia no sentido de melhorar a situação do recluso é vista com antipatia por parte da sociedade. Some-se a isso ainda a má vontade política e a influência da mídia.

A frase supracitada “qualquer ideia no sentido de melhorar a situação do recluso é vista com empatia por parte da sociedade” da referida autora, acaba se concretizando ao analisarmos os resultados dos dados da pesquisa feita pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública²⁵, através do levantamento feito pelo Datafolha a pedido do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Segundo dados da pesquisa, a maioria da população, cerca de 57%, é adepta do discurso “bandido bom é bandido morto”, enquanto 45% discordam, 3% não concordam e nem discordam e 2% não sabem. Com isso, explica-se o porquê de as discussões a respeito das condições dos presos não possuir tanta relevância para a sociedade, já que muitos acreditam que eles merecem pagar pelo que fizeram, independentemente das condições desumanas a que estejam sujeitos.

Com todos esses impasses, fica cada vez mais difícil da pena concretizar sua real função, que é a ressocialização do apenado.

3.1. AS ALAS LGTBs

Como já demonstrado anteriormente, o preconceito e a repressão contra os homossexuais são demasiadamente maiores e mais fortes dentro dos presídios. Pensando nisso, buscando preservar os direitos fundamentais desses presos, que alguns Estados passaram a adotar as Alas exclusivas para os presos LGTBs dentro de alguns presídios. As alas, portanto, foram criadas com o intuito de evitar violências morais, físicas e institucionais – que podem ser praticadas tanto pelos presos quanto pelos agentes penitenciários –, além de manter o direito de terem sua personalidade – o nome que querem ser reconhecidos de acordo com a sua identidade de gênero – e também, um acesso específico a saúde, tendo em vista que muitos fazem tratamento hormonal e eram interrompidos a partir do momento que eram encarcerados.

Em análise ao inciso XLVIII²⁶ do artigo 5º da Constituição Federal, que discorre que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos de acordo com o sexo do agente, é possível notar que houve uma omissão do legislador com relação aos indivíduos que não se adequam ao seu sexo biológico, não sendo mencionado nada a respeito de gênero – até porque, os enfoques a respeito de identidade de gênero começaram a

24 CORDEIRO, Grecciany Carvalho. **Privatização do Sistema Prisional Brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. p. 101.

25 SEGURANÇA PÚBLICA, Fórum Brasileiro. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo, [s.d]. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015_retificado_.pdf. Acesso em: 11 de set. de 2019.

26 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º. XLVIII** - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 de set. de 2020.

ganhar maior relevância nas discussões sociais recentemente, sendo que na época em que este dispositivo foi instaurado, pouco se mencionava a respeito desse emblema.

Nessa sonda, o Princípio de Yogyakarta implementa o 9º Princípio que versa sobre o direito a um tratamento humano durante a sua detenção da pessoa LGBT privada de liberdade, fazendo a seguinte recomendação aos Estados:

[...] d) **Implantar medidas de proteção para todos os presos e presas vulneráveis à violência ou abuso por causa de sua orientação sexual, identidade ou expressão de gênero** e assegurar, tanto quanto seja razoavelmente praticável, que essas medidas de proteção não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional em geral; [...]²⁷

Desta forma, além da adoção de medidas para proteger os presos LGBTs, é necessário lhes assegurar o direito de concretizar suas necessidades seguindo sua orientação sexual e identidade de gênero de forma digna, que vão desde a atenção a demandas necessárias pra sua saúde até o treinamento institucional, para que funcionários saibam como lidar com essa população carcerária.

A Resolução Conjunta nº 1 do Conselho Nacional de Combate a Discriminação de abril de 2014, já supracitada anteriormente, busca sanar essa omissão com os presos que possuem uma identidade de gênero diferente, além de lhes garantir outras disposições referentes à sua identidade. Nesta sonda, a resolução dispõe acerca da destinação de espaços específicos para travestis e gays que cumprem pena privativa de liberdade em presídios masculinos, no entanto, dependem da sua exteriorização de vontade.

Esse espaço destinado para os presos LGBTs pode ser tanto alas, como pavilhões ou até mesmo cela reservadas, dependendo da penitenciária em que estiver situado, levando-se em consideração o tamanho desta, e se há relativamente espaço para ocupação. No entanto, são poucos os presídios que possuem esse espaço exclusivo.

No diagnóstico “LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento”²⁸, foram produzidos dados que foram colhidos através de questionários destinados às unidades prisionais do país, mas que não eram de cunho obrigatório e, conseqüentemente, não foram todas as unidades que responderam. De um total de 1499 estabelecimentos penais no Brasil – de acordo com os dados de até julho de 2016 do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional²⁹ – apenas 508 foram as unidades respondentes entre masculinas, femininas e mistas.

27 **Princípios de Yogyakarta.** Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, jun. de 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 11 de ago. de 2020.

28 BRASIL, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **LGTB nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento.** Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos – Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepeessoasLGBT.pdf>. Acesso em: 11 de ago. de 2020.

29 BRASIL, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **LGTB nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento.** Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos – Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepeessoasLGBT.pdf>. Acesso em: 11 de ago. de 2020.

No referido diagnóstico, constata-se que das 1449 unidades penais do país todo, apenas 106 possuem alas destinadas aos presos LGBTs, o que é um número expressivamente baixo. Ainda mais, que a ocupação dessas alas ultrapassa a sua capacidade, portanto a quantidade de presos é bem significativa.

Considerando todos os tipos de agressões e exclusões – retaliações essas provindas de um preconceito estruturado e ainda fortemente presente na nossa sociedade – que este grupo de presos necessita de uma ala exclusiva para assegurar sua integridade, tanto física quanto moral, a fim de que seus direitos básicos sejam assegurados, com respaldo, principalmente, ao artigo 5º, XLIX³⁰ da Constituição Federal.

Além da proteção pela integridade física desses apenados, “a criação de cela/ala para LGBT tem influência direta nas possibilidades de monitoramento mais preciso, tanto em termos de censo, quanto na esfera da identificação das demandas específicas dessa população³¹”, ou seja, as alas também facilitam o acesso para as necessidades que esses custodiados demandam, além de ajudar no monitoramento por parte dos agentes penitenciários.

Um dos direitos mais aclamados pelas presas que podem ser assegurados nos espaços exclusivos, é o direito de personalidade desses presos, ou seja, poder sem quem são, com direito de serem chamados pelo seu nome social, ter os cabelos longos e se vestir do jeito que puderem, nos limites das regras institucionais da penitenciária.

Conclui-se, portanto, que a finalidade das alas exclusivas é segregar para proteger, além de buscar a ressocialização. Apesar da Resolução englobar todas as medidas necessárias para a adoção de alas protetivas e melhores garantias aos presos LGBTs, elas não vinculam os Estados e, portanto, muitos deixam de segui-la estritamente.

Ademais, a omissão do Estado em não destinar um espaço exclusivo para esses presos muitas vezes é justificada pela precariedade da estrutura desses estabelecimentos penais ou por qualquer outra razão que for, o que acaba demonstrando o descaso do sistema penal no que tange à população LGBT.

4. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO FRENTE ÀS REPRESÁLIAS SOFRIDAS PELOS PRESOS LGBTs

Diante da vulnerabilidade desses apenados, principalmente no que tange a omissão de criação de alas protetivas para este grupo, se questiona qual seria o tipo de responsabilidade que o Estado tem perante esses condenados e, deste modo, muitas

30 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 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: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de jun. de 2020.

31 BRASIL, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **LGTB nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos – Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT. Brasília, 2020. p. 21. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>>. Acesso em: 20 de jun. de 2020.

são as questões sobre esse emblema para garantir a devida indenização ao preso LGBT que teve seu direito lesado.

Qual o tipo de Responsabilidade que o Estado possui diante das represálias que esses detentos sofrem pela omissão de criação das alas LGBTs? E se o preso foi vítima de homicídio dentro das celas, o Estado deve indenizar a família do preso? E se foi um agente penitenciário que cometeu repressão contra o preso, o agente que responde ou o Estado?

Essas são algumas das questões que serão analisadas e discutidas a seguir neste trabalho, mas para tal, é necessário fazer uma análise teórica dos tipos de Responsabilidade que competem ao Poder Público.

Primordialmente, evidencia-se que nem toda omissão é suscetível a indenização por parte do Estado, sendo necessária a análise do dolo ou da culpa. Entretanto, existem exceções, essas são caracterizadas nos casos em que diante da omissão estatal, já ficará evidenciado o nexo causal da omissão e do dano causado, obrigando o Estado a repará-lo. Essas exceções são as chamadas omissões específicas³².

4.1. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O artigo 37,§6º da Constituição Federal de 1988 determina que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa³³”. Esse dispositivo supracitado fixa tanto a **responsabilidade objetiva do Estado quanto a subjetiva perante o agente público**.

Seguindo a regra da responsabilidade objetiva, Di Pietro disserta que, embasado no artigo 37, §6º da Constituição, essa responsabilidade exige o seguinte: 1) que o ato danoso seja cometido por agente de pessoa jurídica de direito público³⁴ ou as de direito privado que prestam serviço público; 2) as entidades que são de direito privado precisam prestar **serviço público**. Desta forma, não se enquadra as entidades da administração indireta que realizem serviços de natureza privada; 3) um dano que atingiu um terceiro, em decorrência de um serviço público e aqui esta o nexo de causalidade; 4) o dano causado a terceiro seja cometido por agente público e 5) que o agente tenha causado o dano no decorrer do exercício de sua função, caso

32 DE ASSIS, Luciana Vilar; DA SILVA, Wilker Jeymisson Gomes; MUNIZ, Raphael Estevão de Sousa. Responsabilidade Civil Estatal: Fuga do Preso e Consequências para o Estado por sua Omissão. Revista dos Tribunais, 15 de fev. de 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.975.07.PDF. Acesso em: 22 de ago. de 2020.

33 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 37, § 6º**. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de set. de 2020.

34 BRASIL. Código Civil Brasileiro. **Lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. Art. 41**. São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 16 de set. de 2020.

contrário não acarretará responsabilidade, considerando que não basta ter apenas a qualidade de agente³⁵.

Quando se fala em entidades privadas que prestem serviço público, inclui-se “empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais de direito privado, cartórios extrajudiciais, bem como qualquer entidade com personalidade jurídica de direito privado, inclusive as do terceiro setor, que recebam delegação do Poder Público, a qualquer título, para a prestação do serviço público³⁶”.

Conforme disposto em sede de apelação³⁷, a responsabilidade subjetiva está diretamente ligada com a presença de dolo ou culpa por parte do agente público e perante o ajuizamento de ação regressiva. Nesse contexto, verificada a presença de dano e o nexo de causalidade entre ele e a atuação estatal, o Estado indeniza a vítima e, em contrapartida, o agente público indenizará regressivamente o Estado, considerando ter agido com dolo ou culpa. Dessa maneira, o fato danoso ocorre porque “o agente público, ao agir, não o faz em nome próprio, mas revestido da autoridade do Estado que representa, em atendimento ao princípio constitucional da impessoalidade administrativa.³⁸

Com relação a responsabilidade subjetiva, seria o caso, à título de exemplo, do agente penitenciário que comete algum tipo de agressão física – ou se for o caso, moral – contra um preso LGBT dentro das unidades prisionais, tendo o Estado que indenizar a vítima e posteriormente regressar contra o agente.

4.2. OMISSÃO GENÉRICA X OMISSÃO ESPECÍFICA

Antes de analisar efetivamente a responsabilidade objetiva ou subjetiva do Estado em caso de omissão, é necessário fazer uma análise para compreender a diferença de omissão genérica ou específica, para saber em qual das classificações se enquadra.

Sérgio Cavalieri define que omissão genérica ocorre nos casos em que não se pode exigir uma atuação específica do Estado para evitar o evento danoso. O autor leciona, como exemplo, quando a Administração tem o dever legal de agir do seu poder de polícia e por conta da omissão contribui para o resultado e, por conta disso, deve preponderar o princípio da responsabilidade subjetiva³⁹.

35 DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2014. P 723.

36 *Ibid.*, p. 722.

37 DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF. 4ª Turma Cível. Apelação Cível nº 0050298-80.2007.8.07.0001. **Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Ministério Público. Ilegitimidade Passiva. Art. 37, §6º da CF. Responsabilidade objetiva do Estado. Ação Regressiva. Relação Jurídica da Pretensa Vítima com o Estado e do Estado com o Agente Público. Negar Provimento ao Recurso**. Apelantes: José Roberto Leitão e Silva. Apelados: Maria José Miranda Pereira. Relator: Desembargador Arnold Caminho de Assis. Brasília, DF, 23 de jul. de 2012. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905745700/20070111529995-df-0050298-8020078070001/inteiro-teor-905745757?ref=juris-tabs>. Acessado em: 16 de set. de 2020.

38 DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF. 4ª Turma Cível. Apelação Cível nº 0050298-80.2007.8.07.0001. **APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ART. 37, §6º DA CF. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. AÇÃO REGRESSIVA. RELAÇÃO JURÍDICA DA PRETENSE VÍTIMA COM O ESTADO E DO ESTADO COM O AGENTE PÚBLICO. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**. Apelantes: José Roberto Leitão e Silva. Apelados: Maria José Miranda Pereira. Relator: Desembargador Arnold Caminho de Assis. Brasília, DF, 23 de jul. de 2012. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905745700/20070111529995-df-0050298-8020078070001/inteiro-teor-905745757?ref=juris-tabs>. Acessado em: 16 de set. de 2020.

39 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. In: Revista EMERJ., vol. 14 – nº 55. Rio de Janeiro, RJ, jul. set. de 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf. Acesso em: 22 de ago. de 2020.

Para o autor, é na omissão genérica que surge a responsabilidade subjetiva da Administração, de modo que a omissão do Estado não é a causa direta e imediata da não ocorrência do dano, “razão pela qual deve o lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano, que se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano poderia não ter ocorrido”⁴⁰.

Enquanto na omissão específica, Cavalieri⁴¹ explana que ocorre quando o Estado está na condição de garante e, por conta da sua omissão, cria uma circunstância propícia para a ocorrência de um evento em que tinha o dever de agir para o impedir. Deste modo, o Estado tinha um dever de agir para evitar que o evento danoso ocorresse.

Portanto, a inércia estatal é a causa direta e imediata de não impedimento do evento danoso. George Sarmiento exemplifica a omissão específica como o que segue:

É o caso do diretor de presídio que **coloca membros de gangs rivais na mesma cela**; do diretor de escola pública que deixa os portões abertos possibilitando a fuga de alunos (crianças) no horário de aula; do responsável pelo serviço de atendimento de urgência que, injustificadamente, demora em determinar a ambulância que transporte paciente em estado grave. Em todos esses casos **há uma relação direta em a omissão do agente responsável direto pela prática de atos de ofício e o dano causado a terceiros**⁴²

Feita essa análise, é possível auferir que quando o Estado não cria uma ala protetiva para a comunidade LGBT e coloca um preso desse grupo em uma cela lotada de heterossexuais, principalmente os interligados com facções, que repudiam os homossexuais, ele está cooperando diretamente para a ocorrência do evento danoso, que pensando em um caso concreto, seria a repressão contra a integridade física e moral desse condenado.

Essa situação do Estado colocar um LGBT em um ambiente que aumenta sua vulnerabilidade seria, analogamente, o mesmo caso do exemplificado por Sarmiento na citação acima, quando a administração coloca indivíduos de gangues rivais na mesma cela, ocasionando danos a terceiros, demonstrando, dessa forma, a relação direta da omissão com este dano.

Portanto, conclui-se que a omissão do Estado em não criar ambientes protetivos aos LGBTs se enquadra como a modalidade específica, restando fazer uma análise da sua responsabilidade perante essa omissão.

40 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. In: Revista EMERJ., vol. 14 – nº 55. Rio de Janeiro, RJ, jul. set. de 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf. Acesso em: 22 de ago. de 2020.

41 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. In: Revista EMERJ., vol. 14 – nº 55. Rio de Janeiro, RJ, jul. set. de 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf. Acesso em: 22 de ago. de 2020.

42 SARMENTO, George. **Responsabilidade Civil por omissão administrativa**. Revista Jusbrasil. [s.d]. Disponível em: <https://georgesarmiento.jusbrasil.com.br/artigos/121941969/responsabilidade-civil-por-omissao-administrativa>. Acesso em: 23 de ago. de 2020.

4.3. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA X OBJETIVA NA OMISSÃO ESTATAL

Com relação a qual tipo de responsabilidade seria admitida no caso de omissão estatal, existem divergências doutrinárias e jurisprudenciais, com correntes que defendem que seria do tipo subjetiva e outras, objetiva.

Nesses termos, Di Pietro entende que os autores que defendem a teoria objetiva da responsabilidade na omissão, estariam preocupados com a dificuldade que o terceiro que foi lesado teria para obter seu ressarcimento quando fosse discutir o elemento subjetivo, a culpa, e portanto, entendem que o §6º do artigo 37 da Constituição abrange tanto os atos comissivos quanto os omissivos do agente público⁴³.

Dessa maneira, “basta demonstrar que o prejuízo sofrido teve um nexo de causa e efeito com o ato comissivo ou com a omissão. Não haveria que se cogitar de culpa ou dolo, mesmo no caso de omissão.”⁴⁴

Ainda, para a autora⁴⁵, para os que defendem que a responsabilidade é subjetiva no caso de omissão é porque reconhecem que deve ser aplicado a teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público, tendo em vista que é de pouco importância saber quem é o agente público causador do dano.

Nestes termos, só recairia a responsabilidade sobre o Estado sobre três hipóteses, desde que o serviço público: “(a) não funcione, quando deveria funcionar; (b) funcione atrasado; ou (c) funcione mal. Nas duas primeiras hipóteses, tem-se a omissão danosa.”⁴⁶

Para Celso Antônio Bandeira de Mello quando o dano ocorreu por conta de uma omissão estatal – considerando se o serviço não funcionou, funcionou tardiamente ou ineficientemente – deverá incidir a teoria da responsabilidade subjetiva, de modo que se o Estado não agiu, ele não tem como ser o autor do dano. O autor compreende que só cabe responsabilizar o Poder Público quando tiver presente a obrigação de impedir o dano. Nesta sonda, conclui que “só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.”⁴⁷

Bandeira de Mello defende que se o Estado não tinha a obrigação de impedir o acontecimento lesivo, faltaria motivo para lhe impor o dever de indenizar as consequências do dano e, segundo seu entendimento, a responsabilidade estatal sempre se dará mediante um comportamento ilícito. Se a responsabilidade surge por conta de uma ação ilícita, conseqüentemente ela será subjetiva, pois não há como falar em conduta ilícita estatal sem a presença de dolo ou culpa. Deste modo, não basta apenas a relação entre ausência de serviço e o dano sofrido para configurar a responsabilidade do Estado, o autor ressalta que

inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-

43 DI PIETRO, 2014. p. 727.

44 *Ibid.*, p. 727.

45 *Ibid.*, p. 727.

46 DI PIETRO, loc. cit.

47 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.1029.

lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico⁴⁸

José Cretella Júnior também é um autor que se filia a corrente da teoria subjetiva do Estado, acreditando que a omissão estatal é quando o Estado devendo agir, não o faz, sendo negligente, imprudente ou imperito e em todos os casos, ligados a culpa⁴⁹.

Di Pietro acolhe a tese da responsabilidade subjetiva no caso de omissão estatal, seguindo a mesma linha de pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, pois consideram que existem uma presunção de culpa por parte do Estado. Nessa sonda, caberia ao Poder Público demonstrar que usufruiu de todos os meios possíveis e disponíveis e que, se permaneceu omissivo, é porque a sua atuação estaria acima do seu limite do possível. Consequentemente, não cabe ao lesado precisar fazer prova de que houve culpa ou dolo. Desse modo, caso o Estado demonstre que fez sua atuação no razoável de se exigir, não lhe incidirá responsabilidade.⁵⁰

Sob o mesmo viés, Maccari Telles assegura que a responsabilidade objetiva é a teoria marcante da responsabilidade extracontratual do Estado, entretanto, quando tratar-se de condutas omissivas, deverá incidir a responsabilidade subjetiva⁵¹. Para José dos Santos Carvalho Filho, sempre que estiverem presentes os pressupostos da responsabilidade subjetiva estarão também os da responsabilidade objetiva, tendo em vista esta ser mais abrangente que aquela e, portanto, sempre está presente o fato administrativo, o dano e o nexo causal. Para o autor, além do fato administrativo, nas condutas omissivas, se exigirá que ele venha respaldado na culpa⁵².

Além da corrente que defende a teoria subjetiva, conforme já discorrido, há autores que são partidários da incidência da responsabilidade objetiva nos casos de condutas omissivas do Estado, que é consagrada no artigo 37, §6º da Constituição Federal. Weida Zancaner Brunini entende que o supracitado dispositivo da Constituição engloba a responsabilidade objetiva tanto nos atos comissivos quanto nos omissivos, conforme narrado pela autora:

Portanto, o Estado responde tanto pelas ações, como pelas omissões dos agentes públicos em geral, pois pode a omissão vir a ser causa eficiente do dano. A Constituição, a nosso ver, agasalhou a responsabilidade objetiva, tanto nos atos comissivos, como nos omissivos, parecendo-nos preferível este entendimento àquele que pretende apartar da teoria objetiva os comportamentos omissivos, enquadrando-os na teoria subjetiva e, portanto, sujeitando-se à comprovação de culpa para a consequente imputação de responsabilidade ao Estado.⁵³

48 *Ibid.*, p. 1039.

49 CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Vol. 8. Rio de Janeiro: Forense. 1970. p. 210.

50 DI PIETRO, 2014. p. 729.

51 TELLES, Eduardo Maccari. **A responsabilidade civil do estado por atos omissivos e o novo Código Civil**. Revista de Direito da Proc. Geral do Estado do Rio de Janeiro nº 57. 2003, p. 115-130.

52 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Atlas. 2019. p. 381.

53 BRUNINI, Weida Zancaner. **Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1981. p. 62.

Augusto Vinicius Fonseca Silva entende que a partir do momento que se exige a demonstração de culpa para analisar a incidência da responsabilidade do Estado por conduta omissiva, se restabelece o status de desigualdade do administrado usuário do serviço público que lhe gerou o dano, demonstrando ser, na verdade, um retrocesso na evolução da responsabilidade civil do Estado⁵⁴. Nesse viés, o autor conclui que “a conquista da responsabilidade objetiva do Estado, quer por atos comissivos, quer por atos omissivos, não pode ser deixada de lado. A vulnerabilidade da parte mais fraca é conquista de cidadania e concretizante do princípio da igualdade material⁵⁵.”

Aparecida Vendramel também é partidária da corrente objetiva e define a omissão como uma tomada de posição e que, portanto, “Toma-se posição para agir ou não agir, inclusive na diuturnidade da vida. Se omissão é ‘tomada de posição’ então omissão é conduta, é ação e embora ação negativa, ação se trata.⁵⁶” A referida autora aduz que omissão, é sim, um ato e este é ilícito, na medida em que se esperaria um dever agir do Poder Público e ele não o faz. Deste modo, a autora refuta a ideia postulada por Celso Antonio Bandeira de Mello – o qual alega que o Estado não pode responder por algo que não fez –, sendo que incide sim a responsabilidade devido ao ato ilícito ser infringente ao princípio da legalidade.⁵⁷

Sérgio Cavalieri Filho é partidário de uma corrente intermediária, considerando que possui um outro entendimento a respeito de como interpretar qual o tipo de responsabilidade estatal incidente nos casos por omissão. Levando-se em consideração o que já foi discorrido do presente trabalho sobre as duas distinções de omissão, o autor defende que a responsabilidade subjetiva incidirá nos casos de omissão genérica por parte da Administração Pública, enquanto incidirá a objetiva nos casos de omissão específica.

Guilherme Couto de Castro também é partidário da ideia de Cavalieri, concluindo que “há responsabilidade subjetiva quando se tratar de omissão genérica e responsabilidade objetiva quando se tratar de omissão específica, onde há dever individualizado de agir⁵⁸”.

Cavalieri entende que o disposto no §6º do artigo 37 da Constituição não se refere apenas a condutas comissivas estatais, mas que na verdade, engloba tanto as comissivas quanto as omissivas. O referido autor sustenta que a omissão específica faz incidir a responsabilidade objetiva do Poder Público, tendo em vista que “pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso.”⁵⁹

54 SILVA, Augusto Vinicius Fonseca e. **A responsabilidade objetiva do Estado por seus atos omissivos: interpretação sistemática do Direito**. Artigo JusBrasil. Minas Gerais, abr. de 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5025/a-responsabilidade-objetiva-do-estado-por-seus-atos-omissivos-interpretacao-sistemica-do-direito>. Acesso em: 15 de set. de 2020.

55 SILVA, Augusto Vinicius Fonseca e. **A responsabilidade objetiva do Estado por seus atos omissivos: interpretação sistemática do Direito**. Artigo JusBrasil. Minas Gerais, abr. de 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5025/a-responsabilidade-objetiva-do-estado-por-seus-atos-omissivos-interpretacao-sistemica-do-direito>. Acesso em: 15 de set. de 2020.

56 VENDRAMEL, Aparecida. **Responsabilidade extracontratual do Estado**. São Paulo: Themis, 2000. p. 115

57 BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. Art. 929**. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 15 de set. de 2020.

58 CASTRO, Guilherme Couto. **A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991. p. 56.

59 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. In: Revista EMERJ., vol. 14 – nº 55. Rio de Janeiro, RJ, jul. set. de 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf. Acesso em: 22 de ago. de 2020.

Entretanto, nos casos em que não se pode pleitear uma atuação específica do Estado, caracterizará a omissão genérica e, desta forma, quando a Administração tem “apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado, caso em que deve prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva.”⁶⁰ Para o autor, na omissão genérica, a omissão do Estado não se apresenta como causa direta e imediata para a não ocorrência do evento danoso, motivo pelo qual o caberia ao lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) contribuiu para o dano e que, caso o Poder Público tivesse efetivamente praticado uma conduta comissiva, o dano não teria se concretizado.⁶¹

Portanto, sob análise do que é consagrado pelo autor, o que determina a responsabilidade do Estado não é a mera ocorrência da omissão, mas sim o tipo de conduta omissiva, se esta é específica ou genérica, distinção feita pela mais atualizada doutrina.

Conforme analisado, há uma divergência forte na doutrina a respeito da incidência do tipo de responsabilidade nos casos de omissão estatal, tendo julgamentos divergentes nesse sentido também. No entanto, quando se trata especificamente da atuação do Poder Público nas penitenciárias, algumas doutrinas postulam em um sentido determinado, conforme analisaremos a seguir.

4.4. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE ESTATAL POR CONDUTAS OMISSIVAS FRENTE AOS LGTBs NO SISTEMA CARCERÁRIO

A finalidade do presente trabalho é tentar apresentar a discussão teórica e jurisprudencial a respeito da responsabilidade omissiva do Estado por qualquer tipo de repressão ou até mesmo, morte, de detento nas penitenciárias, mas trazendo de maneira análoga a realidade do que é vivenciado pelos presos LGTBs que sofrem as consequências da falta de alas protetivas.

Deste modo, cumpre-se destacar que não foram encontrados julgados que versem especificamente sobre indenização estatal para presos LGTBs ou que especifiquem que a opressão motivada por homofobia, entretanto, será feita uma equiparação dos antigos julgados com o que poderia ser decidido nos casos desses presos especificamente, além do que poderia ser adotado perante a omissão da criação de alas protetivas a comunidade LGTB.

Conforme discorrido anteriormente, analisou-se que o ilustríssimo Celso Antônio Bandeira de Mello defende a incidência da teoria subjetiva da responsabilidade nos casos de condutas omissas por parte do Poder Público. Entretanto, o autor muda sua concepção quando trata-se de presídios, por exemplo, tendo em vista que há

60 EMERJ, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. **A responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. Vol. 14 – nº 55. Revista EMERJ. Rio de Janeiro, jul. de 2011. p. 18. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf>. Acesso em: 15 de set. de 2020.

61 ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. 2ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008. p. 921.

certos casos em que o fato danoso não foi de fato efetuado por agente do Estado, porém foi o próprio Estado quem criou as condições para que o evento ocorresse e, por conta disso, deve-se aplicar a responsabilidade objetiva⁶². É o caso das situações caóticas das unidades prisionais. Nesse contexto, o autor explicita o seguinte:

Por razões e critérios idênticos aos que vêm sendo expostos, a responsabilidade objetiva por danos oriundos de coisas ou pessoas perigosas sob guarda do Estado aplica-se, também, em relação aos que se encontram sob tal guarda. Assim, se um detento fere ou mutila outro detento, o Estado responde objetivamente, pois cada um dos presidiários está exposto a uma situação de risco inerente à ambiência de uma prisão onde convivem infratores, ademais inquietos pela circunstância de estarem prisioneiros.⁶³

Seria o caso de algum detento LGBT que sofresse agressão por parte de outros detentos de cela, podendo postular por indenização frente ao Estado por não garantir sua integridade física e pelas próprias condições do presídio, sendo que não possui nem ala protetiva. Com relação a responsabilidade subjetiva e objetiva nas situações de presos serem espancados por outros, há julgados nos dois sentidos. À título de exemplo de julgado postulando pela aplicação da responsabilidade subjetiva no caso de agressão física, é o que segue:

EMENTA: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ESTADO DE MINAS GERAIS - MENOR APREENDIDO EM CENTRO SOCIOEDUCATIVO - **AGRESSÃO FÍSICA SOFRIDA DENTRO DA UNIDADE** - INTERNAÇÃO EM UTI - AGENTES SOCIOEDUCATIVOS RENDIDOS POR OUTROS DETENTOS COM OBJETOS PONTIAGUDOS - **OMISSÃO DO ESTABELECIMENTO EM ZELAR PELA GUARDA E SEGURANÇA** - **RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA** - DEVER DE INDENIZAR. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. **É subjetiva a responsabilidade em caso de omissão do Poder Público** na prestação de seus serviços. Tendo em vista que o Estado de Minas Gerais tem a responsabilidade de garantir a segurança e guarda dos seus recuperandos, certo que caberia ao ente público garantir que não houvesse ausência ou mau funcionamento de seus serviços, devendo vigiar e cuidar para que não ocorressem situações como a agressão sofrida pelo autor. 2. Caberia ao Estado demonstrar no caso concreto que foi diligente, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que agiu até o limite razoável. Entretanto, não tendo o ente público logrado êxito em demonstrar que existiam seguranças, pessoas preparadas para prevenir ou minorar a possibilidade de ocorrência de espancamentos entre presos, **resta evidenciada a omissão estatal e o dever de indenizar.** [...]

(TJ-MG - AC: 10470160058363001 MG, Relator: Carlos Roberto de Faria, Data de Julgamento: 10/10/2019, Data de Publicação: 21/10/2019).⁶⁴

62 MELLO, 2008. p. 1046.

63 *Ibid.*, p. 1048.

64 MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG. 4ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 10470160058363001**. Apelante: Estado de Minas Gerais. Apelado: Gustavo Rocha Rodrigues. Relator: Desembargador Carlos Roberto de Faria. Data de Julgamento: 10 de out. de 2019. Data da Publicação: 21 de out. de 2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771361960/apelacao-civel-ac-10470160058363001-mg/inteiro-teor-771362070?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18 de set. de 2020.

Há também, no mesmo contexto, julgados que reconheceram devida a indenização de danos morais, porém, configurada a responsabilidade objetiva, como a que segue, por exemplo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ESTADO DE MINAS GERAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. **TEORIA OBJETIVA. AGRESSÃO A DETENTO POR OUTROS COLEGAS DE CELA. OMISSÃO QUANTO AO DEVER DE GARANTIA DA INCOLUMIDADE FÍSICA E MORAL.** PREJUÍZOS ANÍMICOS CONFIGURADOS. DESRESPEITO À INTEGRIDADE FÍSICA. QUANTIFICAÇÃO DO DANO. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público é, em regra, objetiva - independente de prova de culpa, porque amparada na teoria do risco administrativo, prevista no art. 37, § 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 - O Excelso **Supremo Tribunal Federal**, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 841.526/RS, submetido ao regramento da repercussão geral, **reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado pela garantia dos direitos do preso à integridade física e moral** - Demonstrado nos autos que a parte autora, no período em que permaneceu custodiada em estabelecimento prisional, sofreu agressão física por parte de suas colegas de cela, revela-se caracterizada a conduta antijurídica estatal, bem como os prejuízos anímicos, considerando a ofensa ao direito à integridade física, incluído no rol dos direitos da personalidade - Na mensuração do “quantum” reparatório por danos morais, deve o Julgador se ater aos critérios de razoabilidade e da proporcionalidade, para que a medida não represente enriquecimento sem causa da parte que busca a indenização, bem como para que seja capaz de atingir seu caráter pedagógico, coibindo a prática reiterada da conduta lesiva por seu causador.

(TJ-MG - AC: 10000191144765001 MG, Relator: Ana Paula Caixeta, Data de Julgamento: 21/01/2020, Data de Publicação: 24/01/2020).⁶⁵

No que tange a morte de detentos, causada por outros detentos, dentro das unidades prisionais, há julgados que pendem para a incidência dos dois tipos de responsabilidade, mas em sua maioria pautadas especialmente na objetiva. O Supremo Tribunal Federal possuía o entendimento de que seria subjetiva, entretanto, em suas decisões mais recentes têm sido partidárias da responsabilidade objetiva.

O Recurso Extraordinário nº 372.472-0 reconheceu a culpa subjetiva da omissão estatal pela morte do detento e arguiu que, apesar da responsabilidade do Estado ser subjetiva em atos de omissão, em casos como a da morte de custodiado, não é necessário “que essa culpa seja individualizada, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.”⁶⁶ Transcreve-se a ementa da referida decisão a seguir:

65 MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG. **4ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 10000191144765001.** Apelante: Ana Maria Pereira e Estado de Minas Gerais. Apelados: os mesmos. Relatora: Desembargadora Ana Paula Caixeta. Data de Julgamento: 21 de jan. de 2020. Data de Publicação: 24 de jan. de 2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.19.114476-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 18 de set. de 2020.

66 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Segunda Turma Recursal. Recurso Extraordinário nº 372.472/RN.** Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Antônio Carlos da Silva. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 4 de nov. de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261630>. Acesso em: 20 de set. de 2020..

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO MORTO POR OUTRO PRESO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. c.F., art. 37, § 6º · I. - **Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva**, pelo que exige dolo ou culpa. em sentido estrito, está numa de suas três vertentes - a negligência, a imperícia ou a imprudência - não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público de forma genérica, **a falta do serviço**. II- A falta do serviço - faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexos de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano, causado a terceiro. **III- Detento assassinado por outro preso: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, dado que o Estado deve zelar pela integridade física do preso.** [...]

(STF – RE: 372472 RN, Relator: Min. Carlos Velloso, Data de Julgamento: 04.11.2003).⁶⁷

Em contrapartida, a omissão específica do Estado é a adoção do atual entendimento do STF, em que o Estado tinha o dever legal de agir para impedir que o dano ocorresse e assim não o faz, conforme consentido em 2016 no Recurso Extraordinário 841526/RS, configurando a responsabilidade objetiva, na modalidade do risco administrativo, conforme destacado na ementa do julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.** 2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). **4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.** 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexos de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou

⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Segunda Turma Recursal. Recurso Extraordinário nº 372.472/RN.** Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Antônio Carlos da Silva. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 4 de nov. de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261630>. Acesso em: 20 de set. de 2020.

morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. **8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.** 9. In casu, o tribunal a quo assentou que inoocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO. (STF. Plenário. RE 841526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/3/2016 [repercussão geral]) (grifos acrescentados)⁶⁸

Com esse posicionamento, com a atribuição de repercussão geral, a tendência é que os tribunais passem a adotar essa decisão proferida pelo STF cada vez mais.

Em análise aos demais julgados, em suma maioria foi concedido o direito de danos morais aos presos pela agressão sofrida em unidade prisional, ou até mesmo, indenização⁶⁹ a família pela morte do detento, decorridas da omissão do Estado em zelar pela não ocorrência desses fatos, sendo que não caberia em caso de morte natural.

Para o preso LGBT que sofreu a lesão adquirir a indenização, o preso deverá, conforme leciona Meirelles, acionar a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre a conduta omissa e o dano, além do montante que achar devido. E se, comprovados os dois elementos essenciais, surgirá o dever de indenizar por parte do Poder Público.⁷⁰

Feita essa análise, constata-se que independentemente da responsabilidade a ser admitida, fica evidente o direito do preso LGBT lesado em receber indenização por

68 STF, Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma Recursal. **Recurso Extraordinário nº 841.526/RS.** Recorrentes: Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: VJ de Q (Representado por Simone Jardim). Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 30 de mar. de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>. Acesso em: 20 de set. de 2020.

69 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - STJ. Segunda Turma Recursal. Recurso Especial: REsp 1324341 RJ. **ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO POR MORTE DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR IRRISÓRIO. POSSIBILIDADE. PENSÃO MENSAL. DEPENDÊNCIA ECONOMICA DA MÃE NÃO COMPROVADA. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ [...]**4. In casu, é objetiva a responsabilidade do Estado (art. 37, § 6º, da CF) em indenizar a família do detento que estava sob sua custódia e foi brutalmente assassinado dentro da carceragem, visto que não cumpriu o dever constitucional de assegurar a integridade física do preso, conforme disposto no art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. 5. A indenização por dano moral não é preço matemático, mas sim compensação parcial, aproximativa, pela dor injustamente provocada. É mecanismo que visa a minorar o sofrimento da família diante do drama psicológico da perda afetiva e humilhação social à qual foi submetida, na dupla condição de parente e cidadã. Objetiva também dissuadir condutas assemelhadas, seja pelos responsáveis diretos, seja por terceiros que estejam em condição de práticas futuramente[...]. 8. Na espécie, o quantum indenizatório arbitrado pelo Tribunal de origem revela-se irrisório, por isso se deve afastar a Súmula 7/STJ. Com efeito, mostra-se razoável e proporcional que se restabeleça o valor indenizatório fixado na sentença - R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) -, a fim de adequar o montante da indenização aos parâmetros adotados por essa Corte Superior em casos análogos. [...]9. Quanto ao pensionamento, a Corte estadual entendeu não ser cabível a concessão de pensão mensal porque está demonstrado nos autos que a vítima não exercia atividade laborativa antes da sua prisão e não auferia nenhum rendimento econômico, bem como não ter sido comprovada a relação de dependência econômica entre a autora (mãe) e a vítima (filho). Neste contexto, a modificação do entendimento esposado no acórdão recorrido, para se concluir pela comprovação da dependência econômica da genitora da vítima, demanda o reexame do conjunto fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ[...]. Recorrente: Sônia Maria de Jesus de Oliveira. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 5 de nov. de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859932296/recurso-especial-resp-1324341-rj-2012-0050739-0?ref=juris-tabs>. Acesso em: 3 de out. de 2020.

70 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 27ª edição, São Paulo: Malheiros. 2003.p. 791.

conta da falha do Poder Público em não zelar pela sua integridade física, violando o pressuposto constitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certamente os presos LGBTs são expostos à vulnerabilidade nas penitenciárias, sujeitos a terem seus direitos a personalidade violados e fragilizados, além da ofensa a sua integridade física.

Constata-se que é dever do Estado zelar pela integridade física dos detentos, assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLIX⁷¹ e pela LEP, especialmente em seu artigo 40.⁷² Em que pese isso lhes seja assegurado, na convivência dos presos é recorrente algum detento sofrer alguma agressão por outro companheiro de cela, causando danos graves, - quiçá um preso LGBT em uma ala com presos que repudiam os homossexuais - que pode ser atribuído ao Estado pela sua omissão na segurança e não ter propiciando um ambiente específico para zelar pela sua integridade e cumprimento de pena digno.

No decorrer da pesquisa, foi possível constatar que as alas LGBTs demonstraram ser a medida mais viável e eficiente para consagrar os direitos desses presos, entretanto, são poucas as unidades prisionais que já as adotaram. Em análise ao relatório feito pelo governo em Estados que já implantaram essa medida, apesar de precisarem de algumas melhorias, ainda demonstraram ser frutíferas e apresentaram resultados positivos.

Tanto o é, que principalmente, os princípios de Yogyakarta e a Resolução Nacional orientam aos Estados a criarem esse espaço protetivo, mas muitos não as seguem, tanto por motivos de falta de estrutura, quanto por não ser uma política de sua maior preocupação.

Como muitos pecam em preservar esse espaço protetivo, há muitos casos de presos que podem sofrer alguma represália mediante a omissão estatal em proteger os direitos do preso LGBT através de uma ala exclusiva e a análise do trabalho foi feita sob esse viés, se o Estado indenizaria nesses casos e também, analisar quais as possibilidades de responsabilização podem incidir com base em análises doutrinárias e julgados.

Ora, se o Estado tem o dever de zelar pela integridade física do apenado LGBT e mesmo assim o coloca em uma cela com presos de facções criminosas que repudiam os homossexuais - já que não criou a ala protetiva - ele está consentindo com o risco daquelas agressões que o preso possa vir a sofrer e isso deverá sim, ser caracterizada como uma conduta ilícita, violando diretamente preceitos constitucionais. Essa omissão estatal em não zelar pela sua integridade, bem como, não criar uma ala protetiva, devem ser sujeitas a responsabilização.

71 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5. XLIX** - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, (DF), 5 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de set. de 2020.

72 BRASIL, **Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Art. 40.** Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 20 de set. de 2020.

Nesse viés, constatou-se que, apesar de ainda existirem alguns casos de aplicação de responsabilidade fundada na teoria subjetiva, em suma maioria e em decisão mais recente do STF, tendem a pender pela responsabilização objetiva do Estado, dispensando a comprovação de dolo ou culpa.

Por fim, deduz-se que o detento LGBT é digno de receber uma indenização estatal, levando-se em consideração todas as recomendações impostas para criar-se as alas exclusivas e o Estado permanecendo omissivo, tanto por conta do descaso do poder público que perpetua frente essa comunidade, quanto pelos problemas de infraestrutura das penitenciárias do Brasil.

Evidencia-se que esse tema ainda precisa de muitos debates e maior relevância, por isso, é de suma importância a valorização da criação de alas exclusivas e a ênfase da responsabilidade do Estado quando se omite em não criá-las, que por consequência disso, acaba tornando estes custodiados mais vulneráveis à quaisquer tipos de agressões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Dicionário escolar da língua portuguesa*. 2ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008. BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação**. G1. Brasília, 17 de jul. de 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghml>. Acesso em: 9 de set. de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 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: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 de set. de 2020.

Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo. Instituto Humanista Unisinos. Rio Grande do Sul, 20 de fev. de 2020. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo#:~:text=Brasil%20se%20mant%C3%A9m%20como%203%C2%BA%20pa%C3%ADs%20com%20maior,reportagem%20%C3%A9%20publicada%20por%20Conectas%20Direitos%20Humanos%2C%2018-02-2020>. Acesso em: 14 de ago. de 2020.

BRASIL, Lei de Execução Penal. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Art. 84**. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 29 de set. de 2020.

BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002**. Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 de set. de 2020.

BRASIL, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário. **Estimativa do “Déficit” de Vagas do Sistema Penitenciário do Brasil, dezembro de 1987**. Disponível em: https://www.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/fnotes3.htm#N_197. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

BRASIL, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **LGTB nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos – Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em: 11 de ago. de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Segunda Turma Recursal. Recurso Extraordinário nº 372.472/RN**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Antônio Carlos da Silva. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 4 de nov. de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261630>. Acesso em: 20 de set. de 2020..

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Segunda Turma Recursal. Recurso Extraordinário nº 372.472/RN**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Antônio Carlos da Silva. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 4 de nov. de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261630>. Acesso em: 20 de set. de 2020..

BRUNINI, Weida Zancaner. **Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1981. p. 62.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. In: Revista EMERJ., vol. 14 – nº 55. Rio de Janeiro, RJ, jul. set. de 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf. Acesso em: 22 de ago. de 2020.

Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Série ação parlamentar nº 384. Brasília: Edições Câmara, 2009. p.138

BRASIL, Congresso Nacional. Senado. Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014. **Conselho Nacional de Combate à discriminação**. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 de abril de 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx. Acesso em: 13 de ago. de 2020.

CASTRO, Guilherme Couto. **A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. In: Revista EMERJ., vol. 14 – nº 55. Rio de Janeiro, RJ, jul. set. de 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf. Acesso em: 22 de ago. de 2020.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do Sistema Prisional Brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. p. 101.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Vol. 8. Rio de Janeiro: Forense. 1970.

DE ASSIS, Luciana Vilar; DA SILVA, Wilker Jeymisson Gomes; MUNIZ, Raphael Estevão de Sousa. **Responsabilidade Civil Estatal: Fuga do Preso e Consequências para o Estado por sua Omissão**. Revista dos Tribunais, 15 de fev. de 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.975.07.PDF. Acesso em: 22 de ago. de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2014.

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF. 4ª Turma Cível. Apelação Cível nº 0050298-80.2007.8.07.0001. **Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Ministério Público. Ilegitimidade Passiva. Art. 37, §6º da CF. Responsabilidade objetiva do Estado. Ação Regressiva. Relação Jurídica da Pretensa Vítima com o Estado e do Estado com o Agente Público. Negar Provimento ao Recurso**. Apelantes: José Roberto Leitão e Silva. Apelados: Maria José Miranda Pereira. Relator: Desembargador Arnold Caminho de Assis. Brasília, DF, 23 de jul. de 2012. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905745700/20070111529995-df-0050298-8020078070001/inteiro-teor-905745757?ref=juris-tabs>. Acessado em: 16 de set. de 2020.

EMERJ, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. **A responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. Vol. 14 – nº 55. Revista EMERJ. Rio de Janeiro, jul. de 2011. p. 18. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf. Acesso em: 15 de set. de 2020.

FERRAZ, Thaís. **Conheça a história do movimento pelos direitos LGBT**. Politize!, 28 de jun. de 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/lgbt-historia-movimento/>. Acesso em: 17 out de 2019.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Atlas. 2019.

FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p.143

G1, Portal GazetaWeb. **Estupro e tortura: relatório inédito do governo federal aponta o drama de trans.** Estudo mostra que pessoas LGBTQ+ são mais vulneráveis aos efeitos da precariedade do sistema prisional brasileiro. G1 GazetaWeb. Alagoas, 6 de fev. de 2020. Disponível em: <https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2020/02/estupro-e-tortura-relatorio-inedito-do-governo-federal-aponta-o-drama-de-trans-96632.php>. Acesso em: 18 de jun. de 2020.

Jornal Nacional. **Monitor da Violência mostra que superlotação nos presídios aumentou.** G1. São Paulo, 26 de abr. de 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/04/26/monitor-da-violencia-mostra-que-superlotacao-nos-presidios-aumentou.ghtml>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

KIEFER, Sandra. **Homossexuais contam abusos que sofriam em prisões sem separação.** Artigo Estado de Minas. Minas Gerais, 25 de nov. de 2014. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais,593189/uma-questao-de-respeito.shtml. Acesso em: 4 de nov. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 27ª edição, São Paulo: Malheiros. 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG. **4ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 10470160058363001.** Apelante: Estado de Minas Gerais. Apelado: Gustavo Rocha Rodrigues. Relator: Desembargador Carlos Roberto de Faria. Data de Julgamento: 10 de out. de 2019. Data da Publicação: 21 de out. de 2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771361960/apelacao-civel-ac-10470160058363001-mg/inteiro-teor-771362070?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18 de set. de 2020.

NASCIMENTO, Fernanda e FOGLIARO, Débora. **LGBT, LGBTI, LGBTQ ou o quê?** Revista Desacato, 24 de mar. de 2017. Disponível em: <http://desacato.info/lgbt-lgbti-lgbtq-ou-o-que/>. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, jun. de 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 11 de ago. de 2020.

SARMENTO, George. **Responsabilidade Civil por omissão administrativa.** Revista Jusbrasil. [s.d.]. Disponível em: <https://georgesarmento.jusbrasil.com.br/artigos/121941969/responsabilidade-civil-por-omissao-administrativa>. Acesso em: 23 de ago. de 2020.

SEGURANÇA PÚBLICA, Fórum Brasileiro. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública.** São Paulo, [s.d.]. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015.retificado.pdf. Acesso em: 11 de set. de 2019.

SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. **A responsabilidade objetiva do Estado por seus atos omissivos: interpretação sistemática do Direito.** Artigo Jusbrasil. Minas Gerais, abr. de 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5025/a-responsabilidade-objetiva-do-estado-por-seus-atos-omissivos-interpretacao-sistemica-do-direito>. Acesso em: 15 de set. de 2020.

SOUZA, Felipe. **Discriminação nos presídios: Com pratos marcados e rejeitados por facções, presos LGBT sofrem com rotina de segregação.** BBC News Brasil. São Paulo, 27 de mar. de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47376077>. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Segunda Turma Recursal. Recurso Extraordinário nº 841.526/RS.** Recorrentes: Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: VJ de Q (Representado por Simone Jardim). Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 30 de mar. de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>. Acesso em: 20 de set. de 2020.

VENDRAMEL, Aparecida. **Responsabilidade extracontratual do Estado.** São Paulo: Themis, 2000.

VILELA, Lorraine. **Cisgênero e Transgênero.** Cisgêneras são pessoas que se identificam com o seu sexo biológico, ou seja, se a pessoa nasceu mulher, ela se identifica como uma mulher. Brasil Escola, [s.d.]. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sexualidade/cisgenero-transgenero.htm>. Acesso em: 17 de nov. de 2019.

DESCONTO COMPULSÓRIO EM FOLHA DE PAGAMENTO: UMA ALTERNATIVA PARA INCREMENTAR A EFETIVIDADE DAS DECISÕES CONDENATÓRIAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

COMPULSORY PAYROLL DISCOUNT: AN ALTERNATIVE FOR INCREASING THE EFFECTIVENESS OF THE COURTS OF ACCOUNT'S CONDEMNATORY DECISIONS

Sérgio Ramos Filho¹

artigos
científicos

RESUMO

O presente trabalho analisa a efetividade das decisões condenatórias dos Tribunais de Contas, com enfoque na possibilidade da execução forçada por meio do desconto na folha de pagamento do agente responsabilizado. Após trazer considerações gerais sobre a matéria, analisa-se a legalidade da medida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seguida de levantamento, junto aos 33 (trinta e três) Tribunais de Contas do país, a fim de verificar quais possuem normas autorizativas para determinar o desconto compulsório em folha, e quais utilizam rotineiramente tal modalidade de execução forçada. Ao final, são sugeridos alguns parâmetros para o emprego da medida, no intuito de fomentar sua implementação pelos Tribunais de Contas.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunais de Contas. Condenações. Efetividade. Desconto em folha.

ABSTRACT

This research analyses the effectiveness of the Courts of Accounts' condemnatory decisions, focusing on the possibility of compulsory execution through discount on the convicted agents' payroll. After some general remarks on that subject, it is analysed the legality of such enforcement modality in view of the jurisprudence established by the Brazil's Supreme Court, followed by a survey of all Brazilian Courts of Accounts (33), in order to ascertain which ones have legal authorization to impose the payroll discount, and those that make use of it as a routine. At the end, it is suggested some procedural parameters, aiming to encourage its use by the Courts of Accounts.

KEYWORDS: Courts of Accounts. Condemnations. Effectiveness. Payroll discount.

1. INTRODUÇÃO

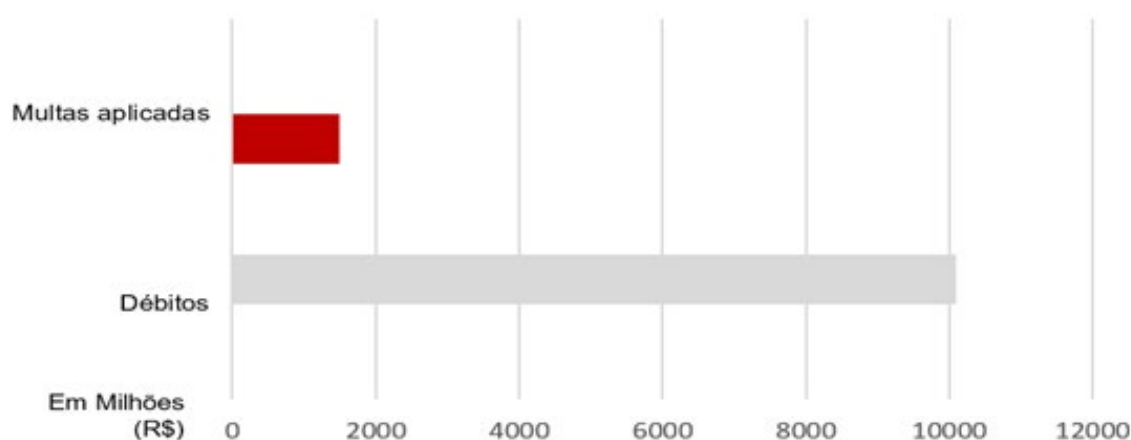
A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) delineou, em seus artigos 71 e 75, os principais contornos dos Tribunais de Contas do país, estabelecendo amplas competências relacionadas ao controle externo da Administração Pública, com o fim precípuo de zelar pela correta e eficiente aplicação dos recursos públicos.

¹ Analista de Contas Públicas do Ministério Público de Contas do Estado de Santa Catarina (MPC/SC). Assessor Especial do Procurador-Geral Adjunto de Contas. Bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e Especialista em Direito Público pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). Endereço eletrônico para contato: sergio.ramos@mpc.sc.gov.br.

No exercício de tais competências constitucionais, em especial daquelas previstas nos incisos II, IV e VIII do art. 71,² podem as Cortes de Contas proferir julgamentos imputando débitos por danos causados ao erário, bem como aplicando multas pelo cometimento de irregularidades, cujas condenações terão eficácia de título executivo (art. 71, § 3º, da CRFB).

Conforme dados divulgados pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON, 2019b), somente no ano de 2018, o conjunto dos Tribunais de Contas do país imputou débitos na ordem de R\$ 10 bilhões, e aplicou multas próximas a R\$ 2 bilhões:

Gráfico 1 – Débitos e multas aplicados em 2018 pelos Tribunais de Contas



Fonte: ATRICON, 2019b

Afora a hipótese de cumprimento voluntário de tais decisões, mediante recolhimento/parcelamento espontâneo da condenação pelo agente responsabilizado, questão importante que se coloca diz respeito aos instrumentos de cobrança e execução forçada disponíveis no ordenamento jurídico pátrio, e à consequente efetividade das condenações dos Tribunais de Contas brasileiros.

Consoante assevera Mileski (2011, p. 425), “a questão relativa à execução das decisões do Tribunal de Contas é tema atualíssimo e relevante, que envolve a própria credibilidade do sistema de controle”.

Afinal, prossegue o autor, “se a decisão condenatória deixa de ser executada, atinge o interesse do cidadão de ver penalizado o mau administrador, assim como de visualizar a recomposição do prejuízo causado ao erário” (MILESKI, 2011, p. 425).

Na mesma linha é a pertinente observação de Raphael Maués Oliveira e Paula Melo e Silva D’Oliveira, para quem:

² Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; [...]; IV - realizar [...] inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; [...]; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; [...].

[...] a efetividade decisória esperada, após detido trabalho de auditoria desempenhado com a reconhecida expertise dos Tribunais de Contas, não pode ser aferida pelo número de processos julgados, de contas reprovadas, tampouco no montante de multas aplicadas e de valores passíveis de restituição ao erário, quando tais multas e recursos restituíveis não se vejam devidamente executados. (OLIVEIRA; D'OLIVEIRA, 2019, p. 222).

Nesse passo, o presente artigo traz algumas considerações acerca da efetividade das decisões condenatórias dos Tribunais de Contas, com enfoque na possibilidade da execução administrativa forçada por meio do desconto na folha de pagamento do agente responsabilizado, com vistas a contribuir para o debate da matéria e o aprimoramento do controle externo brasileiro.

2. EFETIVIDADE DAS DECISÕES CONDENATÓRIAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: PANORAMA ATUAL

A despeito da controvérsia acerca da forma de execução mais adequada das condenações oriundas do controle externo,³ atualmente as decisões de cunho patrimonial exaradas pelos Tribunais de Contas somente podem ser executadas pelo ente público beneficiário da condenação imposta, conforme jurisprudência assentada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Tema nº 768 (BRASIL, 2013).⁴

Disso resulta que, não havendo cumprimento voluntário pelo responsável, cabe aos Tribunais de Contas encaminhar o acórdão condenatório aos órgãos de cobrança dos entes federados, posteriormente acompanhando a atuação administrativa e judicial de tais órgãos, eventualmente fiscalizando a desídia de gestores omissos na consecução dos atos de cobrança devidos.

Nesse ponto já reside a primeira dificuldade, pois, segundo levantamento realizado pela ATRICON (2013), dos 33 (trinta e três) Tribunais de Contas existentes no país, 22 (vinte e dois) acompanhavam a execução do cumprimento de suas multas na época da pesquisa (78%), enquanto apenas 19 (dezenove) o faziam no tocante aos débitos imputados (68%).

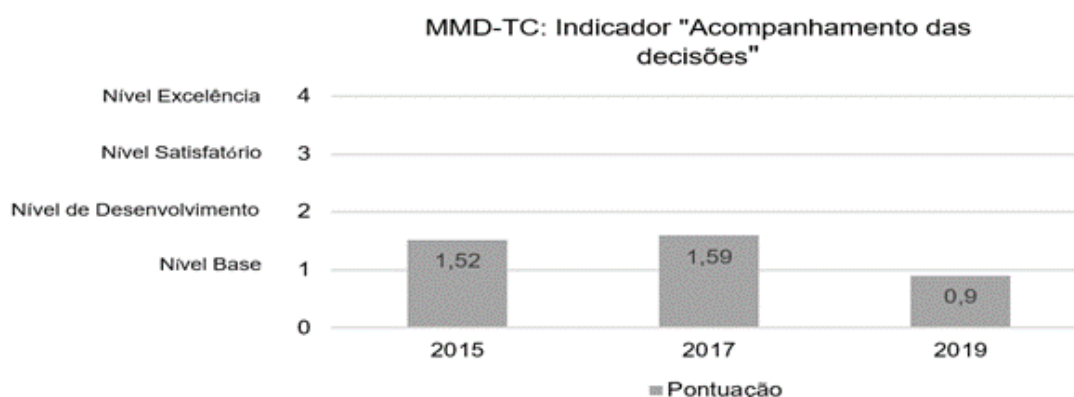
Monitorando a questão nos anos seguintes por meio do Marco da Medição de Desempenho dos Tribunais de Contas (MMD-TC), no contexto do Programa Qualidade e Agilidade dos Tribunais de Contas – QATC,⁵ a ATRICON verificou que, numa escala de 0 a 4, o indicador “Acompanhamento das decisões” alcançou pontuação média de somente 1,52 no ano de 2015, 1,59 em 2017, e 0,9 em 2019:

3 Acerca da questão, confira-se o entendimento estabelecido pelo plenário do Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 1658/2015: “Sob o aspecto da legalidade, compete ao órgão executor decidir discricionariamente quanto à forma de execução dos créditos decorrentes de condenações impostas pelo Tribunal de Contas da União, podendo optar pela inscrição em dívida ativa, seguindo o rito da execução fiscal definido na Lei nº 6.830/1980, ou efetuar a execução da dívida nos termos do Código de Processo Civil, hipótese em que o título executivo será o próprio acórdão deste Tribunal, conforme art. 71, § 3º, da Constituição Federal.” (BRASIL, 2015).

4 Tese fixada: “Somente o ente público beneficiário possui legitimidade ativa para a propositura de ação executiva decorrente de condenação patrimonial imposta por Tribunais de Contas (CF, art. 71, § 3º).”

5 O QATC representa a principal ação da ATRICON para o aprimoramento do sistema de controle externo brasileiro, tendo como principal instrumento de avaliação o Marco de Medição do Desempenho dos Tribunais de Contas (MMD-TC). Para verificação dos quesitos e critérios de pontuação adotados para formação do índice, confira-se o Apêndice Único do Manual de Procedimentos do MMD-TC 2019 (ATRICON, 2019a).

Gráfico 2 – Marco da Medição do Desempenho dos Tribunais de Contas (MMD-TC)



Fonte: ATRICON, 2019b e 2017

Para além das deficiências no acompanhamento efetuado pelos Tribunais de Contas, os números revelam-se mais críticos justamente no tocante à recuperação dos valores condenatórios propriamente ditos, cuja eficácia média gira em torno de 30%, incluindo débitos e multas, conforme apuração feita por Coutinho (2020, p. 147).⁶

Neste cenário de baixo retorno das condenações impostas pelos Tribunais de Contas, inevitavelmente ganham destaque negativo as execuções fiscais, haja vista que o sistema brasileiro é um dos poucos cuja recuperação forçada de créditos tributários e não tributários é, em última instância, inteiramente judicial (QUEIROZ e SILVA, 2016).

Consequentemente, a questão deságua no notório congestionamento de execuções fiscais no Poder Judiciário brasileiro, colocado novamente em evidência pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no seu último relatório anual "Justiça em números" (BRASIL, 2020b), segundo o qual, em 2019, os processos de execução fiscal representaram 39% do total de casos judiciais pendentes, com taxa de congestionamento de 87%, de modo que, para cada 100 processos de execução fiscal que tramitaram no ano, apenas 13 foram baixados, tendo o acervo existente apresentado tempo médio de tramitação de 7 anos e 10 meses na Justiça Estadual brasileira.

Outro estudo, realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2011), respeitante à Justiça Federal, mas que reflete a condição geral da execução fiscal no país,⁷ reforçou, para além da morosidade, outro aspecto negativo das execuções fiscais, haja vista que o grau de sucesso de tais ações, mediante extinção em virtude do pagamento integral da dívida, alcançava somente 33,9% do total de ações, chamando ainda atenção que 27,7% haviam sido extintas pela prescrição ou decadência.⁸

⁶ Apuração tida como incerta pela própria autora, em função da opacidade dos números divulgados pela maioria dos Tribunais de Contas.

⁷ Segundo o último relatório "Justiça em números" do CNJ, "historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário. O executivo fiscal chega a juízo depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram na via administrativa, provocando sua inscrição na dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional. Desse modo, acabam chegando ao Judiciário títulos de dívidas antigas e, por consequência, com menor probabilidade de recuperação" (BRASIL, 2020b).

⁸ Este último percentual ganha importância no contexto atual do controle externo, haja vista o recente entendimento sinalizado pelo STF em sede de repercussão geral (BRASIL, 2020a), segundo o qual "é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas" (Tema nº 899).

Ilustrativo das deficiências na execução fiscal é o levantamento realizado por Raphael Maués Oliveira e Paula D'Oliveira (2019, p. 230), pertinente às ações de cobrança oriundas de condenações do Tribunal de Contas dos Municípios do Pará (TCM/PA).

Analisando o período de 2017 a 2019, os autores evidenciaram não ter havido ingresso de receitas em qualquer das 152 (cento e cinquenta e duas) ações judiciais de execução então promovidas, situação que praticamente se repetia no tocante aos 517 (quinhentos e dezessete) títulos executivos inscritos em Dívida Ativa Estadual até o exercício de 2016, dos quais somente 21 (vinte e um) haviam sido quitados ou se encontravam em parcelamento de débito.

Diante destas constatações, concluiu-se que:

[...] o rito ordinário de inscrição em Dívida Ativa e execução judicial se revelou na prática pouco eficaz [...], o que em parte se evidencia no tempo de tramitação das ações judiciais, nas dificuldades de localização de patrimônio dos devedores ou na inexistência de bens penhoráveis. (OLIVEIRA; D'OLIVEIRA, 2019, p. 237).

Idêntica falta de efetividade pode ser verificada em Santa Catarina, haja vista que, do total de condenações do Tribunal de Contas do Estado encaminhadas para cobrança entre 2014 e 2019 (incluindo Estado e Municípios), 85,80% delas, representando o montante de R\$ 87.019.969,96 (oitenta e sete milhões, dezenove mil novecentos e sessenta e nove reais, e noventa e seis centavos), ainda se encontravam na fase de execução judicial em dezembro de 2019, sem satisfação do crédito (SANTA CATARINA, 2019).⁹

Tal judicialização excessiva desfavorece ainda mais os títulos condenatórios oriundos do controle externo, pois:

[...] os títulos executivos, resultantes das decisões dos Tribunais de Contas, são apenas um dentre os vários mananciais de outros títulos executivos, originários de outros segmentos estatais, a confluírem para a atuação judicial de cobrança das Advocacias Públicas, de modo que os débitos impostos pelos Tribunais de Contas acabam relegados para segundo plano. (FERRAZ, 2003, p. 219-220, *apud* NASCIMENTO, 2012).

Diante desse cenário, veio em boa hora a edição da Lei nº 12.767/12, que acresceu parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 9.492/97,¹⁰ passando a autorizar que os entes públicos se valessem de novo instrumento extrajudicial de cobrança de seus créditos: o protesto em cartório.

Desde sua implantação, os crescentes números apresentados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) demonstram o potencial da medida para incrementar a arrecadação dos entes federativos:

⁹ Dados compilados pelo MPC/SC por meio do seu Núcleo de Monitoramento das Ações do Ministério Público de Contas e das Decisões do Tribunal de Contas (NUMAD), e que levam em conta somente os valores tratados em processos de cobrança autuados e monitorados pelo MPC/SC, sem considerar eventuais recolhimentos/parcelamentos espontâneos junto ao TCE/SC efetuados pelos responsáveis no curso dos processos fiscalizatórios ou logo após a notificação da decisão condenatória.

¹⁰ Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas. (BRASIL, 1997).

Tabela 1 – Certidões de Dívida Ativa protestadas pela PGFN

ANO DO PROTESTO	QUANTIDADE DE INSCRIÇÕES	VALOR DO PROTESTO	VALOR TOTAL RECUPERADO
2013	25.013	R\$ 101.353.598,33	R\$ 21.519.714,79
2014	198.342	R\$ 783.095.346,88	R\$ 144.262.469,92
2015	365.396	R\$ 1.917.587.286,98	R\$ 259.530.800,11
2016	677.367	R\$ 7.795.799.501,65	R\$ 259.530.800,11
2017	1.230.755	R\$ 32.986.390.000,69	R\$ 892.580.149,34
2018	1.138.607	R\$ 16.481.996.916,35	R\$ 650.287.263,49

Fonte: FRANCO, 2019

A medida ganhou reforço com o seu julgamento de constitucionalidade pelo STF - Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5135/DF (BRASIL, 2016a) -, cujo voto condutor, da lavra do Min. Roberto Barroso, deixou ementados os benefícios do protesto como mecanismo extrajudicial de cobrança capaz de estimular a tempestiva adimplência, incrementar a arrecadação, desafogar o Judiciário, bem como promover a justiça fiscal.

Seguindo a mesma trilha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) recentemente firmou a Tese Repetitiva nº 777 (BRASIL, 2019a), segundo a qual “a Fazenda Pública possui interesse e pode efetivar o protesto da CDA, [...] na forma do art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.492/1997, com a redação dada pela Lei 12.767/2012”.

Nessa toada, estimulados muitas vezes pelos próprios Tribunais de Contas, diversos entes estaduais e municipais já vêm adotando tal prática.

A título exemplificativo, cite-se a situação noticiada pelo Tribunal de Contas paranaense (PARANÁ, 2014), ao destacar os números positivos da medida logo no primeiro ano de sua adoção, em que houve recuperação de R\$ 195.946,88 em apenas 30 dias, sendo que 68% do valor estava sendo executado há mais de cinco anos, número que, de acordo com o diretor de execuções do TCE/PR, mostraria “a eficiência do protesto em relação às execuções fiscais”.

Bastante ilustrativa, também, notícia divulgada pela Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul (2019), informando que, entre 2015 e 2019, foram protestadas 1.580 certidões de multas impostas pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, tendo havido o pagamento de 1.098 delas - a maioria sem ajuizamento -, indicando redução da atividade judicial-contenciosa à taxa de 70%.

Além do protesto extrajudicial, outras duas medidas administrativas estão sendo estimuladas pelos Tribunais de Contas para evitar o congestionamento do Poder Judiciário: a) o incentivo à instituição de cadastros públicos de créditos estatais não quitados (segundo o exemplo da Lei Federal nº 10.522/2002 no âmbito federal - CADIN); e b) a inserção do nome do devedor por dívida ativa em cadastros de órgãos de proteção ao crédito, hipótese recentemente admitida em precedente do STJ (BRASIL, 2019b).

Todas estas ações fazem parte da crescente e salutar preocupação, por parte da Administração Pública, com a efetividade na recuperação dos seus créditos tributários e não tributários, nestes incluídas as condenações dos Tribunais de Contas.

Seguindo essa tendência é que, em alguns Estados, tais como Rio Grande do Sul (2014), Minas Gerais (2017), e mais recentemente Santa Catarina (2020a), parcerias vêm sendo firmadas entre os respectivos Tribunais de Contas e Tribunais de Justiça, visando orientar Estados e Municípios na otimização e racionalização das cobranças administrativas e judiciais de seus créditos, com enfoque no estímulo ao protesto extrajudicial, bem como na definição de estratégias para, dentro das limitações existentes, buscar maior otimização das execuções judiciais.

Contudo, para além de tais ações, o ordenamento jurídico pátrio comporta outra medida com potencial de incrementar a efetividade das condenações dos Tribunais de Contas, e que aparentemente não vem sendo explorada na forma devida: o desconto compulsório na folha de pagamento do agente responsabilizado.

3. O DESCONTO COMPULSÓRIO EM FOLHA DE PAGAMENTO: ALTERNATIVA PARA INCREMENTAR A EFETIVIDADE DAS DECISÕES CONDENATÓRIAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O art. 28, inc. I, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (TCU) dispõe que, expirado o prazo para recolhimento espontâneo, o Tribunal poderá “determinar o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do responsável, observados os limites previstos na legislação pertinente” (BRASIL, 1992).

Com fundamento em tal dispositivo, e notadamente após a edição da Decisão Normativa nº TCU-32/2000, que alterou dispositivos da Decisão Normativa nº 19/1998 (BRASIL, 1998), o plenário da Corte de Contas federal passou a frequentemente autorizar, em seus acórdãos, o desconto em folha de condenações dirigidas contra servidores públicos.¹¹

Diante do reiterado uso do art. 28, inc. I, da Lei nº 8.443/92 pelo TCU, já foram impetrados diversos mandados de segurança perante o Supremo Tribunal Federal, que, a partir do julgamento paradigma do Mandado de Segurança 24.544, firmou jurisprudência acerca da constitucionalidade/legalidade de tal modalidade de execução forçada pela via administrativa, independentemente de aquiescência do servidor:

LEGITIMIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Imposição de valor a ser ressarcido aos cofres públicos e previsão de desconto, considerado o que percebido pelo servidor, geram a legitimidade do Tribunal de Contas da União para

¹¹ Exemplificativamente, confirmam-se os seguintes julgados: Acórdão nº 2427/2020, Acórdão nº 1952/2019, Acórdão nº 1629/2018, Acórdão nº 2343/2017, Acórdão nº 3054/2016, Acórdão nº 2980/2015, Acórdão nº 2901/2014, Acórdão nº 2989/2013, Acórdão nº 3126/2012, Acórdão 400/2011, Acórdão nº 3221/2010, Acórdão nº 1378/2005, Acórdão nº 1071/2004, Acórdão nº 100/2003, Acórdão nº 47/2002, Acórdão nº 32/2001 e Acórdão nº 20/2000, todos disponíveis em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 30 set. 2020.

figurar no mandado de segurança como órgão coator. PROVENTOS - DESCONTO - LEIS NºS 8.112/90 E 8.443/92. Decorrendo o desconto de norma legal, despicienda é a vontade do servidor, não se aplicando, ante o disposto no artigo 45 da Lei nº 8.112/90 e no inciso I do artigo 28 da Lei nº 8.443/92, a faculdade de que cuida o artigo 46 do primeiro diploma legal - desconto a pedido do interessado". (BRASIL, 2004).

...
"MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONDENAÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. DESCONTO NA REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR. POSSIBILIDADE, NOS TERMOS DO ART. 28, I, DA LEI 8.443/1992. SEGURANÇA DENEGADA. I - A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a Tomada de Contas Especial não constitui procedimento administrativo disciplinar, tendo por objeto a defesa da coisa pública. II - O desconto em folha decorrente de norma legal, como o previsto no art. 28, I, da Lei 8.443/1992, não depende de aquiescência do servidor. III - Segurança denegada". (BRASIL, 2011).

...
"MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TOMADA DE CONTAS ESPECIAL - DECISÃO QUE JULGA IRREGULARES AS CONTAS APRESENTADAS POR ADMINISTRADORES E/OU RESPONSÁVEIS POR DINHEIROS, BENS OU VALORES PÚBLICOS - CONSEQUENTE RECONHECIMENTO DO DEVER DE RESSARCIR O ERÁRIO - POSSIBILIDADE DE DESCONTO, NA REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO RESPONSÁVEL, DA DÍVIDA APURADA - EXISTÊNCIA DE EXPRESSA AUTORIZAÇÃO LEGAL (LEI Nº 8.443/92, ART. 28, INCISO I) - SITUAÇÃO QUE, ADEMAIS, NÃO SE ENQUADRA NA NOÇÃO DE CONDENAÇÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - INAPLICABILIDADE, POR ISSO MESMO, DA CLÁUSULA PREVISTA NO ART. 45, 'CAPUT', DA LEI 8.112/90 - PRECEDENTES - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO". (BRASIL, 2014b).

...
Agravos regimentais no mandado de segurança. 2. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial. Ressarcimento ao erário. Desconto em folha. Art. 28, I, da Lei 8.443/1992. Possibilidade. Precedentes do STF. 3. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 4. Agravos regimentais a que se nega provimento (BRASIL, 2017a).

Conforme observa Furtado (2015, p. 104), "a constatação de que as decisões proferidas pelos Tribunais de Contas [...] encontram-se em patamar jurídico mais elevado que os demais atos administrativos, foi feita pelo STF no julgamento do MS 24.544/DF".

A partir de então, com o aval da Corte Suprema, estabeleceu-se o entendimento de que as condenações oriundas do controle externo poderiam dar ensejo a desconto compulsório em folha de pagamento na própria seara administrativa, em notável exceção à feição essencialmente judicial da recuperação de créditos estatais no Brasil.

Nesse ponto, interessa destacar que o sobredito dispositivo da Lei Orgânica do TCU não representa norma exótica dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sendo,

ao contrário, “simetricamente previsto em leis de vários outros Tribunais de Contas” (FERNANDES, 2016, p. 390).

Com efeito, dos demais 32 (trinta e dois) Tribunais de Contas existentes no país, 20 (vinte) possuem dispositivos assemelhados em suas respectivas leis orgânicas, 3 (três) em seus regimentos internos e apenas 9 (nove) não possuem previsão normativa análoga em algum destes diplomas, conforme ilustrado no quadro que segue:

Tabela 2 – Previsão do desconto compulsório em folha na legislação dos Tribunais de Contas

TRIBUNAL	NORMA AUTORIZATIVA	TRIBUNAL	NORMA AUTORIZATIVA
TCE/SC	Art. 43, I, da LO	TCE/TO	Art. 96, I, da LO
TCE/PR	Art. 505 do RI	TCE/PA	Art. 205, I, do RI
TCE/SP	Art. 89 da LO ^{12 13}	TCE/AM	Art. 77, I, da LO
TCE/PI	Art. 139, I, da LO	TCE/RR	Art. 29, I, da LO
TCE/RJ	Art. 32, I, da LO	TCE/RO	Art. 27, I, da LO
TCM/RJ	Art. 66-B, I, da LO	TCE/AC	Art. 63, I, da LO
TCE/ES	Art. 149, I, da LO	TCE/MT	Art. 294, § 2º, do RI
TCE/GO	Art. 83, II, da LO	TCM/SP	-
TC/DF	Art. 29, I, da LO	TCE/RS	-
TCE/BA	Art. 43, II, da LO	TCE/AP	-
TCE/AL	Art. 31, I, da LO	TCM/PA	-
TCE/SE	Art. 89, I, da LO	TCE/PE	-
TCE/PB	Art. 28, I, da LO	TCM/BA	-
TCE/RN	Art. 118, I, da LO	TCM/GO	-
TCE/CE	Art. 27, I, da LO	TCE/MS	-
TCE/MA	Art. 32, I, da LO	TCE/MG	-

Fonte: Tribunais de Contas, 2020

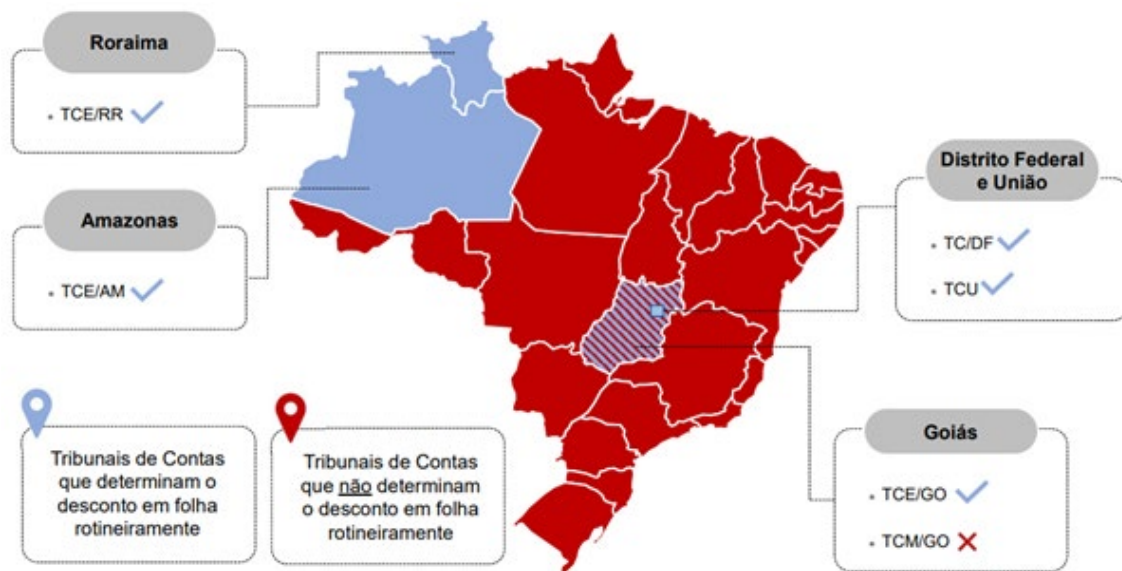
Sem embargo, após solicitar informações a todos os Tribunais de Contas do país, no intuito de verificar a existência de rotina acerca do emprego da modalidade executória em questão, constatou-se que, dos 33 (trinta e três) Tribunais de Contas brasileiros, apenas 5 (cinco) - incluindo o TCU -, adotam

¹² **Art. 89.** Na hipótese de o responsável julgado em alcance não estar afiançado, não possuir bens sobre os quais possa recair a execução ou quando for de interesse devidamente justificado da Fazenda Pública, poderá o Tribunal de Contas, a requerimento deste ou da Procuradoria da Fazenda do Estado, autorizar o desconto do débito em parcelas que não excedam a 50% (cinquenta por cento) dos seus vencimentos.

¹³ Em relação ao art. 89 da Lei Orgânica do TCE/SP, o Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, por meio de seu Núcleo de Apoio Técnico, ponderou o seguinte acerca da atual ineficácia do dispositivo, em resposta encaminhada via e-mail, em 24 de agosto de 2020: “O artigo 89 da Lei Complementar n.º 709, de 14 de janeiro de 1993 (Lei Orgânica do TCE/SP), aborda a situação jurídica do servidor colocado em ‘alcance’, que não prestou caução para garantir desfalque de numerário recebido em espécie ou não possui bens para garantir eventual execução. Trata-se de fenômeno do passado que não tem mais pertinência no mundo digital. Hoje as transações financeiras, inclusive adiantamentos, são realizados de modo eletrônico, sendo que o mencionado dispositivo legal perdeu eficácia, não havendo notícia de aplicação na última década, por exemplo.”

rotineiramente tal prática de execução administrativa forçada, conforme ilustrado no mapa que segue:^{14, 15, 16, 17, 18, 19}

Mapa 1 – Rotina do desconto em folha nos Tribunais de Contas



Fonte: Ouvidorias e Serviços de Informação ao Cidadão dos Tribunais de Contas, 2020

Os dados chamam atenção principalmente porque, afóra os Tribunais de Contas que não possuem legislação própria autorizativa, e que, portanto, não adotam tal prática - o que já era esperado -, a maioria dos TCEs com norma específica autorizativa também não faz uso rotineiro da modalidade de execução forçada em questão, com as únicas exceções dos Tribunais de Contas do Distrito Federal (TC/DF), do Estado de Goiás (TCE/GO), de Roraima (TCE/RR) e do Amazonas (TCE/AM), além do próprio TCU.

Salvo melhor juízo, tal cenário contribui para a morosidade e o baixo percentual médio de sucesso no adimplemento das condenações no âmbito do controle externo, haja vista que diversos Tribunais de Contas se abstêm de promover medida que lhes é legalmente assegurada, consequentemente abrindo mão de importante modalidade de execução administrativa forçada de suas decisões condenatórias.

14 A resposta fornecida pelo Tribunal de Contas de Roraima (TCE/RR) limitou-se a fazer referência ao dispositivo legal autorizativo, sem informar a existência de rotina da sua utilização, ou não. Contudo, em consulta às decisões publicadas pela Corte no seu diário oficial, foi possível verificar, desde de 2018, a frequente prolação de acórdãos determinando que haja o desconto em folha.

15 Muito embora o Ministério Público de Contas do Sergipe (MPC/SE) tenha afirmado que, sempre que possível, requer o desconto de condenações em folha de pagamento, o Tribunal de Contas do Sergipe (TCE/SE) respondeu, por meio do Núcleo de Execuções da Coordenadoria Jurídica, que o TCE/SE não costuma se utilizar da aludida ferramenta.

16 O Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte (TCE/RN) afirmou ter enfrentado dificuldades técnico-operacionais na execução da medida, mas que estaria buscando aprimorá-la.

17 O Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE/CE) afirmou que, muito embora não tenha rotina de implementação do desconto em folha, por vezes se utiliza do expediente “no caso concreto”.

18 O Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCE/MG) respondeu afirmando que não presta serviços de assessoria jurídica, bem como recomendando que fosse feita consulta à legislação e à jurisprudência do Tribunal. Consultando os repositórios normativos e de julgados do TCE/MG, não foi encontrada previsão legal/autorização para o desconto em folha das condenações do Tribunal. Por sua vez, o Ministério Público de Contas de Minas Gerais (MPC/MG) confirmou que inexistia rotina alusiva à modalidade de execução forçada em questão.

19 Em que pese a solicitação de informação feita ao Tribunal de Contas de Alagoas (TCE/AL) em 17 de agosto de 2020 (135.2020LAI), não houve resposta até a finalização do presente estudo. Contudo, em resposta à solicitação de informação efetuada ao Ministério Público de Contas de Alagoas (MPC/AL), o Procurador-Geral Dr. Gustavo Santos respondeu que, nos quase 10 anos de atuação no MPC/AL, nunca viu o dispositivo autorizativo do desconto em folha ser aplicado. Consultando o repositório de julgados do TCE/AL, não foi encontrada decisão prevendo autorização do desconto.

Em relação a tal ponto, cabe destacar a resposta oferecida pelo TCE/AM, cujo Departamento de Registro e Execução das Decisões (DERED) consignou que o desconto em folha “se mostrou uma medida eficaz no cumprimento das decisões quanto ao pagamento de débitos imputados àqueles responsáveis que mantêm vínculo com o serviço público (estejam na ativa ou aposentados)”.²⁰

Já no âmbito federal, de acordo com informações prestadas pelo Chefe do Serviço de Controle dos Efeitos de Deliberações, Sr. Vinicius dos Passos Soares, as condenações do TCU são descontadas na folha de pagamento dos responsáveis em aproximadamente 10% (dez por cento) dos processos em fase de recolhimento.²¹

As constatações feitas até aqui sugerem a conveniência de que, à semelhança dos Tribunais que já adotam tal prática (TCU, TCE/GO, TCE/AM, TCE/RR e TC/DF), os demais Tribunais e Ministérios Públicos de Contas do país busquem implementar o desconto em folha autorizado em suas respectivas legislações, no intuito de incrementar a efetividade executória de suas condenações.

Exemplo recente disso pode ser encontrado em Santa Catarina, cujo respectivo Tribunal de Contas ainda não se vale do desconto em folha autorizado no art. 43, inc. I, de sua lei orgânica (SANTA CATARINA, 2000),²² nada obstante o alto percentual de créditos oriundos de suas condenações que se encontram sob execução judicial, conforme visto no capítulo interior.

Tendo em conta tal cenário, bem como as disposições da Resolução nº 112/2015 (SANTA CATARINA, 2015a), em especial seus artigos 3º, inc. I e 4º, *caput* e parágrafos,²³ foi que o Colégio de Procuradores do Ministério Público de Contas de Santa Catarina (MPC/SC), em reunião realizada no dia 7 de julho de 2020, aprovou diretiva para que seja incluído, nos pareceres ministeriais, sugestão de determinação do desconto em folha das dívidas decorrentes de decisões condenatórias do TCE/SC, conforme Ata de Reunião publicada no DOTC-e nº 2937:

**Extrato da Ata da Reunião do Colégio de Procuradores do
Ministério Público de Contas de Santa Catarina**

Procuradores presentes: Cibelly Farias, Aderson Flores e Diogo Roberto Ringenberg, sob a presidência da Procuradora-Geral Cibelly Farias.

Deliberações: Por unanimidade, os Procuradores aprovaram os seguintes

²⁰ Resposta encaminhada pela Ouvidoria do TCE/AM por meio da Manifestação nº 307/2020, em resposta à solicitação de informação protocolada sob a numeração 200818619935.

²¹ Resposta oferecida à Demanda nº 331763, apresentada à Ouvidoria do TCU em setembro de 2020.

²² Art. 43. Expirado o prazo a que se refere o art. 40 desta Lei, sem manifestação do responsável, o Tribunal poderá: I – determinar o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do responsável, observados os limites previstos na legislação pertinente; [...].

²³ Art. 3º A título de economia processual, a deliberação condenatória deverá estabelecer que o não atendimento da notificação referida no artigo 40 da Lei Complementar n. 202/2000, ou a não interposição de recurso com efeito suspensivo autorizará a adoção das seguintes providências: I – determinação de desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do agente público responsável, observados os limites previstos na legislação pertinente; [...]. Art. 4º No caso do inciso I do art. 3º, antes da constituição de processo eletrônico para acompanhamento da execução administrativa ou judicial, o Presidente do Tribunal ou quem este delegar, notificará o titular do órgão ou entidade competente para, no prazo de 30 (trinta) dias contados do seu recebimento, realizar e comprovar o desconto integral ou parcelado a que se refere o inciso I do artigo 3º desta Resolução. § 1º Caso o desconto seja feito de forma parcelada, em observância ao limite legal, o órgão responsável deverá informar o número de parcelas, o seu lançamento na folha de pagamento e, ao final do parcelamento, o ingresso total do crédito nos cofres do ente credor. § 2º Transcorrido 30 (trinta) dias do recebimento da notificação de que trata o *caput* deste artigo, sem manifestação do titular do órgão, a Secretaria Geral providenciará constituição de processo para acompanhamento da execução administrativa ou judicial.

encaminhamentos: 1. MPC 299/2019 - aprovar a proposta de inclusão, nos pareceres ministeriais, da sugestão de determinação de desconto em folha das dívidas decorrentes de decisões condenatórias do TCE/SC, nos termos do item "c" da conclusão do estudo realizado nos autos. (SANTA CATARINA, 2020b).

Note-se que a decisão do Colégio de Procuradores de Contas catarinense não fez mais do que incorporar, na atuação do MPC/SC, diretiva semelhante ao que já fizera o TCU por meio da então vigente Decisão Normativa nº 19/1998, com as alterações promovidas pela já citada Decisão Normativa nº 32/2000:

Art. 2º Na instrução dos processos de tomadas, prestações de contas e tomadas de contas especiais, as Unidades Técnicas Executivas deverão: (NR) (Decisão Normativa nº 32, de 23/8/2000, BTCU nº 48/2000, DOU de 28/8/2000).

I - dispensar especial atenção aos dados de identificação dos responsáveis, destacando nome, CPF, endereço residencial e profissional, número de telefone, número do registro geral de identificação, com indicação do órgão emissor e, quando for o caso, cargo ou função, PIS/PASEP, bem assim o regime jurídico do servidor responsável e os dados referentes ao órgão de origem do mesmo;

II - propor, no caso de acórdão condenatório de débito contra servidor regido pela Lei n.º 8.112/90, independentemente do valor devido, que o Tribunal, desde logo, caso não atendida notificação: (NR) (Decisão Normativa nº 32, de 23/8/2000, BTCU nº 48/2000, DOU de 28/8/2000).

a) determine, com fundamento no art. 28, inciso I, da Lei n.º 8.443/92, o desconto integral ou parcelado da dívida na remuneração do responsável, observado os limites previstos na legislação pertinente; (NR) (Decisão Normativa nº 32, de 23/8/2000, BTCU nº 48/2000, DOU de 28/8/2000). [...].

Art. 3º Fica autorizado o Ministério Público junto a este Tribunal a exercer a coordenação, o acompanhamento e o controle dos atos indispensáveis ao ressarcimento referido no art. 2º, podendo adotar, entre outros, os seguintes procedimentos:

I - encaminhar aos órgãos e entidades competentes as informações e a documentação necessárias;

II - manter entendimento com a Advocacia-Geral da União ou com os dirigentes das entidades jurisdicionadas ao Tribunal de Contas da União, com vistas a, quando for conveniente, propor a suspensão das ações de execução ajuizadas, até o efetivo recolhimento do débito; e

III - requerer a colaboração dos órgãos competentes do Controle Interno para a consecução dos objetivos desta Decisão Normativa, remetendo-lhes as instruções que se fizerem necessárias.

Art. 4º As Secretarias de Controle Externo, na Sede e nos Estados, bem como as demais Unidades Técnicas deste Tribunal, prestarão as informações e o auxílio necessário ao Ministério Público junto ao TCU, sempre que solicitado, no cumprimento das medidas adotadas na presente Decisão Normativa. (BRASIL, 1998). [Grifos meus]

Mais recentemente, em processo administrativo resultante no Acórdão nº 2827/2020 (BRASIL, 2020c), o plenário do TCU teve ocasião de editar nova decisão normativa acerca dos procedimentos destinados à viabilização do desconto em folha de multas

ou débitos aplicados por acórdãos proferidos pelo Tribunal, cujo teor reforçou a orientação já existente (Decisão Normativa nº 189, de 21 de outubro de 2020):

Art. 2º Na autuação e no curso da instrução dos processos de controle externo, as Unidades Técnicas deverão: [...];

III - propor na instrução de mérito, nos casos de imputação de débito e/ou multa a servidores estatutários, empregados públicos, militares, membros da Magistratura ou do Ministério Público, independentemente do valor devido, que o Tribunal, desde logo, caso não atendida à notificação de que trata o art. 1º desta Decisão Normativa:

a) determine, com fundamento no art. 28, inciso I, da Lei 8.443/1992, o desconto integral ou parcelado da dívida na remuneração do responsável, em favor do respectivo cofre credor, observados os limites previstos na Lei nº 8.112/1990;

b) autorize a cobrança judicial da dívida, em substituição à medida prevista na alínea anterior, nas seguintes hipóteses:

1) quando, pela aplicação dos limites legais pertinentes, o valor máximo mensal resultar em uma quantidade de parcelas superior a 36 (trinta e seis) meses;

2) superveniência de ordem judicial, precária ou definitiva, impedindo a implantação ou prosseguimento dos descontos;

3) perda de vínculo do responsável com a administração pública;

4) outras situações em que a análise do caso concreto o recomende. [...].

Art. 3º Nas situações de não recolhimento pelos responsáveis de débitos e/ou multas imputados pelo Tribunal, quando houver determinação para desconto em folha de pagamento, com fundamento no art. 28, inciso I, da Lei 8.443/1992, cabe à Unidade Técnica:

I - após o trânsito em julgado do item do acórdão que imputou a dívida, sem comprovação do recolhimento, notificar o órgão ou a entidade da administração pública para realização do desconto na remuneração dos responsáveis em favor do respectivo cofre credor;

II - na superveniência de parcelamento da dívida, notificar o órgão ou entidade da administração pública para que suspenda o desconto em folha em curso, bem como informar que o Tribunal, por meio de nova notificação, dará ciência da quitação ou da eventual inadimplência do responsável.

Art. 4º Fica autorizado o Ministério Público junto a este Tribunal a exercer a coordenação, o acompanhamento e o controle dos atos indispensáveis ao ressarcimento referido nos arts. 2º e 3º, podendo adotar, entre outros, os seguintes procedimentos:

I - encaminhar aos órgãos e às entidades competentes a documentação e as informações necessárias;

II - manter entendimento com a Advocacia-Geral da União ou com os dirigentes das entidades jurisdicionadas ao Tribunal de Contas da União, com vistas a, quando for conveniente, propor a suspensão das ações de execução ajuizadas até o efetivo recolhimento do débito; e

III - requerer a colaboração dos órgãos competentes do Controle Interno para a consecução dos objetivos desta Decisão Normativa, remetendo-lhes as instruções que se fizerem necessárias.

Art. 5º As Secretarias de Controle Externo na Sede e, onde houver, nos Estados, prestarão as informações e os auxílios necessários ao Ministério Público junto ao TCU, sempre que solicitadas, no cumprimento das medidas adotadas na presente Decisão Normativa. (BRASIL, 2020d). [Grifos meus]

De acordo com o Chefe do Serviço de Controle dos Efeitos de Deliberações do TCU, Sr. Vinicius dos Passos Soares, as alterações promovidas tiveram como propósito melhor disciplinar os procedimentos a cargo das unidades técnicas e do Ministério Público de Contas da União, nas situações que envolvam a possibilidade de adoção das medidas previstas no art. 28 da Lei nº 8.443/1992.²⁴

Como se vê, a linha seguida pelo MPC/SC, e recentemente reforçada pelo TCU, ilustra a necessidade de que os demais Tribunais e Ministérios Públicos de Contas busquem implementar o desconto em folha autorizado em suas respectivas legislações, no intuito de incrementar a efetividade executória de suas condenações.

O mesmo vale para os órgãos de controle externo que ainda não dispõem de amparo normativo para realizar tal medida, no sentido de que elaborem/promovam propostas normativas com vistas à positividade da modalidade executória em comento.

Em relação a estes, vale citar a exortação de Fernandes (2016, p. 392), para quem “é imperioso que seja estabelecida a previsão de desconto em folha nas leis orgânicas dos Tribunais de Contas”.

4. PARÂMETROS PARA O EMPREGO DO DESCONTO EM FOLHA COMPULSÓRIO DAS CONDENAÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Considerando a pouca utilização da modalidade executória sob análise, pertinente trazer algumas considerações acerca de possíveis parâmetros para o emprego do desconto em folha compulsório, no intuito de colaborar para sua implementação como nova rotina de cobrança a ser fomentada pelos órgãos de controle externo do país.

De início, consoante assevera Fernandes (2016, p. 392), cabe ressaltar ser “importante que a regulamentação se faça observando o paradigma federal, com vistas a aproveitar melhor a jurisprudência, buscando sempre fortalecer os órgãos de controle”.

Em consequência, revela-se recomendável que sejam observados os acórdãos do TCU acerca da matéria, bem como o teor da recente Decisão Normativa nº TCU-189/2020.

Feita essa ressalva, primeiramente importa sublinhar que tanto multas cominadas quanto débitos imputados são passíveis de desconto em folha, porquanto ambas as espécies condenatórias se incluem no gênero “dívida”, conforme definição prevista no item 12, alínea ‘e’, da Resolução nº 11/2018 (ATRICON, 2018),²⁵ que aprovou as diretrizes de controle externo relacionadas à temática “Acompanhamento das decisões dos Tribunais de Contas”.

²⁴ Resposta oferecida à Demanda nº 331763, apresentada à Ouvidoria do TCU em setembro de 2020.

²⁵ 12. Para os fins dessas diretrizes, consideram-se os seguintes conceitos: [...] e) dívida: valor fixado em decisão condenatória do Tribunal de Contas, a título de multa ou débito, e não adimplido pelo responsável; [...].

Em segundo lugar, conforme previsto na totalidade das leis orgânicas que contemplam a matéria, tem-se que o desconto poderá recair nos “vencimentos, salários ou proventos” do responsável, significando dizer que a condenação do respectivo Tribunal de Contas poderá ser descontada na folha de pagamento dos servidores públicos responsabilizados, bem assim dos que já tenham passado para a inatividade no momento da execução.

Aqui, muito embora as normas também citem “salários”, o TCU entendia, em um primeiro momento, ser devido o desconto somente quanto aos servidores estatutários regidos pela Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União), conforme entendimento consignado em enunciado publicado no Boletim de Jurisprudência 193/2017:

Enunciado

A determinação para o desconto integral ou parcelado de dívida na remuneração de responsável (art. 28, inciso I, da Lei 8.443/1992) somente pode ser dirigida a servidor regido pela Lei 8.112/1990. (BRASIL, 2017b).

Em sentido diverso, posicionando-se pela possibilidade do desconto também sobre os salários dos empregados públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), tem-se o ensinamento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Como a CLT condicionou a possibilidade de desconto por dano causado ao empregador ao acordo entre as partes, e como a lei de ordem pública tem o condão de afastar as normas meramente dispositivas, inarredável é que os descontos nos salários dos empregados públicos podem ser determinados, pelo TCU, para recomposição do erário nos casos de dolo ou culpa.

Já com referência à possibilidade da aplicação de multa, considerando que se trata de omissão legislativa, a norma inscrita na Lei Orgânica do TCU tem natureza regulamentadora das relações dos agentes públicos e complementar à CLT, tendo força jurídica suficiente para enfrentar os princípios consagrados para proteção do obreiro, porque esses devem subsumir-se aos interesses coletivos.

A melhor exegese é essa, porque coordena e harmoniza o ordenamento jurídico: quando o legislador pátrio, tendo a possibilidade de definir o assunto, estabeleceu que o acórdão condenatório do TCU pode ordenar a recomposição do erário e aplicar multa e, na sequência da normatização, previu a possibilidade de impor compulsoriamente o desconto nos salários, se pretendesse excluir do alcance a questão das multas, tê-lo-ia feito expressamente (FERNANDES, 2016, p. 388).

Na direção do escólio supracitado, o Tribunal de Contas da União recentemente evoluiu sobre a matéria, passando a prever o desconto em folha não só quanto a servidores estatutários, mas também em relação a empregados públicos, militares e membros da Magistratura e do Ministério Público, nos termos do art. 2º, inc. III, da Decisão Normativa nº 189/2020:

Art. 2º Na autuação e no curso da instrução dos processos de controle externo, as Unidades Técnicas deverão: [...];

III - propor na instrução de mérito, nos casos de imputação de débito e/ou multa a servidores estatutários, empregados públicos, militares, membros da Magistratura ou do Ministério Público, independentemente do valor devido, que o Tribunal, desde logo, caso não atendida à notificação de que trata o art. 1º desta Decisão Normativa:

a) determine, com fundamento no art. 28, inciso I, da Lei 8.443/1992, o desconto integral ou parcelado da dívida na remuneração do responsável, em favor do respectivo cofre credor, observados os limites previstos na Lei nº 8.112/1990; [...]. (BRASIL, 2020d). [Grifo meu]

O terceiro aspecto a ser notado diz respeito à necessária verificação, antes do encaminhamento da determinação de desconto, da persistência de vínculo do agente responsabilizado com a Administração Pública, não havendo necessidade, entretanto, de que a fonte pagadora seja o mesmo órgão/entidade onde foi praticada a irregularidade.

Sobre a possibilidade de que o desconto seja realizado pela unidade em que atualmente trabalha o servidor condenado, ainda que por atos praticados em órgão/entidade público diverso, confira-se a precisa manifestação do Ministério Público de Contas da União, em parecer chancelado pela 2ª Câmara do TCU no Acórdão nº 1778/2012:

A autorização para que o TCU expeça determinação de desconto em folha de pagamento de servidor, referente a débitos apurados pela Corte de Contas e visando o ressarcimento ao erário, decorre da Lei 8.443/92, não havendo em seu texto nenhuma exigência de unicidade entre a fonte geradora do débito objeto da condenação e aquela que deve promover o desconto. (BRASIL, 2012).

De toda sorte, parece apropriado que a determinação do desconto em folha seja direcionada apenas a órgãos e entidades sob jurisdição do respectivo Tribunal de Contas, entendimento aliás reforçado pelo plenário da Corte de Contas federal, no julgamento do Acórdão nº 2193/2017, cujo seguinte trecho, extraído do voto proferido pelo Min. Benjamin Zymler, é bastante ilustrativo:

Considerando que o aludido responsável não é servidor público federal e que a Câmara de Vereadores de Macapá não é jurisdicionada ao TCU, não cabe determinar o desconto em folha de sua dívida, mas, nos termos do art. 28, inciso II, desde logo deve ser autorizada a cobrança judicial da dívida de todos os responsáveis. (BRASIL, 2017c).

Com efeito, além das dúvidas que residiriam na obrigatoriedade do atendimento da determinação, não haveria possibilidade de que o Tribunal de Contas, uma vez descumprida a medida, penalizasse agente titular de órgão não jurisdicionado pela falta de cumprimento do desconto determinado.

Sem embargo, a título informativo, cabe citar a orientação do Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte (TCE/RN), que, em sentido diverso, prevê a possibilidade de determinar o desconto em folha a quaisquer órgãos e entidades municipais, estaduais ou federais, nos termos da Resolução nº 13/2015 (RIO GRANDE DO NORTE, 2015).

O quarto ponto se refere ao montante condenatório passível de execução via desconto em folha, assunto em relação ao qual a quase totalidade das leis orgânicas dos Tribunais de Contas não traz critério legal quantitativo, com exceção do art. 43, parágrafo único, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado da Bahia:

Art. 43 - No caso de não atendimento à notificação, o Tribunal de Contas adotará as seguintes providências: [...];
 II - determinará, no caso de servidor da administração pública, o desconto do débito nos vencimentos, salários ou proventos, na forma da lei; [...].
 Parágrafo único - A providência prevista no inciso II deste artigo somente será efetivada para os débitos cujo principal se situe em importância igual ou inferior a duas vezes o valor da remuneração do servidor. (BAHIA, 1991).

Nos estudos que nortearam a nova diretiva do MPC/SC, tratada no capítulo anterior, levou-se em conta, como principal parâmetro quantitativo, o piso estipulado no art. 16 da Lei Estadual nº 15.856/2012 (R\$ 20.000,00),²⁶ abaixo do qual a Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina é dispensada do ajuizamento de ação judicial executiva, em atenção aos postulados da economicidade e da racionalidade administrativa.

Note-se que tal piso é inclusive superior ao valor máximo das multas aplicáveis pelo TCE/SC, cujo teto atualmente é de R\$ 14.206,50, nos termos da Resolução nº 114/2015 (SANTA CATARINA, 2015b), circunstância que apenas reforça a pertinência da execução via desconto em folha no caso catarinense, e que possivelmente se repete em outros Tribunais de Contas.²⁷

Mas ainda que o valor condenatório exceda o piso das execuções judiciais estipulado pelo respectivo ente, a conveniência do desconto em folha - mesmo que demande parcelamento um pouco mais longo em descontos mensais -, deve ser avaliada sopesando-se as desvantagens das execuções judiciais, notadamente o alto percentual de processos extintos sem satisfação do crédito, além do próprio tempo médio elevado de tramitação das ações, consoante visto alhures.

Nesse passo, conforme já decidiu o TCU (BRASIL, 2014a), tem-se que se afigura “justificável a autuação da cobrança executiva quando o desconto em folha de pagamento se mostrar insuficiente para amortização da dívida, em face do elevado montante do débito”, devendo sempre ser sopesado, por outro lado, que, “em termos práticos, a execução judicial poderá demandar mais tempo do que o desconto parcelado” (FERNANDES, 2016, p. 391).

Seguindo essa orientação é que, na recente norma editada pelo TCU acerca da matéria, decidiu-se estipular o limite máximo de 36 (trinta e seis) parcelas para desconto em folha de débitos e/ou multas (art. 2º, inc. III, alínea b, item 1, da Decisão

²⁶ Art. 16. A Procuradoria-Geral do Estado fica dispensada de ajuizar execução cujo montante, em nome do devedor, não exceda a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). [Redação dada pela Lei Estadual nº 17.427, de 2017].

²⁷ Em Santa Catarina, todas as multas aplicadas pelo TCE/SC reverterem em benefício do Estado, ainda que aplicadas a gestores municipais. Cabe registrar que o tema se encontra em discussão no Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE n. 1003433, com repercussão geral reconhecida para discussão da seguinte tese: “O Município prejudicado é o legitimado para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual a agente público municipal, em razão de danos causados ao erário municipal”.

Normativa nº 189/2020),²⁸ com base nas seguintes justificativas apresentadas pelo Min. André Luiz, acolhidas pelo relator da matéria, Min. Aroldo Cedraz, no julgamento ensejador do Acórdão nº 2827/2020:

24. Entre as sugestões apresentadas pelo Nobre Ministro André Luís destaco a que estabelece um limite máximo de 36 (trinta e seis) parcelas (mesma quantidade prevista no art. 217 do RI/TCU) para desconto em folha de débitos e/ou multas. A justificativa é que, a proposta tem por objetivo evitar situações em que o recebimento via desconto em folha de pagamento se faça por meio de prestações de valor irrisório, cobradas durante anos (em alguns casos até mesmo décadas), gerando alto custo de acompanhamento e controle dos processos respectivos.

25. Entendo acertadas a proposta e a justificativa apresentadas, sem prejuízo de complementar que, além dos valores ínfimos, mais preocupantes são as situações em que o débito é de tamanha monta que, se for parcelado, respeitando-se o limite legal, com certeza as parcelas se perpetuariam, em função do montante a ser ressarcido, gerando alto custo de acompanhamento e controle, além de protelar a apreciação definitiva dos processos.

26. Assim, é relevante que seja avaliada essa circunstância em cada caso concreto, pois, em situações em que os débitos e as multas sejam vultosos, o desconto em folha de pagamento não se mostra a medida mais adequada para concretizar a finalidade pretendida pela norma, qual seja, proporcionar o ressarcimento do dano causado ao Erário, uma vez que, com certeza, os valores extrapolariam o ganho de um agente público, que tem limite constitucional, e inviabilizaria o recebimento dos valores que se intenta conseguir. (BRASIL, 2020c).

O quinto ponto de destaque diz respeito à necessidade de que a autorização do desconto em folha conste no bojo da decisão condenatória do Tribunal de Contas, a fim de que o responsável tenha prévia ciência de tal possibilidade.

Sobre a importância de tal registro, merece transcrição a seguinte consideração do Min. Joaquim Barbosa, extraída do voto-vista proferido nos autos do MS 24.544/DF:

Por outro lado, o mencionado acórdão trouxe, em seu dispositivo, autorização expressa para que fossem adotadas as medidas cabíveis visando ao ressarcimento ao Erário, entre as quais a possibilidade de desconto na folha de pagamento do impetrante (item 9.3 do acórdão – fls. 35).

Extraí-se, portanto, da decisão do Tribunal de Contas da União que o impetrante teve efetiva ciência do procedimento de tomada de contas e de seu desfecho, e, conseqüentemente, estava ciente de que havia a possibilidade de serem adotadas as providências para o desconto dos valores devidos em seus vencimentos. [...].

Por fim, cumpre consignar que o art. 28, I, da Lei nº 8.443/1992 expressamente determina que, em caso de descumprimento da

28 Art. 2º Na autuação e no curso da instrução dos processos de controle externo, as Unidades Técnicas deverão: [...] III - propor na instrução de mérito, nos casos de imputação de débito e/ou multa a servidores estatutários, empregados públicos, militares, membros da Magistratura ou do Ministério Público, independentemente do valor devido, que o Tribunal, desde logo, caso não atendida à notificação de que trata o art. 1º desta Decisão Normativa: a) determine, com fundamento no art. 28, inciso I, da Lei 8.443/1992, o desconto integral ou parcelado da dívida na remuneração do responsável, em favor do respectivo cofre credor, observados os limites previstos na Lei nº 8.112/1990; b) autorize a cobrança judicial da dívida, em substituição à medida prevista na alínea anterior, nas seguintes hipóteses: 1) quando, pela aplicação dos limites legais pertinentes, o valor máximo mensal resultar em uma quantidade de parcelas superior a 36 (trinta e seis) meses; [...]. (BRASIL, 2020d).

determinação emanada da Corte de Contas para o pagamento de dívidas decorrentes de contas julgadas irregulares, pode aquele Tribunal determinar o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do responsável, observados os limites previstos na legislação pertinente. (BRASIL, 2004).

Além disso, o STF também já decidiu que o eventual aumento no percentual do desconto, após a sua fixação inicial, exige a observância prévia do contraditório e da ampla defesa:

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. DESCONTO EM FOLHA. MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL. IMPRESCINDIBILIDADE DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

1. A Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) autoriza o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos (art. 28, I). Não obstante, fixado o percentual do desconto pelo TCU, a sua majoração exige a observância prévia do contraditório e da ampla defesa.
2. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2016b).

Em sexto lugar, veja-se que o plenário do Tribunal de Contas da União, após acolher representação do respectivo Ministério Público de Contas por meio do Acórdão nº 1486/2017 (BRASIL, 2017d),²⁹ positivou, na recente Decisão Normativa nº 189/2020, a possibilidade de promover simultaneamente o desconto em folha e a execução judicial de seus acórdãos, na hipótese de imputação de débito solidário envolvendo particulares e agentes públicos:

Art. 2º [...].

Parágrafo único. Nos casos de imputação de débito solidário entre particulares e os agentes públicos de que trata o inciso II, as Unidades Técnicas deverão propor, nas instruções de mérito, concomitantemente com a determinação de desconto da dívida na remuneração dos agentes públicos, que seja autorizada a cobrança judicial da dívida dos demais responsáveis solidários. (BRASIL, 2020d).

Como sétimo e último ponto, tem-se que os descontos determinados pelos Tribunais de Contas devem observar os limites das respectivas leis funcionais a que se encontra submetido o responsável no momento do desconto.

Quanto a isso, parece suficiente que seja incluída, na redação da determinação expedida pelo Tribunal de Contas, a expressão “observados os limites previstos na legislação pertinente”.

Feitas todas estas considerações, vale destacar que tais sugestões de parâmetros não têm a pretensão de esgotar a matéria, servindo apenas como forma de estimular o debate, com vistas ao fomento da aludida rotina de cobrança pelos órgãos de controle externo do país.

²⁹ ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora, com fundamento no art. 16, inciso II, do Regimento Interno, em: 9.1. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo - Segecex que oriente suas unidades técnicas a: 9.1.1. nas instruções de mérito, nos casos de ocorrência de débito solidário entre particulares e servidores públicos, proporem determinação de desconto da dívida na remuneração destes últimos concomitantemente com autorização para cobrança judicial da dívida dos demais responsáveis solidários; [...].

Também ficam em aberto questões relacionadas à operacionalização e ao acompanhamento das determinações de desconto, a serem definidas por cada Tribunal de Contas e respectivo Ministério Público de Contas, de acordo com as conformações e peculiaridades locais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O monitoramento realizado pela ATRICON desde 2013, no âmbito do Marco da Medição de Desempenho dos Tribunais de Contas (MMD-TC), indica que o acompanhamento do cumprimento das decisões precisa ser melhorado pelos Tribunais de Contas do país, não só para que tenham maior controle da efetividade de suas decisões, mas também para que cobrem dos entes públicos a adoção de medidas cada vez mais tempestivas e eficazes de cobrança dos créditos oriundos das condenações.

Além das deficiências de acompanhamento por parte das Cortes de Contas, contribuem para o baixo patamar de adimplemento das condenações do controle externo os notórios problemas e limitações da execução fiscal no Judiciário brasileiro, seguidamente apontados nos relatórios do CNJ, destacando-se a excessiva morosidade dos procedimentos, a possível prescrição de créditos - inclusive oriundos de condenações por dano ao erário (BRASIL, 2020a) -, e o baixo percentual de execuções extintas pelo integral adimplemento da dívida.

Na tentativa de melhorar tal quadro, certamente são bem-vindas iniciativas administrativas que induzam os agentes responsabilizados a quitar suas dívidas, a exemplo do protesto das Certidões de Dívida Ativa em cartório (Lei nº 12.767/2012), do incentivo à instituição de cadastros públicos de créditos estatais não quitados (a exemplo do CADIN - Lei Federal nº 10.522/2002), e da inserção do nome do devedor por dívida ativa em cadastros de órgãos de proteção ao crédito (BRASIL, 2019b).

Sem embargo, consoante visto, o ordenamento jurídico pátrio comporta outra medida com potencial de incrementar o adimplemento das condenações dos Tribunais de Contas: o desconto compulsório na folha de pagamento do agente responsabilizado.

Todavia, conforme levantamento realizado em todos os 33 (trinta e três) Tribunais de Contas do país, 24 (vinte e quatro) atualmente possuem autorização normativa para realizar o desconto em folha, dos quais apenas 5 (cinco) se valem rotineiramente de tal modalidade de execução administrativa forçada.

Os números sugerem a conveniência de que, à semelhança dos Tribunais que já adotam tal prática (TCU, TCE/GO, TCE/AM, TCE/RR e TC/DF), e do que recentemente decidiu o MPC/SC, os demais Tribunais e Ministérios Públicos de Contas do país busquem determinar e acompanhar o desconto em folha autorizado em suas respectivas legislações, no intuito de incrementar a efetividade das condenações oriundas do controle externo, devendo-se atentar para os acórdãos do TCU acerca da matéria, bem como para o teor da recente Decisão Normativa nº TCU-189/2020.

Já no que tange aos Tribunais de Contas que não possuem autorização em seus respectivos arcabouços normativos, afigura-se recomendável, ou mesmo “imperioso” (FERNANDES, 2016, p. 392), o estudo de propostas com vistas à positivação da modalidade executória em comento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATRICON. Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. **Resolução nº 11, de 30 de novembro de 2018**. Aprova as Diretrizes de Controle Externo Atricon 3220/2018 relacionadas à temática “Acompanhamento das decisões dos Tribunais de Contas”. Brasília, DF: ATRICON, 2018. Disponível em: <http://qatc.atricon.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Resolucao-Atricon-11-2018-Diretrizes-3220-Acompanhamento-decisoes.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

ATRICON. **Diagnóstico dos Tribunais de Contas do Brasil**. Brasília: ATRICON, 2013. Disponível em: http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2013/07/ATRICON_-_Diagnostico-Digital.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

ATRICON. **Avaliação dos Tribunais de Contas: MMD-TC 2017**. Brasília: ATRICON, 2017. Disponível em: <http://qatc.atricon.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Resultados-MMD-TC-2017-vers%C3%A3o-sintetica.pdf>. Acesso em 30 set. 2020.

ATRICON. **Manual de Procedimentos do Marco de Medição do Desempenho dos Tribunais de Contas (MMD-TC)**. Brasília: ATRICON, 2019(a). Disponível em: <http://qatc.atricon.org.br/mmd-tc/mmd-tc-edicoes-anteriores/>. Acesso em: 30 set. 2020.

ATRICON. **Avaliação dos Tribunais de Contas: MMD-TC 2019**. Brasília: ATRICON, 2019(b). Disponível em: <http://qatc.atricon.org.br/wp-content/uploads/2015/04/apresenta%C3%A7%C3%A3o-MMD-TC-ciclo-2019-XXX-Congresso-da-Atricon-I-Congresso-Internacional-dos-TCs-13-11-2019-prezi.pdf>. Acesso em 30 set. 2020.

BAHIA. **Lei Complementar Estadual nº 5, de 4 de dezembro de 1991**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado da Bahia e dá outras providências. Diário Oficial do Estado da Bahia: Salvador, 5 dez. 1991. Disponível em: <http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-complementar-no-005-de-04-de-dezembro-de-1991>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União: Brasília, 12 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, 17 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm#:~:text=Lei%20N%C2%BA%208.443%2C%20DE%2016%20DE%20JULHO%20DE%201992.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20Lei%20Org%C3%A2nica,Uni%C3%A3o%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997**. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, 11 set. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9492.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002**. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, 22 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão Normativa nº 19, de 24 de junho de 1998**. Aprova procedimentos destinados à viabilização do ressarcimento ao erário, mediante desconto em folha de pagamento, de débitos ou multas apurados em Acórdãos Condenatórios do Tribunal de Contas da União. DOU, 29 jun. 1998. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*NUMATO%253A19%2520NUMANOATO%253A1998/score%2520desc/0/%2520?uid=6b9a3b90-f830-11ea-b933-17ec22270721. Acesso em 30 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Segunda Câmara). **Acórdão nº 1778/2012**. Tomada de contas especial. Convênio entre a FUNASA e o município de Caroebe/RR. Acórdão 3379/2011 - 2ª câmara. Determinação ao INCRA para recolhimento do débito e da multa nos vencimentos do responsável. Embargos de declaração opostos pela União. Ilegitimidade. Ausência de erro, omissão, obscuridade ou contradição. Não conhecimento. Relator: Min. Augusto Sherman, 20 mar. 2012. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1778%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520?uuid=15683f80-0661-11eb-8d90-297*8dde1bb2. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Primeira Câmara). **Acórdão nº 1960/2014**. Tomada de contas especial. Condenação em débito dos responsáveis. Descontos em folha de pagamento insuficientes para quitação da dívida. Determinação para suspensão dos descontos e instauração de cobrança executiva. Relatora: Min. Ana Arraes, 13 mai. 2014(a). Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1960%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520?uuid=345c90e0-0728-11eb-99ca-3d6d5e617aa6. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1658/2015**. Consulta. Recursos de pedidos de reexame. Conhecimento em caráter excepcional. Possibilidade de inscrição das decisões do tribunal que resultem na imputação de débito e multa em dívida ativa. Ato discricionário do órgão responsável pela execução dos créditos oriundos dos acórdãos do TCU. Impossibilidade de disciplinamento da matéria por parte do tribunal. Recursos parcialmente providos. Relator: Min. Benjamin Zymler, 8 jul. 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1658%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=1cd0edb0-074e-11eb-b19f-236ca0f024ed. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Boletim de Jurisprudência nº 193/2017**. Enunciado: A determinação para o desconto integral ou parcelado de dívida na remuneração de responsável somente pode ser dirigida a servidor regido pela Lei nº 8.112/1990. Publicado em: 23 out. 2017(b). Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/%2522desconto%2520integral%2520ou%2520parcelado%2522/PUBLICACAO%253A%2522Boletim%2520de%2520Jurisprud%252C%2520Ancia%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/%2520?uuid=42a95390-f7a1-11ea-8d0d-4db7947492be>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2193/2017**. Tomada de Contas Especial instaurada pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS) em razão da não comprovação da boa e regular aplicação dos valores monetários disponibilizados por meio de convênio que teve por objeto a construção de unidade de saúde em Macapá/AP (2ª etapa da construção do hospital do câncer). Análise das respostas às citações e às audiências. Relator: Min. Benjamin Zymler, 4 out. 2017(c). Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2193%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=bee1fe20-0689-11eb-8315-c7279f494426. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1486/2017**. Representação que objetiva a orientação à Segecex, quanto a propostas de cobrança de débitos, com fundamento no art. 28 da LOTCU, feitas nas instruções de suas unidades técnicas. Relatora: Min. Ana Arraes, 12 jul. 2017(d). Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1486%2520ANOACORDAO%253A2017%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%252C%2520Aria%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2827/2020**. Processo administrativo que trata de proposta de Decisão Normativa acerca dos procedimentos destinados à viabilização do ressarcimento ao erário, mediante desconto em folha de pagamento, de multas ou débitos aplicados por acórdãos proferidos pelo Tribunal de Contas da União, em substituição à Decisão Normativa-TCU nº 19, de 24/6/1998. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 21 out. 2020(c). Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/COLEGIADO:%28%22Plen%252C%2520Aria%2522%29%20NUMACORDAO:2827%20ANOACORDAO:2020/DTRELEVANCIA%20desc.%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão Normativa nº 189, de 21 de outubro de 2020**. Aprova os procedimentos destinados à viabilização do ressarcimento ao erário, mediante desconto em folha de pagamento, de multas ou débitos aplicados por acórdãos proferidos pelo Tribunal de Contas da União.

Boletim do TCU nº 198, de 23 out. 2020(d). Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*TIPO:%22Decis%C3%A3o%20Normativa%22%20NUMATO:189%20NUMANOATO:2020/DTRELEVANCIA%20desc.NUMATO%20desc/0/%20. Acesso em 12 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Tese Repetitiva nº 777**. Informativo de Jurisprudência n. 643, 29 mar. 2019 (a). Certidão da Dívida Ativa - CDA. Protesto. Possibilidade. Art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.492/1997 com a redação da Lei n. 12.767/2012. Legalidade. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ramosdedireito/informativo_ramos_2019.pdf. Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **REsp n. 1801946/RS**. Julgamento: 14 mai. 2019. Publicação: 28 mai. 2019 (b). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=94931046&num_registro=201900641533&data=20190529&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **MS 24.544**. Decorrendo o desconto de norma legal, despicienda é a vontade do servidor, não se aplicando, ante o disposto no artigo 45 da Lei nº 8.112/90 e no inciso I do artigo 28 da Lei nº 8.443/92, a faculdade de que cuida o artigo 46 do primeiro diploma legal - desconto a pedido do interessado. Relator: Min. Marco Aurélio, 4 out. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86159>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **MS 25.643**. O desconto em folha decorrente de norma legal, como o previsto no art. 28, I, da Lei 8.443/1992, não depende de aquiescência do servidor. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2 ago. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626702>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **MS 31.914 AgR**. Possibilidade de desconto, na remuneração do servidor público responsável, da dívida apurada – existência de expressa autorização legal (Lei nº 8.443/92, art. 28, inciso i). Relator: Min. Celso de Mello, 26 ago. 2014(b). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7147665>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI 5.135**. O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/1997, inserido pela Lei nº 12.767/2012, que inclui as Certidões de Dívida Ativa - CDA no rol dos títulos sujeitos a protesto, é compatível com a Constituição Federal, tanto do ponto de vista formal quanto material. Relator: Min. Roberto Barroso, 9 nov. 2016(a). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14308771>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **MS 30.248 AgR**. A Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) autoriza o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos (art. 28, I). Não obstante, fixado o percentual do desconto pelo TCU, a sua majoração exige a observância prévia do contraditório e da ampla defesa. Relator: Min. Roberto Barroso, 7 out. 2016(b). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11916685>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **MS 34.648 AgR**. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial. Ressarcimento ao erário. Desconto em folha. Art. 28, I, da Lei 8.443/1992. Possibilidade. Precedentes do STF. Relator: Min. Gilmar Mendes, 23 jun. 2017(a). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13119489>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 768**. Repercussão Geral: Boletim, v. 1 n. 1, fev.-jul. 2013. Legitimidade ativa para a propositura de ação executiva decorrente de condenação patrimonial imposta por Tribunais de Contas. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoRG/anexo/Repercussao_Geral_4_web.pdf. Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 899**. Repercussão Geral: DJE nº 157, 23 jun. 2020(a). Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>. Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em número - 2020**. Brasília: CNJ, 2020(b). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

COUTINHO, Doris de Miranda. **O ovo da serpente**: as razões que levaram a corrupção a se alastrar pelo Brasil, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: Coleção Jacoby de Direito Público**. v. 3. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1648/1705/7432>. Acesso em: 30 set. 2020.

FRANCO, Marcelo Veiga. **A cobrança extrajudicial de dívida ativa como meio de enfrentamento do 'gargalo' das execuções Fiscais**. Brasília: Revista CNJ, v. 3, n. 1, p. 65-73, jan/jun. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/33/3>. Acesso em: 17 ago. 2020.

FURTADO, Lucas Rocha. **As Raízes da Corrupção No Brasil: Estudos de Casos e Lições para O Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Pág. 104. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1322/1371/3343>. Acesso em: 16 ago. 2020.

MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Projeto Execução Fiscal Eficiente**. Minas Gerais: TJ/RS, 11 abr. 2017. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/acoes-e-programas/execucao-fiscal-eficiente.htm#X3ovFWHkjlU>. Acesso em: 30 set. 2020.

NASCIMENTO. Rodrigo Melo do. **A execução judicial das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas**. Brasília, Revista do TCU, set/dez. 2012. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZTGriNzuxKUJ:https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/111/108+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 30 set. 2020.

OLIVEIRA, Raphael Maués; D'OLIVEIRA, Paula Melo e Silva. **Perspectivas presentes e futuras para a busca da efetividade das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas**: o monitoramento das ações pós-julgamento e a atuação em rede. Revista Técnica dos Tribunais de Contas, ano 4, n. 1, nov. 2019. Curitiba: Instituto Rui Barbosa, 2019. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/wp-content/uploads/2020/04/RTTC-ano4.pdf>. Acesso em 30 set. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado. Diretoria de Comunicação Social. **Protesto em cartório de sanções do TCE leva R\$ 196 mil a caixa de prefeituras em setembro**. Paraná: TCE/PR, 13 out. 2014. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/protesto-em-cartorio-de-sancoes-do-tce-leva-r-196-mil-a-caixa-de-prefeituras-em-setembro/2806/N>. Acesso em: 30 set. 2020.

QUEIROZ E SILVA, Jules Michelet Pereira. **Execução fiscal**: eficiência e experiência comparada. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema20/2016_12023_execucao-fiscal-eficiencia-e-experiencia-comparada-jules-michelet. Acesso em: 29 set. 2020.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Contas. **Resolução nº 13, de 24 de setembro de 2015**. Dispõe sobre a regulamentação da execução das decisões proferidas no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, que imponham multa e/ou ressarcimento ao erário. Disponível em: http://www.tce.rn.gov.br/as/Legislacao_site/download/resolucoes_tce_rn/Resolu%C3%A7%C3%A3o_0132015_Disp%C3%B5e_sobre_a_execu%C3%A7%C3%A3o_das_decis%C3%B5es_TCERN_multaressarcimento.pdf. Acesso em 30 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Procuradoria Geral do Estado. **Protesto de certidões de multas impostas pelo TCE evitou a judicialização em 70% dos casos**. Rio Grande do Sul: PGE/RS, 10 abr. 2019. Disponível em: <https://www.pge.rs.gov.br/protesto-de-certidoes-de-multas-impostas-pelo-tce-evitou-a-judicializacao-em-70-dos-casos>. Acesso em: 30 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas. **Cartilha de Racionalização da Cobrança da Dívida Ativa Municipal**. Rio Grande do Sul: TCE/RS, dez. 2014. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/destaques/doc/Cartilha_racionalizacao_dez_2014.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

SANTA CATARINA. **Lei Estadual nº 202, de 15 de dezembro de 2000**. Institui a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e adota outras providências. Diário Oficial do Estado de Santa Catarina:

Florianópolis, 15 dez. 2000. Disponível em: http://leis.alesec.sc.gov.br/html/2000/202_2000_lei_complementar.html. Acesso em: 30 set. 2020.

SANTA CATARINA. **Lei Estadual nº 15.856, de 2 de agosto de 2012**. Institui o Programa Catarinense de Revigoração Econômico (REVIGORAR IV), dispõe sobre a transação de créditos tributários inscritos em dívida ativa, altera as Leis nº 3.938, de 1966, nº 5.983, de 1981, nº 10.297, de 1996, e nº 13.342, de 2005, e adota outras providências. Diário Oficial do Estado de Santa Catarina: Florianópolis, 3 ago. 2012. Disponível em: http://leis.alesec.sc.gov.br/html/2012/15856_2012_lei.html. Acesso em: 30 set. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. **Resolução nº 112, de 20 de maio de 2015**. Disciplina a constituição de processo administrativo eletrônico de acompanhamento de cobrança a cargo dos órgãos e entidades responsáveis pela execução das deliberações condenatórias emitidas pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e dá outras providências. Diário Oficial do TCE/SC, 25 mai. 2015 (a). Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/content/resolucao-n-tc-1122015>. Acesso em 30 set. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. **Resolução nº 114, de 27 de maio de 2015**. Atualiza o valor máximo da multa a que se refere o art. 70 da Lei Complementar n. 202/2000. Diário Oficial do TCE/SC, 3 jun. 2015 (b). Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/content/resolucao-n-tc-1142015>. Acesso em 30 set. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. **Servidores do TCE/SC participam de publicação sobre racionalização da cobrança fiscal**. Santa Catarina: TCE/SC, 22 set. 2020(a). Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/servidores-do-tcesc-participam-de-publicacao-sobre-razionalizacao-da-cobranca-fiscal>. Acesso em: 30 set. 2020.

SANTA CATARINA. Ministério Público de Contas. **Relatório anual de atividades**: Núcleo de Monitoramento das Ações do Ministério Público de Contas e das Decisões do Tribunal de Contas (NUMAD). Santa Catarina, dez. 2019.

SANTA CATARINA. Ministério Público de Contas. **Ata de Reunião do Colégio de Procuradores**. Aprova proposta de inclusão, nos pareceres ministeriais, da sugestão de determinação de desconto em folha das dívidas decorrentes de decisões condenatórias do TCE/SC, nos termos do item “c” da conclusão do estudo realizado nos autos. Diário Oficial do Tribunal de Contas de Santa Catarina nº 2937, 15 jul. 2020(b). Disponível em: <http://consulta.tce.sc.gov.br/Diario/dotc-e2020-07-15.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

EXTRAFISCALIDADE E O FUTEBOL: AS NORMAS EXTRAFISCAIS NO FUTEBOL E A LEI 13.155/15 (PROFUT)***EXTRAFISCALITY AND SOCCER: EXTRAFISCAL NORMS IN SOCCER AND THE LAW 13.155/15 (PROFUT)***Victor Guilherme Esteche Filho¹**RESUMO**

Os clubes de futebol são devedores tributários há décadas. A Lei 13.155/15, conhecida como Profut, estabeleceu o Programa de Modernização da Gestão e de Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro, que concedeu a possibilidade aos clubes de futebol de aderirem à um parcelamento sob condições específicas. Essas condições visam promover o profissionalismo, transparência e responsabilidade financeira nos clubes. Esta norma, portanto, gera efeitos extrafiscais, uma vez que influencia no gerenciamento dos clubes de modo peculiar. Assim, foi-se estudado a finalidade e natureza da norma extrafiscal, esta que é regida pelo princípio geral do bem comum, e pelos princípios específicos da carência e do mérito. Compreendeu-se também que a legitimidade que pauta o poder estatal de gerar efeitos na gestão dos clubes, advém de previsão constitucional atinente ao dever de fomento do desporto, em que se enquadra o futebol, bem como o entendimento deste ser patrimônio cultural do Brasil. Ademais, foi feito um panorama crítico da eficiência e igualdade do Profut, em que se constatou a ineficiência histórica do parcelamento e a possível violação do princípio da igualdade quando se concede benefícios fiscais para gestões temerárias. Todavia, é em razão disso que as condições disciplinares sobre o gerenciamento financeiro dos clubes é uma boa inovação, bem como o tratamento diferenciado advém do cumprimento da norma programática constitucional que disciplina o incentivo ao desporto. Por fim, conclui-se que por meio da implementação da norma extrafiscal de mérito o governo obteve efeitos fiscais positivos.

PALAVRAS-CHAVE: Extrafiscalidade. Futebol. Lei 13. 155/15. Profut. Brasil.

ABSTRACT

Soccer clubs have been tax debtors for decades. Law 13.155/15, known as Profut, established the Program for the Modernization of Management and Fiscal Responsibility for Brazilian Football, which granted the possibility for football clubs to join an installment under specific conditions. These conditions aim to promote professionalism, transparency and financial responsibility in clubs. This rule, therefore, generates extra-fiscal effects, since it influences the management of clubs in a peculiar way. Thus, the purpose and nature of the extrafiscal rule was studied, which is governed by the general principle of the common good, and by the specific principles of need and merit. It was also understood that the legitimacy that guides

¹ Acadêmico do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). E-mail: victorgesteche@gmail.com.

the power of the state to generate effects in the management of clubs comes from a constitutional provision related to the duty to promote sport, in which soccer fits, as well as the understanding of this being a cultural heritage of Brazil. In addition, a critical overview of Profut's efficiency and equality was made, in which the historical inefficiency of the installments was verified and the possible violation of the principle of equality when granting tax benefits for reckless management. However, it is because of this that the disciplinary conditions in the financial management of clubs is a good innovation, as well as the differential treatment for clubs comes from the fulfillment of the constitutional programmatic rule that disciplines the incentive to sport. Finally, it is concluded that through the implementation of the extrafiscal merit rule, the government obtained positive tax effects.

KEYWORDS: Extrafiscality. Soccer. Law 13.155/15. Profut. Brazil.

1. INTRODUÇÃO

A história aponta que as dívidas tributárias e os clubes de futebol no Brasil andam juntos há um bom tempo. A fim de resolver esta questão e obter os créditos tributários, os governos ao longo dos anos passaram a adotar medidas para ajudar os clubes a recolherem os impostos e estabelecerem uma saúde financeira do ponto de vista fiscal.

Nos últimos trinta anos, pode-se destacar algumas medidas que demonstram a relação do Fisco com os clubes de futebol. Em 1994, houve uma renegociação das dívidas tributárias. Mais adiante, foi publicada a Lei 9.964/2000, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal – Refis, parcelamento concedido aos clubes sob o intuito de regularizar os créditos da União.

Nos anos seguintes, em 2006, foi tomada medida arrojada pelo governo ao implementar, mediante a Lei 11.345/2006, uma loteria que utiliza os brasões dos clubes, sendo voluntária a participação desses, em que parte da verba é repassada aos clubes participantes, a chamada Timemania, executada pela Caixa Econômica Federal. Em conjunto, caso aderissem ao Timemania, os clubes teriam direito a novo parcelamento.

Em 4 de agosto de 2015 foi sancionada a Lei 13.155/15, originada pela Medida Provisória 671/15, que implementou novo programa de parcelamento das dívidas tributárias dos clubes de futebol. Nesse sentido, a lei em comento instituiu o Programa de Modernização da Gestão e Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro (Profut), sob o objetivo de modernizar os clubes por meio da promoção da “gestão transparente e democrática e o equilíbrio financeiro das entidades desportiva profissionais do futebol”.¹

¹ BRASIL. **Lei n 13.155, de 04 de agosto de 2015.** Estabelece princípios e práticas de responsabilidade fiscal e financeira e de gestão transparente e democrática para entidades desportivas profissionais de futebol; institui parcelamentos especiais para recuperação de dívidas pela União, cria a Autoridade Pública de Governança do Futebol - APFUT; dispõe sobre a gestão temerária no âmbito das entidades desportivas profissionais; cria a Loteria Exclusiva - LOTEEX; altera as Leis n.º 9.615, de 24 de março de 1998, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.671, de 15 de maio de 2003, 10.891, de 9 de julho de 2004, 11.345, de 14 de setembro de 2006, e 11.438, de 29 de dezembro de 2006, e os Decretos-Leis n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941, e 204, de 27 de fevereiro de 1967; revoga a Medida Provisória n.º 669, de 26 de fevereiro de 2015; cria programa de iniciação esportiva escolar; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 5 de agosto de 2015.

Nessa vertente, o artigo se propõe a analisar a concessão do benefício fiscal em sua legitimidade extrafiscal, ou seja, detectar os princípios que permitem o tratamento notadamente diferenciado que o Fisco tem concedido aos grandes devedores tributários que são os clubes de futebol.

Por conseguinte, analisar com que legitimidade o governo se pauta para estabelecer condições ao parcelamento que adentram a gerência dos clubes de futebol, extrapolando a natureza comum das condições para a concessão de benefícios fiscais.

Por fim, verificar a existência de conflito entre princípios, notadamente, da capacidade contributiva e equidade, bem como eficiência, sob a luz dos princípios que regem as normas com intuito extrafiscal no âmbito do futebol brasileiro.

2. A NORMA EXTRAFISCAL: FINALIDADE E NATUREZA

Para compreender como o Profut produz efeitos extrafiscais é necessário primeiro compreender o que a literatura especializada denomina norma extrafiscal, bem como os princípios que a regem e quando e como podem ser aplicadas, outrossim, a finalidade e a natureza das normas extrafiscais.

A finalidade da norma que pretende produzir efeitos extrafiscais se encerra nas categorias de normas e suas finalidades específicas. De acordo com Klaus Tipke, são elas: normas de finalidade fiscal; normas de finalidade social e extrafiscal ou indutora; normas de simplificação.²

Assim, cabe uma breve exposição acerca dessa classificação. As normas de simplificação visam facilitar aspectos procedimentais da aplicação do Direito Tributário, bem como assegurar a eficácia de princípios constitucionais, como o recolhimento, previsibilidade, certeza, segurança jurídica e a exequibilidade do tributo. Estas mudanças podem ocorrer em virtude de motivos técnicos e econômicos a fim da simplificação procedimental de modo geral.

Já as normas de finalidade fiscal são as que cumprem com a razão de ser do tributo: o recolhimento de receita para o Estado a fim do investimento em obras, em sentido amplo, para a satisfação das necessidades coletivas. Conforme a Constituição Federal, devem obedecer aos princípios expressos da capacidade contributiva (art. 145, § 1º), igualdade (art. 150, inciso II) e legalidade (art. 150, inciso I), dentre outros.³

Assim, para Tipke, as normas com função fiscal possuem duas finalidades: arrecadar ao ente de direito público as receitas necessárias e distribuir a carga fiscal na sociedade de modo justo e adequado.

Ademais, no que tange as normas tributárias de finalidade social, extrafiscal ou indutora, estas não detêm como objetivo principal a arrecadação. Também, embora

2 ROTHMANN, Gerd Willi. **Natureza, finalidade, interpretação e aplicação das normas tributárias extrafiscais - conceitos de lucro da operação e de resultado operacional** - Classificação dos aluguéis como receita operacional. Revista Direito Tributário Atual, São Paulo: Dialética, v. 23, p. 194, 2009.

3 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

possa ser concomitante, não é objetivo principal a simplificação, mas sim o incentivo, por meio de ações do Estado, de objetivos inseridos no contexto das políticas sociais, de cunho econômico, cultural, ambiental, sanitário ou mesmo a própria distribuição de renda.⁴

Ressalta-se que muito embora as normas extrafiscais não possuam como direção única a arrecadação, por vezes retirando a receita do escopo do tributo, tratam-se de normas tributárias por serem instituídas em decorrência do poder de tributar e não do poder de polícia, portanto, obedecem aos princípios aplicados às demais normas tributárias.

Por outro lado, não é completo tratar a norma extrafiscal como dispositivo incólume do Direito Tributário, visto que esta busca justamente produzir efeitos para além desta seara, adentrando no âmbito social e econômico. Assim, assomam-se aos princípios tributários os princípios do Direito Econômico e Social, pois “sobre a relação entre tributação e Ordem Econômica, deve-se ponderar que a primeira não é um corpo estranho a última, mas parte dela e por isso deve estar em coerência com a Ordem Econômica”.⁵

Deste modo, a extrafiscalidade pode ser definida como a “aplicação das leis tributárias, visando precipuamente a modificação do comportamento dos cidadãos, sem considerar seu rendimento fiscal”. Ainda, Tipke também observa duas finalidades às normas extrafiscais, proporcionar às pessoas (físicas ou jurídicas) os recursos destinados a elas, bem como distribuir adequadamente os recursos entre as pessoas contempladas.

Para Joachim Lang, as normas extrafiscais se justificam em razão de um princípio geral e se aplicam, de acordo com o caso concreto, em decorrência de dois princípios específicos. O princípio geral é o princípio do bem comum, já os específicos, são o princípio da carência e o princípio do mérito.⁶

O princípio do bem comum é correspondente ao princípio da solidariedade, este que versa sobre a distribuição justificável da carga tributária, uma vez que o cidadão é responsável pelo bem comum. Do mesmo modo, a norma extrafiscal deve atender ao bem comum, sob pena de infringir os princípios da capacidade contributiva e da igualdade.

Já o princípio da carência deve observar e ser conjugado junto à uma carência específica, ou seja, a incapacidade contributiva do sujeito passivo em determinado recorte social. Por este motivo, o princípio da carência atrelado à norma extrafiscal não deve ser confundido com a isenção concedida àqueles que desproveem de capacidade contributiva geral. Nesse sentido, não se confunde com a isenção dada à renda inferior ou igual ao mínimo existencial, tal como é o caso do Imposto de Renda, todavia, sabe-se que no Brasil esse mínimo não é respeitado.

4 ROTHMANN, Gerd Willi. *op. cit.*, p. 196.

5 SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 87.

6 ROTHMANN, Gerd Willi. **Natureza, finalidade, interpretação e aplicação das normas tributárias extrafiscais - conceitos de lucro da operação e de resultado operacional** - Classificação dos aluguéis como receita operacional. Revista Direito Tributário Atual, São Paulo: Dialética, v. 23, p. 196, 2009.

Em continuidade, o princípio do mérito é evocado para recompensar determinada conduta do sujeito passivo. Isto é, o Estado busca induzir certo comportamento de certo sujeito e, para isso, recompensa, mediante o uso dos incentivos fiscais, esta conduta. Nesse sentido, reforçamos o conceito por meio dos ensinamentos de Luis Eduardo Schoueri, as normas tributárias indutoras “tem o firme propósito de não deixar escapar a evidencia de, conquanto se tratando de instrumentos a serviços do Estado na intervenção por indução”⁷

Todavia, a norma extrafiscal pode induzir comportamentos por meio de estímulos negativos, ou seja, por meio de aumentos na carga tributária, podendo, então, a norma extrafiscal se apresentar por meio do agravamento ou beneficiamento, conforme discorre Sophia Nóbrega Câmara⁸:

O agravamento ocorre quando a norma torna mais gravosa a conduta indesejada, implicando, assim, em aumento de carga tributária. (...) O beneficiamento ocorre quando a norma tributária incentiva os contribuintes a adotar determinado comportamento desejado pelo legislador

Outrossim, Hely Lopes Meirelles define a extrafiscalidade nos seguintes termos⁹:

A extrafiscalidade é a utilização do tributo como meio de fomento ou de desestímulo a atividades reputadas convenientes à comunidade. É ato de política fiscal, isto é, de ação de governo para atingimento dos fins sociais através da maior ou menor imposição tributária

Portanto, conclui-se que a norma extrafiscal é aquela que não tem como objetivo central a arrecadação, mas sim a efetivação de determinados cenários sociais, sob a guia do princípio do bem comum, e que apresentará, conforme o caso, a flexão do princípio da carência ou do princípio do mérito, ou ambos, sendo possível a atuação não só calcada no beneficiamento, mas no agravamento, a fim do desestímulo de condutas.

3. O FUTEBOL E A EXTRAFISCALIDADE

Conforme visto, a extrafiscalidade é utilizado pelo Estado para a intervenção específica no âmbito econômico e social a fim de um bem comum para a coletividade, o que pode significar a concessão de benefícios ou o agravamento de impostos.

Para tanto, este poder de tributar não pode ser direcionado a qualquer área da sociedade, bem como a qualquer conduta, a área e a conduta devem atender aos princípios do bem comum em concomitância com as normas constitucionais programáticas.

Nesse sentido, a Constituição direciona a organização do Estado para a efetivação dessas normas e princípios norteadores, sendo que, dentre esses, pode-se destacar:

7 SCHOUEIRI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 40.
8 CÂMARA, Sophia Nóbrega. **A Extrafiscalidade à luz do sistema constitucional brasileiro**. Jus Navigand, Teresina, ano 18 (revista/edições/2013). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23585/a-extrafiscalidade-a-luz-do-sistema-constitucional-brasileiro>>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

9 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 57.

a proteção do princípio da propriedade privada e da função social da propriedade (art. 5º, *caput*; arts. 156, I e 153, VI); princípio da livre concorrência (arts. 173 e 174; arts. 146-A e 149); princípio da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII); promoção do pleno emprego (art. 170, VIII; art. 195, inciso I e §9º) e a redução das desigualdades regionais e sociais (arts. 3º e 151, inciso I).

Portanto, o desporto, gênero em que se insere o futebol, deve ter este peso de bem comum para a coletividade, inserido na lógica das normas programáticas, que justifique a concessão de benefícios fiscais por parte do Estado.

Nesse tocante, a Constituição Federal possui uma seção própria para o desporto, a Seção III, art. 217, que assim disciplina:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

Logo no *caput* vê-se esse caráter programático da norma, visto que estabelece o dever ao Estado de “fomentar práticas desportivas formais e não-formais”, ou seja, as práticas desportivas educacionais, recreativas, amadoras e profissionais.

Da análise dos incisos, percebe-se os contornos que o conceito de fomento adquire, quando no inciso II é citada mesmo a destinação prioritária de recursos públicos para o desporto com fins educacionais, mas também para o desporto de alto rendimento.

O inciso IV disciplina “a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional”, a interpretação desta norma pode se direcionar aos desportos “inventados” no Brasil, sob uma perspectiva estrita, mas sob uma visão abrangente, pode-se considerar que os clubes de futebol, por exemplo, por se enquadrarem de modo amplo ao inciso mencionado, devem ser protegidos e incentivados.

Doutro vértice, soma-se a visão de que o desporto é uma prática que deve ser fomentada pelo Estado e, portanto, o futebol também, a concepção de que o desporto, e se fora para pontuar em específico, o futebol, é patrimônio cultural da nação.

Para tanto, deve-se observar o que a Constituição aponta como passível de ser patrimônio cultural brasileiro, conforme o art. 216:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Da análise do artigo em comento, percebe-se que houve o reconhecimento da dimensão imaterial do patrimônio cultural. Em nossa doutrina é reconhecido que o desporto adentra à essa conjuntura a que se refere o patrimônio cultural, sendo direito difuso da sociedade, vide as lições de Bastos¹⁰:

Não temos dúvida em afirmar que a questão desportiva, em nosso País, é, pois, seguramente, cultural. Contudo, mais do que isso, é de índole difusa. Por efetivamente atingir uma gama de pessoas juridicamente indeterminada, não pode a sociedade, ela mesma, mover-se para a proteção de tais interesses. No passado não havia mesmo qualquer espécie de tutela desses interesses. Atualmente, surge tanto o Ministério Público como entidades civis, aos quais reconhece-se a legitimidade para proporem em juízo a proteção de tais interesses. Neste sentido, pois, seria mais adequado tratá-los de direitos difusos.

Portanto, a ilação derivada da inclusão do desporto como patrimônio cultural é que o futebol também o é, nas linhas de Júnior¹¹:

Os reticentes em relação a patrimonialização do futebol denunciam a sua futilidade e mesmo nocividade por pretensamente anestesiarem o espírito crítico, afastar os indivíduos da reflexão e da contestação, dificultar as transformações políticas e sociais. É verdade que o futebol não é realidade em si, mas fuga do real, representação imaginária. Ele, contudo, não se diferencia nisso do cinema, do teatro, da literatura e das artes em geral. Assim como essas formas culturais, o futebol expressa, repensa e reconstrói idealmente a sociedade, ainda que à sua maneira, em outro registro, com instrumentos próprios.

O futebol chega a figurar até na lista de “Patrimônio Desportivo Histórico da Humanidade”, sendo em verdade o primeiro a ser inserido. No âmbito mátrio é inegável que o futebol deve ser fomentado, protegido e incentivado, pois se trata de prática que o Estado deve efetivar e é patrimônio cultural, exacerbado pela sua presença pujante na sociedade na sociedade brasileira, sendo marca cultural do povo brasileiro, cuja proteção e fomento deve ser visto como bem comum, para finalizar, nas palavras de Silva¹²:

10 BASTOS, Celso. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 269.

11 JÚNIOR, Franco Hilário. **A dança dos deuses**. Futebol, sociedade, cultura. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 394.

12 SILVA, Márcia Santos da. **Interesse público e regulação estatal do futebol no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 176.

Na verdade, é a ojeriza e o preconceito para com o inegável interesse público que permeia a prática profissional do futebol, que promovem discursos em defesa de seu completo afastamento de qualquer ingerência estatal e, não o contrário. Negar a natureza jurídica de direito social ao desporto e ao futebol especialmente, contestar que o mesmo seja parte integrante do patrimônio cultural brasileiro, na qualidade de evidente forma da expressão alusiva à identidade e memória dos grupos formadores da sociedade brasileira, é que se traduz em exegese forçada do texto constitucional, se não para empresar palavras ao legislador constituinte, mas para ignorar o sentido daquelas expressamente utilizadas.

Diante do exposto, resta evidente que a norma extrafiscal pode se direcionar ao futebol, seja por meio de concessão de benefícios fiscais para que a prática do desporto seja protegida, seja mediante a imposição de condições, sob a égide do princípio do mérito, para a manutenção dos benefícios, condições essas que podem expressar a otimização do futebol dado o contexto a fim da saúde social da coletividade.

4. O PROFUT: QUESTÕES GERAIS, CRÍTICAS E PONDERAÇÕES

O Programa de Modernização da Gestão e de Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro (Profut) foi positivado pela Lei 13.155/2015, resultado da conversão da Medida Provisória 671/2015 em lei, e estabelece;

“Princípios e práticas de responsabilidade fiscal e financeira e de gestão transparente e democrática para entidades desportivas profissionais de futebol; institui parcelamentos especiais para recuperação de dívidas pela União, cria a Autoridade Pública de Governança do Futebol - APFUT; dispõe sobre a gestão temerária no âmbito das entidades desportivas profissionais; cria a Loteria Exclusiva - LOTEEX;”

A medida legal visa a concessão do benefício fiscal do parcelamento. O art. 3º disciplina os documentos iniciais a fim da adesão do programa:

- I – estatuto social ou contrato social e atos de designação e responsabilidade de seus gestores;
- II – demonstrações financeiras e contábeis, nos termos da legislação aplicável; e
- III – relação das operações de antecipação de receitas realizadas, assinada pelos dirigentes e pelo conselho fiscal

Todavia é no art. 4º que a lei adentra em aspectos mais específicos do cuidado dos clubes e, dentre os dez incisos e quatro parágrafos, podem ser destacados, os incisos I e VII, pela exigência de que o tratamento econômico relativo aos profissionais seja hígido. Também, os incisos II e III, que impõem um regime democrático para o gerenciamento dos clubes, e os incisos IV, V e VI, dispõem acerca das práticas probas e responsáveis de planejamento de gerenciamento não apenas fiscal, mas também financeiro e legal, relativos à outras áreas que envolvem a gestão de um clube, veja-se:

- I - regularidade das obrigações trabalhistas e tributárias federais correntes, vencidas a partir da data de publicação desta Lei, inclusive as retenções legais, na condição de responsável tributário, na forma da lei;
- II - fixação do período do mandato de seu presidente ou dirigente máximo e demais cargos eletivos em até quatro anos, permitida uma única recondução;
- III - comprovação da existência e autonomia do seu conselho fiscal;
- IV - proibição de antecipação ou comprometimento de receitas referentes a períodos posteriores ao término da gestão ou do mandato, salvo:
 - a) o percentual de até 30% (trinta por cento) das receitas referentes ao 1º (primeiro) ano do mandato subsequente; e
 - b) em substituição a passivos onerosos, desde que implique redução do nível de endividamento;
- V - redução do déficit, nos seguintes prazos:
 - a) a partir de 1º de janeiro de 2017, para até 10% (dez por cento) de sua receita bruta apurada no ano anterior; e
 - b) a partir de 1º de janeiro de 2019, para até 5% (cinco por cento) de sua receita bruta apurada no ano anterior;
- VI - publicação das demonstrações contábeis padronizadas, separadamente, por atividade econômica e por modalidade esportiva, de modo distinto das atividades recreativas e sociais, após terem sido submetidas a auditoria independente;
- VII - cumprimento dos contratos e regular pagamento dos encargos relativos a todos os profissionais contratados, referentes a verbas atinentes a salários, de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, de contribuições previdenciárias, de pagamento das obrigações contratuais e outras havidas com os atletas e demais funcionários, inclusive direito de imagem, ainda que não guardem relação direta com o salário;

Não obstante, diversas críticas foram proferidas à Lei 13.155/2015, sobretudo em relação à exigência de que os clubes atendam uma diminuição do déficit nos termos do art. 4º, inciso V. Porquanto, na lógica financeira do futebol, as receitas não são fixas, mas apenas projetadas. Por outro lado, as despesas são fixas, de tal modo que o déficit não pode ser prometido, somente desejado.¹³

Segue a mesma esteira todas as exigências relativas à percentuais exatos no âmbito financeiro, em razão dessa imprevisibilidade econômica desportiva. Situa-se nesse bojo o comprometimento de oferta de ingressos a preços populares, por exemplo, contida no art. 4º, inciso X, alínea "a", além da crítica acerca da indefinição de quanto seria o valor de um ingresso considerado popular.

Outro ponto que é contestado é o efeito gerado a partir da rescisão do parcelamento, que proíbe o clube de receber outro benefício fiscal ou repasse governamental. Talvez esta medida vise coibir a ineficiência histórica dos parcelamentos, questão que é levantada em relação ao próprio parcelamento em análise.

Soma-se ao arcabouço crítico ao Profut duas questões de ordem principiológica: a eficiência e a igualdade. No que tange ao princípio da eficiência, a crítica pode ser

13 FACURY SCAFF, Fernando. **Futebol e finanças**: o Profut é bola na rede. Conjur. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-03/contas-vista-futebol-financas-profut-bola-rede-ou-trave>>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

aprofundada nos seguintes termos¹⁴:

Sob essa ótica, o Estado tem se apresentado ineficiente na sua busca por eficiência. A edição de diferentes oportunidades para resolver a situação, reduzindo a dívida, acabou propagando a ideia de que novas medidas serão tomadas caso os clubes não paguem as dívidas. Isso é percebido pelas crescentes cobranças de débitos tributários desses clubes. A Administração Pública, logo, demonstra um comportamento ineficiente no processo de arrecadação e acaba reduzindo os recursos disponíveis para suas políticas públicas, o que é danoso, sobretudo, por conta do alto valor somado da dívida atual de todos os clubes. Percebe-se que a não arrecadação de tais dívidas promove uma redistribuição ineficiente, ou seja, um benefício em excesso por parte dos clubes desportivos, que pouco contribuem para as políticas públicas no fim das contas.

A eficiência da arrecadação fiscal a partir momento em que o crédito tributário é definitivamente constituído, qual seja, no ato do lançamento, advém da instauração da execução fiscal. Assim, todas as medidas processuais relativas à execução fiscal podem ser requeridas, qual seja, a penhora de bens.

Todavia, a eficiência não se resume a isso, visto que as execuções se aglomeram com o passar dos anos e o valor por vezes chega a ultrapassar o patrimônio do clube. Este cenário motiva as ações do governo em busca de resoluções: seja através da penhora de futuras rendas, ou de modo menos agressivo, a concessão de parcelamentos.

Deste modo, constata-se que historicamente a renegociação de dívidas e concessão de parcelamentos é uma opção adotada pela Administração Pública para arrecadar, todavia não têm logrado sucesso no adimplemento do tributo ao fisco, por isso o Profut seria uma via equivocada no sentido da eficiência da arrecadação.

Já no escopo do princípio da igualdade, a crítica advém da conjugação do princípio da capacidade contributiva com a realidade enfrentada pelos clubes brasileiros. Nesse sentido, no âmbito objetivo, horizontal, as normas tributárias relativas ao futebol profissional não apresentam características confiscatórias, pelo contrário, o regime dos clubes de futebol é muito menos oneroso, por exemplo, que de uma empresa comum. Sob o aspecto subjetivo, vertical, pode-se constatar que a gerência dos clubes direcionou os recursos de que dispunham para o adimplemento de outros pagamentos, deixando de lado os débitos fiscais.

Isto deveria ensejar, de fato, violação ao princípio da capacidade contributiva, pois se as receitas geradas em tese podem ser usadas para pagar os tributos, mas são direcionadas para a contratação de um jogador, por exemplo, a capacidade contributiva em verdade foi violada, porquanto havia pecúnia para o adimplemento fiscal, mas por escolha, não foi feito.

Em conjunto da ineficiência dos parcelamentos e da escolha dos clubes por não pagar os impostos, agrega-se negativamente a falta de sanções práticas, pois

14 MOREIRA PARADELA, Israel. **Dívida tributária dos clubes de futebol**: breves considerações. Revista Tributária e de Finanças Públicas. 2016 RTRIB, vol.131 (novembro – dezembro 2016), p. 7.

mesmo a sanção consistente na multa pecuniária perde a finalidade depois que a incapacidade financeira se instaurou.

Diante destas críticas é que as condições, impostas em lei, para a manutenção do benefício fiscal do parcelamento ganham força. Porquanto, se por um lado os parcelamentos são ineficientes porque os clubes optam por não pagar, gerando uma situação de desigualdade em relação aos outros ramos da sociedade, por outro, as condições criadas pelo Profut, a fim da transparência e responsabilidade financeira, parecem inovadoras e efetivamente boas.

Vale recordar que as situações, como o inadimplemento, devem ser sopesadas com as demais obrigações adquiridas pelo clube e que possuam até uma hierarquia maior que a relativa ao Fisco, como o salário dos jogadores e funcionários, por exemplo. Desse modo, generalizações relativas à incompetência ou não da direção dos clubes devem ser evitadas.

Outro ponto a ser elogiado, no meio da extrafiscalidade, são as exigências relativas aos preços populares dos ingressos, muito embora este dispositivo padeça de caráter genérico que pode afetar a sua eficácia. Outrossim, o mesmo inciso que disciplina a oferta dos ingressos a preços populares, X, art. 4º, determina que haja a manutenção de investimento mínimo na formação de atletas e no futebol feminino. Isto demonstra acuidade com o trabalho de criação e profissionalização dos atletas, bem como atenção muito necessária no meio do futebol à modalidade feminina, que no amálgama do machismo estrutural tanto da sociedade quanto do futebol passa sem o devido investimento e promoção.

Por fim, foi feito estudo acerca da eficiência das medidas implementadas pelo Profut e foi verificada uma melhora no desempenho financeiro dos clubes, no período de 2014 a 2015, veja-se¹⁵:

Os principais resultados indicam que com o advento do Profut os clubes melhoraram substancialmente seus resultados. Mesmo com os custos e despesas tendo um crescimento médio de 17% em relação a 2014, os clubes saíram de um déficit conjunto de mais de R\$ 350 milhões para um superávit de mais de R\$ 75 milhões. Sem os benefícios fiscais do programa apenas três clubes (Flamengo, Vasco da Gama e Palmeiras) fechariam o ano de 2015 com superávit, e o déficit acumulado, possivelmente, superaria o resultado auferido em 2014. Ressalta-se que três clubes (Corinthians, São Paulo e Cruzeiro) não evidenciaram em seus demonstrativos contábeis as receitas financeiras obtidas com a adesão ao Profut, limitando esse quesito da análise. Devido ao superávit em 2015 os clubes conseguiram manter o endividamento total nos mesmos patamares de 2014, ocorrendo uma pequena redução. Uma marca importante, levando-se em conta o aumento progressivo do endividamento nos últimos anos e o contexto macroeconômico de queda no PIB em nosso país. No entanto, apenas três clubes (Flamengo, Vasco da Gama e Internacional) conseguiram reduzir o

¹⁵ SIQUEIRA JUNIOR, Cícero Batista de; SANTOS OLIVEIRA, Neylane. **Futebol além das quatro linhas**: Os efeitos do profut na gestão econômico-financeira dos clubes do futebol brasileiro. Revista de Administração e Contabilidade. Faculdade Anísio Teixeira (FAT), Feira de Santana-Ba, v. 10, n. 3, p. 19-41, setembro/dezembro, 2018, p. 38.

nível de endividamento, essa redução foi em média de 18,6%. As Dívidas Fiscais, que em média representam 36% das dívidas totais dos clubes, obtiveram uma redução de 5%, sem os benefícios do Profut essas dívidas aumentariam em média 17%.

Deste modo, nota-se que o estigma da ineficiência dos parcelamentos dos créditos tributários no futebol pode ter sido, ao menos temporariamente, refutado mediante a atuação Estatal que, por meio da implementação da lei do Profut, estabeleceu condições de gerenciamento, profissionalização e transparência financeira, para a manutenção do benefício fiscal aos clubes da elite do futebol brasileiro.

5. CONCLUSÃO

Em 4 de agosto de 2015 foi sancionada a Lei 13.155/15, com o objetivo de conceder um parcelamento aos clubes de futebol, sob condições de manutenção do benefício que promovem a transparência, profissionalismo e saúde financeira dos clubes, a fim de dar cabo às dívidas tributárias historicamente fomentadas pelos clubes brasileiros.

Trata-se de uma norma extrafiscal justificada pelo princípio sobretudo do mérito, embora ocorra a aplicação do princípio da carência, com a finalidade de direcionar o desenvolvimento gerencial, a fim da saúde financeira e fiscal, dos clubes.

Assim, uma vez atendidas as condições impostas para a manutenção do benefício, clubes profissionais de futebol obtiveram resultados positivos no âmbito financeiro, ocorrendo de fato a diminuição da dívida que vinha sendo acumulada ao longo dos anos.

Conclui-se, outrossim, que a atuação extrafiscal está calcada na interpretação de que o futebol é patrimônio cultural, além da Constituição prever a atuação estatal para o fomento do desporto.

Deste modo, é dever do Estado fomentar e proteger o futebol, em decorrência da norma programática constitucional relativa ao fomento do desporto, bem como em razão do dever de proteção e incentivo às práticas culturais, levando em conta que o futebol é patrimônio cultural do Brasil, quiçá mundial.

Por fim, deve-se reconhecer que de fato os parcelamentos, historicamente, não são eficientes, e que o princípio da capacidade contributiva, que deve alicerçar o princípio da carência, é violado quando as direções dos clubes optam pela inadimplência da obrigação tributária, ou seja, apresentam gestão temerária. Todavia, os efeitos gerados pela extrafiscalidade no modo estabelecido no Profut, com condições que impactam no gerenciamento dos clubes, a fim da promoção do profissionalismo, transparência e responsabilidade financeira, obteve resultados positivos no âmbito econômico e fiscal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo:Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei n 13.155/2015**. Estabelece princípios e práticas de responsabilidade fiscal e financeira e de gestão transparente e democrática para entidades desportivas profissionais de futebol; institui parcelamentos especiais para recuperação de dívidas pela União, cria a Autoridade Pública de Governança do Futebol - APFUT; dispõe sobre a gestão temerária no âmbito das entidades desportivas profissionais; cria a Loteria Exclusiva - LOTEX; altera as Leis n 9.615, de 24 de março de 1998, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.671, de 15 de maio de 2003, 10.891, de 9 de julho de 2004, 11.345, de 14 de setembro de 2006, e 11.438, de 29 de dezembro de 2006, e os Decretos-Leis n 3.688, de 3 de outubro de 1941, e 204, de 27 de fevereiro de 1967; revoga a Medida Provisória nº 669, de 26 de fevereiro de 2015; cria programa de iniciação esportiva escolar; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 5 de agosto de 2015.

CÂMARA, Sophia Nóbrega. **A extrafiscalidade à luz do sistema constitucional brasileiro**. Jus Navigand, Teresina, ano 18 (revista/edições/2013). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23585/a-extrafiscalidade-a-luz-do-sistema-constitucional-brasileiro>>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

FACURY SCAFF, Fernando. **Futebol e finanças: o Profut é bola na rede**. Conjur. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-03/contas-vista-futebol-financas-profut-bola-rede-ou-trave>>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

JÚNIOR, Franco Hilário. **A dança dos deuses**. Futebol, sociedade, cultura. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MOREIRA PARADELA, Israel. **Dívida tributária dos clubes de futebol: breves considerações**. Revista Tributária e de Finanças Públicas 2016 RTRIB VOL.131 (novembro - dezembro 2016).

ROTHMANN, Gerd Willi. **Natureza, finalidade, interpretação e aplicação das normas tributárias extrafiscais - conceitos de lucro da operação e de resultado operacional - Classificação dos aluguéis como receita operacional**. Revista Direito Tributário Atual, São Paulo: Dialética, v. 23, p. 192-206, 2009.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

SILVA, Márcia Santos da. **Interesse público e regulação estatal do futebol no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2012.

SIQUEIRA JUNIOR, Cícero Batista de; SANTOS OLIVEIRA, Neylane. **ReAC – Futebol além das quatro linhas: Os efeitos do profut na gestão econômico-financeira dos clubes do futebol brasileiro**. Revista de Administração e Contabilidade. Faculdade Anísio Teixeira (FAT), Feira de Santana-Ba, v. 10, n. 3, p. 19-41, setembro/dezembro, 2018.

orientações para envio de artigos

O Conselho Editorial da Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná (MPC/PR) convida servidores, pesquisadores, docentes e estudantes de pós-graduação, mestrado e doutorado, a apresentarem artigos para publicação. Os arquivos podem ser enviados em formato eletrônico (Microsoft Word, preferencialmente) para a Secretaria do Conselho Editorial do MPC/PR: <centrodeestudos@mpc.pr.gov.br> (Fone: 41-3350-1909) e serão submetidos ao crivo do Conselho Editorial.

Regras de formatação dos artigos: folha tamanho A-4, fonte Arial (tamanho 12), espaçamento entre linhas de 1,5 e fonte Arial (tamanho 10) para as notas de rodapé. As citações deverão seguir o sistema numérico (em notas de rodapé). Os artigos devem vir acompanhados de título em português e inglês, resumo e *abstract*, palavras-chave e *Keywords*, amoldando-se, também, ao estabelecido nas normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2003 – NBR 6023/2018 – NBR 10.520/2002 – NBR 5892/1989 e 6024/2003).

Maiores informações podem ser obtidas na página eletrônica da Revista do Ministério Público de Contas do Paraná: <http://www.mpc.pr.gov.br/index.php/revista-mpc-pr/>

