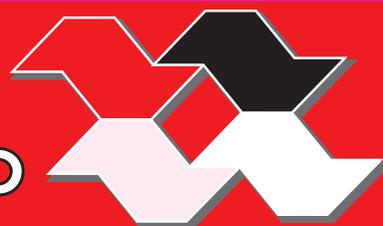




# Revista do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO



Nº 119 - Edição Especial

## 5ª SEMANA JURÍDICA: TEMAS RELEVANTES, PALESTRANTES DE ALTO NÍVEL, AUDITÓRIO LOTADO E INTERNET AO VIVO.

Foi realizada entre 13 e 17 de agosto, na sede do Tribunal, em homenagem ao dia 11 de agosto, importante data do mundo jurídico.



Mesa solene de encerramento



Dr. Marcos Fábio Nusdeo



Dr. José Eduardo Cardozo



Dr. Diogenes Gasparini



Dr. Luiz Antonio Guimarães Marrey



Dr. Renato Poltronieri



Dr. Antonio Carlos Villen



Dr. Márcio Cammarosano



Dr. Cláudio Ferraz de Alvarenga



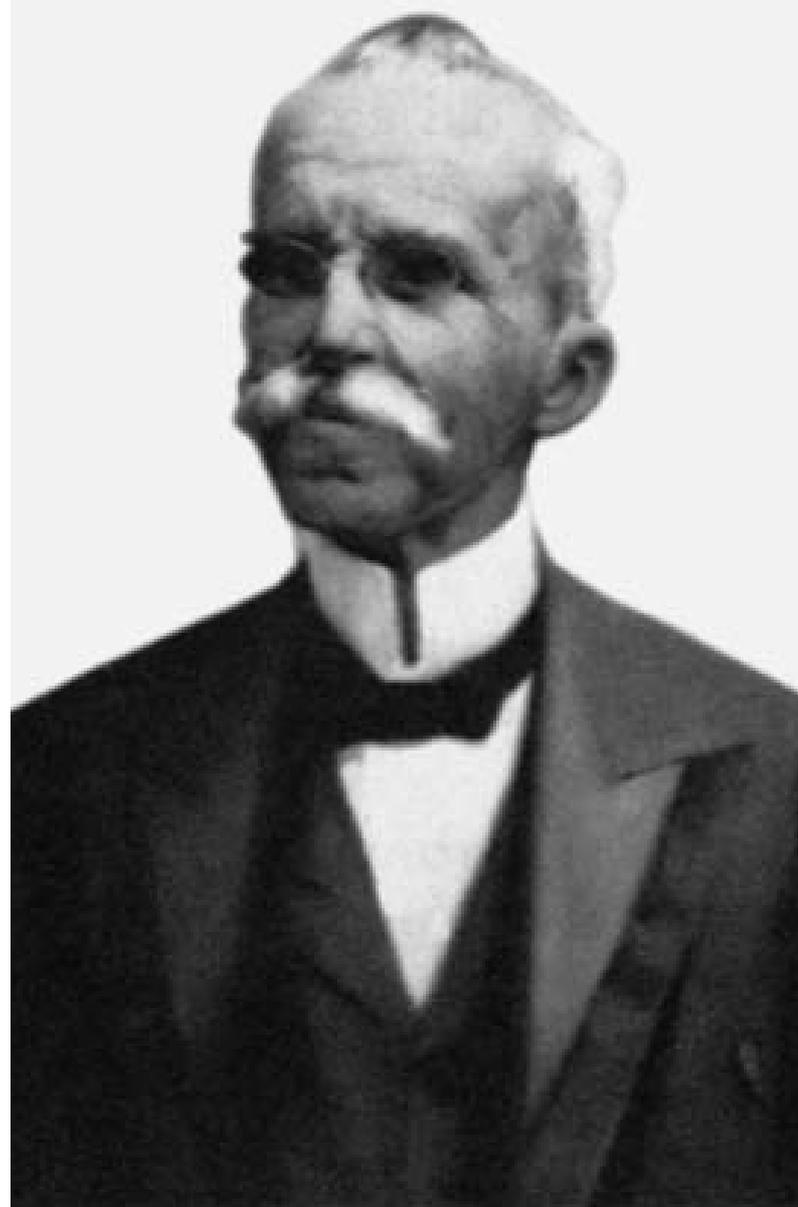
Ministro Carlos Ayres Britto





**“A** medida que vem propor-  
vos é a criação de um Tribunal  
de Contas, corpo de magistratura  
intermediária à administração  
e à legislatura que, colocado em  
posição autônoma, com atribuições  
de revisão e julgamento, cercado  
de garantias contra quaisquer  
ameaças, possa exercer as suas  
funções vitais no organismo  
constitucional, sem risco de  
converter-se em instituição de  
ornato aparatoso e inútil (...)  
Não basta julgar a administração,  
denunciar o excesso cometido,  
colher a exorbitância ou  
prevaricação para as punir.  
Circunscrita a esses limites, essa  
função tutelar dos dinheiros públicos  
será muitas vezes inútil, por omissa,  
tardia ou impotente.  
Convém levantar entre o poder que  
autoriza periodicamente a despesa  
e o poder que quotidianamente a  
executa um mediador independente,  
auxiliar de um e de outro, que,  
comunicando com a legislatura  
e intervindo na administração,  
seja não só o vigia como a mão  
forte da primeira sobre a segunda,  
obstando a perpetuação das  
infrações orçamentárias por um  
veto oportuno aos atos do executivo,  
que direta ou indireta, próxima ou  
remotamente, discrepem da linha  
rigorosa das leis de finanças. ”

*Rui Barbosa (exposição de Motivos do Decreto  
nº 966-A, de 7 de novembro de 1890)*







## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

### COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL PLENO

(Reúne-se às 4as feiras às 11h)

CONSELHEIRO PRESIDENTE  
CONSELHEIRO VICE-PRESIDENTE  
CONSELHEIRO CORREGEDOR

Antonio Roque Citadini  
Eduardo Bittencourt Carvalho  
Edgard Camargo Rodrigues

CONSELHEIROS

Fulvio Julião Biazzi  
Cláudio Ferraz de Alvarenga  
Renato Martins Costa  
Robson Marinho

### COMPOSIÇÃO DAS CÂMARAS

PRIMEIRA CÂMARA  
(Reúne-se às 3as feiras às 15h)

CONSELHEIROS  
Eduardo Bittencourt Carvalho - Presidente  
Edgard Camargo Rodrigues  
Cláudio Ferraz de Alvarenga

SEGUNDA CÂMARA  
(Reúne-se às 3as feiras às 11h)

CONSELHEIROS  
Fulvio Julião Biazzi - Presidente  
Renato Martins Costa  
Robson Marinho

**Secretário-Diretor Geral**

Sérgio Ciquera Rossi

### PROCURADORIA DA FAZENDA ESTADUAL

**Procurador-Chefe**

Luiz Menezes Neto

**Procuradores**

Claudia Távora Machado Viviane Nicolau  
Evelyn Moraes de Oliveira Moraes  
Jorge Eluf Neto  
Vitorino Francisco Antunes Neto



Esta é uma publicação da Revista do  
**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
Registro DPF 1.192 — pp. 209/73

A Correspondência deve ser dirigida à  
**REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
Av. Rangel Pestana, 315 - 10º andar - Edifício Sede - CEP 01017-906  
Fones: (0XX11) 3292-3667/3210/3275 - São Paulo - SP - Brasil  
INTERNET: www.tce.sp.gov.br E-MAIL: revista@tce.sp.gov.br

#### **NOTAS DA REDAÇÃO**

- As matérias assinadas são de responsabilidade de seus autores.
- Esta Revista é distribuída gratuitamente, não sendo comercializados anúncios e nem assinaturas.

**Fica ressalvado que a publicação das conferências foi feita sem a revisão final dos Palestrantes.**

**A Presidência e o GTP - Gabinete Técnico da Presidência, Coordenador Geral do Evento, agradecem a participação de todos os servidores que de algum modo colaboraram para a realização da 5ª Semana Jurídica, especialmente o apoio da Escola de Contas Públicas do Tribunal de Contas e da SDG 1 - Taquigrafia.**

#### **COMISSÃO DE COORDENAÇÃO DA REVISTA**

Coordenador: Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho  
Comissão: José Roberto Fernandes Leão - supervisor  
Adélia da Silva Milagres  
Herly Silva de Andrade Galli  
João Prado de Almeida Pacheco  
Marilena Lehmann Pimentel  
Neusa Caldas Castiglioni

#### **FOTOGRAFIAS**

Marco Antonio Pinto

#### **JORNALISTA RESPONSÁVEL**

Sólon Campos de Oliveira  
Registro MT nº 46, Matrícula nº 3.568 — Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo

#### **REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**

São Paulo, Tribunal de Contas do Estado. Antiga Jurisprudência e Instruções

#### **Variação de Título**

1957 a 1972: Jurisprudência e Instruções — 1973 a 1982: Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: Jurisprudência e Instruções. A partir de 1986: Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

CDU/336.126.551(81.61) (05)



## SUMÁRIO



### 5ª SEMANA JURÍDICA

5ª Semana Jurídica: Entre todos os pontos altos, destaque para a palestra do Ministro Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal .....	9
Pronunciamento do Exmo. Conselheiro Antonio Roque Citadini, Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, na solenidade de abertura .....	11
PAPEL CONSTITUCIONAL DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. Dr. Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo Procurador Geral do Estado de São Paulo.....	12
COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR E O DEVER DE LICITAR. Dr. José Eduardo Cardozo Deputado Federal e Membro da Comissão Especial de Licitações e Contratos da Câmara Federal.....	20
CRIMES NA LICITAÇÃO. Dr. Diogenes Gasparini Advogado e Professor.....	29
CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA JUSTIÇA. Dr. Luiz Antonio Guimarães Marrey Secretário da Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo .....	40
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS. Dr. Renato Poltronieri Advogado e Professor.....	49



O JULGAMENTO DE CONTAS E A RESPONSABILIDADE  
DOS AGENTES POLÍTICOS.

Dr. Antonio Carlos Villen

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo..... 60

INEXIBILIDADE DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÃO DIRETA  
POR NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO.

Dr. Márcio Cammarosano

Advogado e Conselheiro da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP..... 69

ASPECTOS RELEVANTES DA CONTRATAÇÃO  
DE SERVIÇOS DE LIMPEZA PÚBLICA.

Dr. Cláudio Ferraz de Alvarenga

Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ..... 79

Encerramento Solene da 5ª Semana Jurídica pelo  
Presidente Dr. Antonio Roque Citadini, anunciando  
a palestra do Ministro Carlos Ayres Britto..... 90

A JUDICATURA DE CONTAS E SEUS NOVOS DESAFIOS HERMENÊUTICOS.

Dr. Carlos Ayres Britto

Ministro do Supremo Tribunal Federal ..... 91

# 5ª Semana Jurídica





**5ª SEMANA JURÍDICA:  
ENTRE TODOS OS PONTOS ALTOS, DESTAQUE PARA A PALESTRA DO MINISTRO  
AYRES BRITTO, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**O evento foi transmitido ao vivo pela Internet e ainda contou com o auditório sempre lotado. Todas as palestras foram proferidas por eminentes juristas. A explanação de encerramento, feita pelo Ministro Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, foi aplaudida de pé. Ele discorreu sobre o tema “A Judicatura de Contas e seus Novos Desafios Hermenêuticos”, em que deu forte realce “à importantíssima missão do Tribunal de Contas para o País”.**



*Edifício Sede e Anexo 1 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.*

O Tribunal de Contas paulista promoveu neste ano a sua 5ª Semana Jurídica, com o mesmo formato das anteriores - temas relevantes e palestrantes de alto nível - e uma novidade: as exposições foram transmitidas ao vivo pela Internet, a exemplo do que ocorreu com os encontros com prefeitos e dirigentes municipais.

A coordenação geral ficou a cargo do GTP – Gabinete Técnico da Presidência com o apoio da Escola de Contas Públicas do Tribunal de Contas. O evento contou nos seus cinco dias com presença maciça de agentes públicos, advogados operadores do Direito, funcionários e Conselheiros da Casa.



*Da esq. Conselheiro Carlos Pinna de Assis, Presidente do TCE/Sergipe, Ministro Walton Alencar Rodrigues, Presidente do TCU, Ministro Carlos Ayres Britto, do STF, Presidente Roque Citadini, Conselheiro Victor Faccioni, Conselheiro TCE/RS e Presidente da ATRICON, Presidente Antonio Júlio Bernardo Cabral, do TCE/AM e Professor Dr. João Grandino Rodas, Diretor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco.*



*Ministro Walton Alencar Rodrigues, Presidente do TCU, discursa no encerramento.*

Os temas desenvolvidos e seus expositores foram:

**Dia 13:** “Papel Constitucional da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo”, pelo Dr. Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo, Procurador Geral do Estado de São Paulo,

**Dia 14:** “Competência para Legislar e o Dever de Licitar”, pelo Dr. José Eduardo Cardozo, deputado federal e Membro da Comissão Especial de Licitações e Contratos da Câmara Federal.

**Dia 14:** “Crimes na Licitação”, pelo Dr. Diogenes Gasparini, advogado e professor.

**Dia 15:** “Controle da Administração Pública pela Justiça”, pelo Dr. Luiz Antonio Guimarães Marrey, Secretário da Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo.

**Dia 15:** “Parcerias Público-Privadas”, pelo Dr. Renato Poltronieri, Advogado e Professor.

**Dia 16:** “O Julgamento de Contas e a Responsabilidade dos Agentes Políticos”, pelo Dr. Antonio Carlos Villen, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

**Dia 16:** “Inexigibilidade de Licitações e Contratação direta por notória especialização”, pelo Dr. Márcio Cammarosano, Advogado, Professor e Conselheiro da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.

**Dia 17:** “Aspectos relevantes da contratação de serviços de limpeza pública”, pelo Dr. Cláudio Ferraz de Alvarenga, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

**Dia 17:** “A Judicatura de Contas e seus novos Desafios Hermenêuticos” pelo Dr. Carlos Ayres Britto, Ministro do Supremo Tribunal Federal.

O presidente Antonio Roque Citadini abriu e fez o encerramento do evento. Na abertura, lembrou que, ao realizar a Semana Jurídica o Tribunal cumpria um de seus deveres, o de promover debates e esclarecimentos sobre o Direito Público, realçando que esta diretriz estratégica torna-se especialmente importante nos tempos atuais, em que o País passa por grandes mudanças constitucionais. Ao agradecer a presença dos participantes, disse estar convencido de que a 5ª Semana Jurídica teria o êxito das anteriores e deu ênfase à novidade deste ano, a transmissão ao vivo das palestras pela

Internet “*para que mais pessoas possam se valer dos conhecimentos dos mestres do Direito que aceitaram nosso convite*”.

No encerramento, na tarde da sexta-feira, o Presidente Citadini fez uma deferência ao Presidente do Tribunal de Contas da União, Ministro Walton Alencar Rodrigues, um dos componentes da mesa solene, passando-lhe a palavra para as considerações finais.



**PRONUNCIAMENTO DO EXMO. CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI,  
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO,  
NA SOLENIDADE DE ABERTURA DA 5ª SEMANA JURÍDICA, NO DIA  
13 DE AGOSTO DE 2007**

“Muito boa tarde a todos. Quero especialmente agradecer a presença do Dr. Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo, que tem um relevante papel no Tribunal há muitos anos. Temos para nós que é uma grande satisfação estar aqui para discutir questões da Procuradoria. Quero agradecer, portanto, ao Chefe da Procuradoria que aqui comparece, no dia de hoje, na abertura da 5ª Semana Jurídica.

*Esta Semana Jurídica é consagrada pelas pessoas que vêm expor, pelos temas que aqui abordam, pelas discussões que aqui se travam e pelo número de pessoas que se inscreveram. Temos “over booking”, ou seja, temos mais inscritos do que vagas -, e isso se deve à participação dos palestrantes, como o Dr. Marcos Fábio, o que nos leva também à qualidade dos assistentes. Quero agradecer às pessoas que se inscreveram; temos integrantes do Tribunal de Contas de São Paulo em número até limitado para que possam participar advogados, escritórios de advocacia, membros da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, de outros Tribunais de Contas, do Ministério Público, do Judiciário, do TCM, da Assembleia Legislativa, da Casa Civil, do TCU, do TJ. Assim abrimos a oportunidade para grande número de setores da Administração. Em função do interesse que têm despertado os temas abordados estamos transmitindo pela Internet o evento, que implica dizer que está sendo assistida pelo mundo todo, por todos que acessarem nosso endereço eletrônico, que é [www.tce.sp.gov.br](http://www.tce.sp.gov.br), e que poderão inclusive fazer perguntas. Isto é, ao final de cada palestra não apenas os presentes poderão elaborar perguntas, como também todos os que estiverem assistindo.*

*É função do Tribunal de Contas esclarecer, debater as questões polêmicas, questões do Direito Administrativo, especialmente num País que tem tantas mudanças, novas leis, reforma constitucional, alterações na área de licitação, enfim todos os temas que nos dizem respeito.*

*Agradeço, portanto, aos presentes, especialmente a presença de integrantes de outros Tribunais, e da Administração Pública. Para todos nós, neste momento, é uma satisfação dar boas vindas a todos. Quero agradecer à Escola de Contas Públicas e ao GTP, que estão organizando este evento, fazendo todo o possível para que ocorra sem problemas, que de vez em quando podem aparecer, mas procuraremos superá-los.*

*Em nome do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo quero saudar a todos: aos presentes e aos que estão nos vendo pela Internet. Que esta 5ª Semana Jurídica tenha o mesmo êxito que tiveram as anteriores.*

*Muito obrigado. ”*

TRANSCREVEMOS, NA ÍNTEGRA, AS NOVE PALESTRAS QUE COMPUSERAM A 5ª SEMANA JURÍDICA.  
APÓS CADA EXPOSIÇÃO FORAM RESPONDIDAS PERGUNTAS.

DIA 13/08/2007

## “PAPEL CONSTITUCIONAL DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO”

DR. MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO

Procurador-Geral do Estado de São Paulo

A palestra inicial foi do Procurador Geral do Estado, Dr. Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo.

Estiveram presentes, também, os Conselheiros Edgard Camargo Rodrigues e Robson Marinho do TCESP, o Conselheiro Vice-Presidente do TCE do Amazonas, Lúcio Albuquerque, o Conselheiro do TCE do Piauí, Joaquim Kennedy Barros.

O Dr. Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo foi apresentado ao auditório e aos internautas pelo Presidente Antonio Roque Citadini, que exaltou sua condição de Mestre em Direito Constitucional e de Professor da FAAP. O Procurador fez um histórico da Instituição que comanda, mostrou sua importância na consultoria e assessoria jurídicas, observou seu crescente envolvimento na Administração e concluiu informando que a PGE se organiza para estar presente em todas as Secretarias Estaduais.



“Boa tarde a todos.

Exmo. Sr. Presidente, Conselheiro Antonio Roque Citadini, é uma grande honra para mim estar na presença de V. Exas. no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para poder contribuir com a 5ª Semana Jurídica do Tribunal. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, também Conselheiro deste Tribunal, Exmo. Srs. Conselheiros de outros Tribunais de Contas que aqui se encontram presentes, Sr. Secretário-Diretor Geral deste Tribunal de Contas, Srs. Procuradores deste Tribunal de Contas, Exmos. Srs. Procuradores do Estado aqui presentes, saúdo especificamente o Chefe da Procuradoria da Fazenda junto ao Tribunal de Contas, Dr. Luiz Menezes Neto, Exmos. funcionários deste Tribunal e senhores convidados para esta Semana Jurídica, senhores advogados e advogadas, minhas senhoras e meus senhores, é com grande satisfação que venho falar aqui um pouco do papel constitucional da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Começo minha explanação dizendo que esta palestra é extremamente importante para a nossa Instituição, exatamente porque o termo procuradoria é um termo bastante equivocado no nosso País, tem vários significados.

Várias vezes ouvimos falar a palavra procuradoria. Não sabemos exatamente o que significa. Então, podemos lembrar: Procuradoria do Estado, Procuradoria do Trabalho, Procuradoria da República, Procuradoria do Município, às vezes ouço Procuradoria da União, Procuradoria de autarquias. Entendo extremamente importante que venhamos aqui exatamente nesta 5ª Semana Jurídica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, com um público tão seletivo de operadores do Direito, trazer um pouco do que faz e qual é o papel que a Constituição reserva à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Se para nós é importante ter a atuação da Procuradoria constitucionalmente delimitada, é igualmente importante que essa atuação seja por todos e de todos conhecida, até porque somos um órgão do Estado e devemos plena satisfação dos nossos atos à sociedade.

Vou começar a minha exposição, antes de falar um pouquinho do papel constitucional, contando a história da Procuradoria, que se encontra também em nosso *site* [www.pge.sp.gov.br](http://www.pge.sp.gov.br), para quem quiser se aprofundar no assunto, com mais detalhes.

Começo a informar a todos que, no próprio período regencial, em 1831, já havia normas prevendo alguma

atribuição do chamado Procurador Fiscal. Como todos sabem, a atividade fiscal é inerente aos Estados e, portanto, na primeira metade do século XIX já se falava sobre o Procurador Fiscal que, na época, era um cidadão que tinha a função de exercer a orientação jurídica e a de lidar com o contencioso do Tesouro do Estado. É importante mencionar que já no século XIX há alguma preocupação sobre essa atuação em relação ao Estado.

Com a proclamação da República, a criação dos Estados autônomos do federalismo e da tripartição dos Poderes, vai-se delineando, ainda que timidamente, o papel do advogado do Estado. Aqui já se fala alguma coisa sobre advogado dos Estados. É importante porque, com a proclamação da República e criação dos Estados-membros nos termos de uma república federativa, passa a ter uma relevância na história daqueles Estados.

Pois bem, temos um marco importante, ainda no século XIX, dia 12 de agosto de 1893. Estamos falando do dia 12 de agosto - e estamos no dia 13 de agosto, então, tem tudo a ver com o período em que estamos vivendo -, o presidente Bernardino de Campos assinou a Lei nº 175, determinando: *“O Procurador fiscal do Tesouro do Estado e seus auxiliares são os representantes legais da Fazenda do Estado para promover e propor na 1ª Instância todos os termos das causas e negócios que interessarem à mesma Fazenda”*.

Todavia, neste momento, século XIX, não havia separação clara do que seria a função do advogado do Estado e a do Ministério Público. É algo que, como sabemos, durante muito tempo confundiu a opinião de muitos operadores e de muitos integrantes das administrações. É importante ter um órgão, ou mais de um órgão, que cuida disso, qual seria a atribuição de cada um deles. Mas, desde aquele momento existia essa preocupação. De alguma forma a legislação já atribui a alguém a obrigação de cuidar dos negócios do Tesouro do Estado.

O ano de 1900 é o que comemoramos tecnicamente o nascimento da Procuradoria Fiscal, ou seja, foi criada a Procuradoria em matéria fiscal, embrião das demais Procuradorias. Tempos depois surgiram algumas atividades de consultoria na própria Secretaria da Fazenda e, aos poucos, vai-se delineando de uma maneira um pouco mais cristalina o que se espera desse advogado,

dessa pessoa que cuida das questões jurídicas do Tesouro Estadual.

Para nós é importante o ano de 1935 – estou resumindo porque senão vamos ficar falando muito tempo sobre o passado e acabaremos não falando sobre o presente, o que acredito ser muito mais interessante e a razão por que os senhores estão aqui - dois decretos do governador Armando Salles de Oliveira criam a Procuradoria Judicial e a Procuradoria de Terras. Portanto, são duas procuradorias criadas, agora, na primeira metade do século XX que, de certa maneira, já delineiam a divisão por matérias. A atuação daquele advogado que cuida de assuntos do Tesouro Estadual passa a ser, por atividades: uma questão de natureza judicial, ou seja, entre as causas que não as atinentes ao Tesouro e a outra causa, a de Terras. São atividades absolutamente importantes sobretudo naquele momento em que havia grandes questões a ser enfrentadas nesse campo. Isso de



*Conselheiros Robson Marinho e Edgard Camargo Rodrigues e Dr. Maurício Varnieri Ribeiro, Assessor Procurador Chefe do GTP - Gabinete Técnico da Presidência.*

modo algum enfraquece a Procuradoria Fiscal. Temos, no ano de 1935, não só a consolidação da Procuradoria Fiscal como a dessas outras duas Procuradorias. Eram atribuições da Procuradoria Judicial a representação do Estado, exceto nos assuntos fiscais ou a ele relacionados, assim como inventários e afins. A Procuradoria Judicial foi criada naquele momento, subordinada à Secretaria da Justiça. A Procuradoria de Terras exercia funções que hoje

são da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, mas surgiu como antecedente desta procuradoria.

Para nós é importante a data de junho de 1947, 60 anos atrás, data em que foi promulgado o Decreto-lei nº 17.330 do Estado de São Paulo criando o Departamento Jurídico do Estado, antecedente mais próximo do que chamamos Procuradoria Geral do Estado. Esse Departamento Jurídico do Estado foi subordinado à Secretaria da Justiça e Negócios no Interior. Unia a Procuradoria Judicial, a Procuradoria Fiscal, a Procuradoria de Terras, já chamada de Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, e o chamado Cadastro do Serviço Social que cuidava da instituição de um serviço que, mais tarde, ficaria famoso na Procuradoria, a Assistência Judiciária. É atividade do Departamento Jurídico do Estado a representação judicial, fiscal, imobiliária do Estado e, também importante, o

serviço de assistência judiciária. É o Estado de São Paulo entendendo que o cidadão carente também deve ter uma orientação jurídica e uma assessoria por parte do Estado. Isso foi criado dentro do Departamento Jurídico do Estado como um setor deste. Isso é muito importante porque, depois, vamos ver que, com as alterações constitucionais que vieram a ter, esse modelo foi modificado.

Dando alguns saltos em relação aos anos, mas evidentemente mostrando uma evolução, surge em 1974, portanto há 33 anos, a Lei Complementar nº 93/74, pela qual o Governo Laudo Natel estabeleceu a primeira Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado. Aqui sim, em obediência aos ditames da Constituição de 1967, já falamos em Procuradoria Geral do Estado. É criada a Procuradoria Geral do Estado, por meio de uma Lei Orgânica. É a Procuradoria que une uma série de atribuições que antes eram de Departamento Jurídico e já existiam as atribuições de consultoria como atividade à parte. O cargo de Procurador Geral do Estado era nomeado livremente pelo Governador e deveria ser exercido por advogado de reconhecido saber jurídico e ilibada reputação.

A partir da Lei Complementar nº. 93/74 já está estruturado aquilo que chamamos Procuradoria Geral do Estado, que foi evoluindo e, hoje, há uma nova Lei Orgânica, não tão nova, a Lei Complementar nº 478, de 18 de julho de 1986. É a atual Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Portanto, foi uma longa história, praticamente 100 anos, desde o surgimento do primeiro esboço do que seria a atuação do Procurador do Estado até uma Lei Orgânica que consolida as instituições e estabelece a forma de atuação da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Essa é a primeira parte da minha exposição, sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Agora, farei um corte na história da Procuradoria e falarei da questão constitucional, como isso surgiu em nível constitucional para, então, retornar e falar do papel constitucional da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Como dizia, em 1986, mais precisamente em 18 de julho de 1986 é promulgada a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, a Lei Complementar nº 478. Nesse ano vivíamos o começo de um processo constituinte em nosso País. Houve a aprovação de uma emenda constitucional no início do Governo Sarney convocando uma Assembleia Nacional Constituinte a partir das eleições que seriam realizadas no final daquele ano de 1986. Era uma eleição que iria renovar toda a Câmara dos Deputados e 2/3 do Senado Federal. Um terço do Senado Federal havia sido eleito em 1982 e, portanto, teria mandato ainda até 1990.

Foram realizadas as eleições, a Assembleia Nacional Constituinte instalou-se em 1987 e acabou promul-

gando, em 5 de outubro de 1988, a nossa Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã, como muito bem definiu o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, ex-Procurador do Estado, Dr. Ulysses Silveira Guimarães, um Deputado daqui de São Paulo que, creio, todos conhecem bem.

A Constituição de 1988 é um novo marco na questão da Procuradoria, e mais do que da Procuradoria, de todas as carreiras jurídicas do Estado.

Se até então vivíamos sob a aplicação da tripartição de poderes de Montesquieu, organização de três poderes: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, modelo tradicional brasileiro, trazendo já essa formulação a primeira constituição republicana, o que a Constituição de 88 traz de diferente? Com relação a esses Poderes, evidentemente, muda o modelo de 1967 que já havia sido mudado pela Emenda Constitucional nº 01/69 e devolve ao Legislativo uma série de atribuições que antes estavam centradas no Executivo. Ela procura estabelecer um modelo moderno de Poder Judiciário, no qual todas as questões envolvendo direitos, lesões de direito ou ameaças de lesão a direitos possam ser submetidas ao Poder Judiciário. Preocupa em dar maiores garantias aos membros do Poder Judiciário, em estabelecer um sistema harmônico Executivo-Legislativo. Depois, o tempo mostrou que a questão das medidas provisórias talvez não tenha sido muito bem pensada em 1988, gerando-se a Emenda Constitucional nº 32 que mudou bastante a formulação das medidas provisórias. Mas a Constituição de 88 procurou, como dizia eu, criar um mecanismo moderno dos três Poderes. Aumentou – e entendo uma atuação bastante relevante – o poder dos Tribunais de Contas, dando-lhes importantes atribuições para fins de controle da Administração. Enfim, trouxe uma série de inovações bastante essenciais para a sociedade brasileira.

Do ponto de vista das chamadas carreiras jurídicas do Estado não trouxe só uma inovação, trouxe uma nova formulação. É a primeira vez que as Procuradorias dos Estados passam a ter *status* constitucional. A Constituição de 88, evoluindo daquele modelo tradicional de Montesquieu, da tripartição dos poderes, coloca junto um capítulo que trata das funções essenciais da Justiça. Coloca três carreiras e uma profissão com *status* constitucional. A Constituição regula não só o Poder Executivo, não só o Poder Legislativo, não só o Poder Judiciário, mas também as chamadas funções essenciais da Justiça. Começa a ter uma visão da Justiça um pouco mais ampla, começando a separação de Justiça do conceito restrito de Poder Judiciário.

Portanto, a Constituição Federal de 1988, dentre outras atribuições, no Capítulo IV, dispõe sobre o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública e

a profissão de advogado. Por isso, costume dizer que são três carreiras e uma profissão.

O artigo 127 dispõe sobre o Ministério Público, suas formulações, Ministério Público da União, Ministério Público Estadual, Ministério Público do Trabalho, não é matéria da nossa exposição. Peço licença para não discorrer especificamente sobre esses dispositivos.

O artigo 129 dispõe das funções institucionais do Ministério Público. Dispõe sobre Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, do Conselho Nacional do Ministério Público, dispositivo introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 e, no artigo 131, Seção II, da Advocacia Pública. Para nós é importante exatamente essa formulação da Constituição Federal. E, depois, no artigo 133, vai dispor sobre a profissão de advogado e, no artigo 134, da chamada Defensoria Pública.

Esse capítulo da Advocacia Pública é importante porque a Constituição Federal dá uma nova formulação à Advocacia Pública Federal. A Constituição Federal divide a carreira de Procurador da República, que até 1988 tinha a dupla função de representar os chamados interesses do Ministério Público Federal e, ao mesmo tempo, também da Advocacia da União, ou seja, em nível constitucional, até 1988, existia uma carreira chamada Procuradoria da República (volto a dizer, aquele termo equívoco que possui vários significados), que tinha a função de representar o interesse do Ministério Público Federal, sendo, portanto, um fiscal da União e ao mesmo tempo representava juridicamente a União nos processos. A Constituição de 88 cria uma carreira nova: Advocacia-Geral da União, ou seja, o art. 131 estabelece que *“a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.”*

Cinge-se a carreira de Procurador da República que passa a ter as funções de Ministério Público *stricto sensu* e cria-se uma nova carreira em nível constitucional. A Advocacia Pública da União ganha um novo nome, uma nova carreira e um *status* constitucional. A Constituição dispõe sobre o Advogado Geral da União, assunto

que voltaremos a tratar quando pronunciarmos sobre a diferença entre as Procuradorias dos Estados e a Advocacia da União. Discorre um pouco de Procuradoria da Fazenda Nacional, carreira que já existia, e representava, aí sim, a União em matéria fiscal.

Pediria a licença para não falar sobre a formulação da Advocacia Pública Federal, da Advocacia da União, cuja história é um pouco mais complexa e há algumas peculiaridades, porque foge do nosso tema, o que acabaria sendo prejudicial.

A Constituição Federal de 1988 preocupa-se em dar um formato constitucional à advocacia pública; por um lado, criando a Advocacia Pública Federal, com essa nova carreira, AGU: Advocacia Geral da União; por outro, no artigo 132, criando normas constitucionais às Procuradorias do Estado. Aquela carreira, como falei para os senhores, foi prevista numa lei de 1986 e, em 1988, há normas constitucionais dispoendo sobre ela, *in verbis*.

*“Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.”*

Já estou dando o texto a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 1988.

*“Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.”*

Em São Paulo já estávamos adaptados a esse texto. Já tínhamos, desde 1947, uma Procuradoria que cuidava da consultoria e da representação judicial do Estado de São Paulo. Aliás, tínhamos até uma terceira função, a de assistência judiciária, como falei para todos, por termos na Procuradoria a função de assistente judiciário.

Portanto, havendo nova formulação constitucional, passou-se, agora, a uma segunda questão: como disporiam as constituições estaduais sobre essas carreiras jurídicas? Como acabei de falar, funções essenciais à Justiça, nos termos em que a Constituição nos deu.

Vem a Constituição Estadual de 1989, também na mesma data, um ano depois, 5 de outubro de 1989 e tra-



ta de várias questões no Estado e, nos artigos 98 a 101, trata da Procuradoria Geral do Estado. Temos em nível constitucional estadual também disposições específicas sobre a Procuradoria Geral do Estado.

Neste ponto é mister fazer um parêntese sobre o entendimento que se tem com relação à Procuradoria dos Estados que é exatamente este: a matéria é disposta na Constituição Federal em linhas gerais, mas cabem às constituições estaduais dispor especificamente de como esse serviço de consultoria jurídica e de representação judicial deve ser formulado. Então, a Constituição Estadual de 1989 trazia a seguinte redação (falo 'trazia' porque foi, depois, parcialmente alterada):

*“Artigo 98 - A Procuradoria Geral do Estado é instituição de natureza permanente, essencial à Administração Pública Estadual, vinculada diretamente ao Governador, responsável pela advocacia do Estado, da Administração direta e autarquias e pela assessoria e consultoria jurídica do Poder Executivo, sendo orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Parágrafo único - Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado disciplinará sua competência e a dos órgãos que a compõem e disporá sobre o regime jurídico dos integrantes da carreira de Procurador do Estado, respeitado o disposto nos artigos 132 (aquele que li) e 135 da Constituição Federal. “Artigo 99, na redação original: São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado: (E aqui há vários incisos que valem a pena vermos, ainda que rapidamente.)*

*“I - representar judicial e extrajudicialmente o Estado;”* Então, a função principal de representação do Estado em juízo e, mesmo em alguns casos, extrajudicialmente, é atribuída pela Constituição Estadual à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

*“II - exercer as funções de consultoria e assessoria jurídica do Poder Executivo e da Administração em geral;”* Aqui poderia surgir alguma dúvida: qual a diferença entre consultoria e assessoria? A doutrina tem entendido, e mesmo nas interpretações que se dão a esses dispositivos que, na realidade, são atribuições complementares. Consultoria quando há consulta específica que envolve a elaboração de um parecer. Assessoria é tudo que se vai poder ajudar a Administração que não seja necessariamente elaborando um parecer jurídico, ou seja, é qualquer outra forma de encaminhamento de questão que tenha repercussão jurídica. Por isso, modernamente se fala em consultoria e assessoria jurídicas. Cabe à Procuradoria Geral do Estado fazer as duas coisas. Procuramos estabelecer bem claro que temos, sim, essas duas atribuições, até porque elas nos foram entregues constitucionalmente.

O inciso III é uma atribuição bastante importante e tem a ver exatamente com este local em que estamos

hoje, Tribunal de Contas do Estado, que dá à Procuradoria a atribuição de *“representar a Fazenda do Estado perante o Tribunal de Contas”*, ou seja, a representação do Estado perante este Tribunal é feita por Procuradores do Estado. O Procurador do Estado Chefe, que está aqui presente, coordena essa atuação da Procuradoria Geral do Estado junto ao Tribunal de Contas.

*“IV - exercer as funções de consultoria jurídica e de fiscalização da Junta Comercial do Estado;”* Também é uma atribuição importante essa matéria de Junta Comercial. Impõe um trabalho jurídico especializado da Procuradoria do Estado, seja em nível de consultoria, seja em nível de fiscalização de atos registrares que são realizados pela Junta Comercial.

*“V - prestar assessoramento técnico-Legislativo ao Governador do Estado;”* Entende-se que a Procuradoria do Estado advoga para o Estado de São Paulo, portanto representa o Estado de São Paulo em juízo, dá consultoria para órgãos da Administração, mas também auxilia, via Constituição Estadual, em matéria de técnica legislativa, o Governador do Estado. Aqui é uma atribuição bastante importante que cabe à Procuradoria de auxiliá-lo, seja na elaboração das normas jurídicas que porventura ele queira encaminhar à Assembléia Legislativa, seja preparando elementos para sanção ou veto de normas jurídicas (como os senhores sabem, pela Constituição elas têm que ser sancionadas ou vetadas, não existe a figura de não se fazer nada, existe a figura da sanção tácita), mas há todo um trabalho conferido ao Chefe do Executivo para que ele possa bem exercer essa atribuição.

*“VI - promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa estadual;”* Também é uma atribuição relevante que a Constituição Estadual outorgou à Procuradoria Geral do Estado. Compete a ela fazer a inscrição, controlar e cobrar todas as dívidas de natureza fiscal que não foram recolhidas em tempo oportuno pelos contribuintes.

A Secretaria da Fazenda normalmente apura esses débitos e os encaminha à Procuradoria para a cobrança judicial. A cobrança judicial tem início com a chamada inscrição na dívida ativa, cuja competência é da Procuradoria do Estado.

*“VII - propor ação civil pública representando o Estado;”* Também uma inovação. Outro dia comemoramos 20 anos da Ação Civil Pública, atribuição essencial que a Constituição Estadual de 1989 outorgou à Procuradoria do Estado. O Estado, em muitos casos, vai ser autor de Ação Civil Pública cabe à Procuradoria a sua propositura.

*“VIII - prestar assistência jurídica aos Municípios, na forma da lei;”* Também muito importante. Hoje em dia sabemos, há uma série de municípios que possui serviços

jurídicos organizados. Vemos o Município de São Paulo, que está organizado de maneira muito parecida com o Estado de São Paulo. Ele tem uma Procuradoria do próprio Município; para a carreira, também se ingressa por concurso público que tem como função representar os interesses da municipalidade. Mas existe uma série de Municípios que não têm essa estrutura, essa atribuição e nem saberia, penso eu, como começar, quer dizer, criar o cargo, quem vai prover esse cargo, quem vai fazer o concurso.

Então, a Constituição Estadual atribui à Procuradoria dividir com os nossos Prefeitos um pouco desse conhecimento jurídico, adquirido ao longo do tempo todo em matéria de Direito Administrativo, de Direito Tributário, de Direito Imobiliário, em matéria de consultoria jurídica e em todas as matérias em que a Procuradoria acaba por ter que trabalhar. Os Prefeitos são eleitos, muitas vezes têm muitas atribuições, muitos projetos a realizar e não sabem, às vezes, muito bem como fazê-los. Compete também à Procuradoria dar essa assistência. Reparem que a Constituição utiliza a palavra “assistência”; não podemos assessorar diretamente membros que são de outras esferas de Poder, no caso, Poder Municipal.

*“IX - realizar procedimentos disciplinares não regulados por lei especial;”*

Esse dispositivo é bastante relevante. A matéria disciplinar mudou muito com a Constituição de 88. Hoje em dia existe uma série de possibilidades em termos de matéria disciplinar que, no mais das vezes, devem ser feitas pelo Estado. O Estado tem obrigação de verificar eventuais irregularidades administrativas, as quais podem ter sido cometidas por servidores públicos e, portanto, demanda todo um procedimento específico de investigação e, no caso, de conclusão desses procedimentos. Essa atribuição foi outorgada pela Constituição aos Procuradores do Estado. São pessoas que possuem formação jurídica, conhecem os princípios do Direito, o de ampla defesa, o do contraditório, o da indisponibilidade do interesse público, e, sobretudo, o da legalidade; portanto, saberão como fazer esse procedimento. Na verdade, é uma atribuição bastante importante, nem sempre muito falada, mas que a Constituição Estadual também outorga à Procuradoria Geral do Estado. E, finalmente:

*“X - exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei;”* o que significa que o rol do artigo 98 é exemplificativo, não é taxativo. Não está vedada, evidentemente,

qualquer outra atribuição que a lei quiser outorgar à Procuradoria por conta desse dispositivo.

Então, em 1989, falando exatamente dessa atuação histórica da Procuradoria, terminamos o ano com essas atribuições. Reparemos todos como, num prazo relativamente curto, tivemos três normas jurídicas importantes para dar o contorno ao que se espera que seja Procuradoria do Estado. Em 1986, a nossa Lei Orgânica; em 1988, a Constituição Federal e em 1989 a Constituição Estadual. Normalmente falaríamos diferente: primeiro, vem a norma da Constituição Federal; depois, a Constituição Estadual vem estabelecer em nível estadual aquelas modificações que foram feitas pela Constituição Federal e, finalmente, vem uma lei orgânica colocando como atribuição do órgão aquelas matérias que a Constituição Estadual houve por bem delegar ou outorgar a esse órgão. No nosso caso (infelizmente nós não fazemos a História) a nossa Lei Orgânica é anterior. Significa que a nossa Lei Orgânica tem que ser sempre interpretada em relação ao que vigorava antes e tem que ser muito bem interpretada em relação às alterações constitucionais supervenientes, sejam as normas da Constituição Federal, sejam as normas Constituição Estadual, sejam as normas das Emendas Constitucionais.

E como estava dizendo, em 1998 a Emenda Constitucional n° 19 faz uma série de modificações que atinge todos os servidores. Depois a Emenda Constitucional n° 20, do mesmo ano, faz uma série de alterações ao regime dos servidores, especificamente ao de aposentadoria. Claro que todas essas normas são aplicadas aos Procuradores do Estado. Temos alterações, já havia falado, especialmente do prazo confirmatório, alterado para todos os servidores, também alterado para os Procuradores na nova redação do artigo 132 e as alterações da Constituição Estadual.

Então, temos, a partir de 1989, esta formulação: compete à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo basicamente duas funções: de representação judicial do Estado e de consultoria jurídica da Administração Pública como um todo. Essas são as bases pelas quais a Procuradoria vai entrar, a partir dos anos 90, para cumprir essas funções, agora constitucionais.

Estamos em 2007, temos 18 anos da Constituição Estadual e indo para 19 anos da Constituição Federal. Temos toda essa história de como a Procuradoria tem buscado atuar nesses dois grandes campos de atuação. Ela



representa o Estado nas ações que são propostas contra ele e o representa nas ações que ele, Estado, propõe perante terceiros, e isso em todas as áreas. Em matéria fiscal existem ações judiciais que são propostas contra o Estado de São Paulo em que à Procuradoria Geral do Estado compete fazer a defesa jurídica do Estado de São Paulo. Naquelas atribuições, inclusive que li, em relação àqueles contribuintes que não pagam seus tributos em dia compete à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo inscrever e cobrar essa dívida ativa. Em matéria não-fiscal, da mesma maneira, existem ações que o Estado propõe perante terceiros e existem ações que terceiros propõem contra o Estado, competindo à Procuradoria do Estado, respectivamente, a propositura e a defesa. Em matérias que costumamos dizer imobiliárias e ambientais, também a mesma atribuição.

No que se refere à consultoria jurídica a nossa atribuição é bastante ampla. Fazemos consultoria e assessoria jurídica de todos os órgãos da Administração. Basicamente esse serviço é feito por Secretarias. A Procuradoria organiza-se para estar presente em todas as Secretarias de Estado e, a partir delas, faz esse trabalho da melhor maneira possível. Nós nos manifestamos em todos os procedimentos administrativos, em matéria de licitação, de servidores, em matéria disciplinar, ou seja, fazendo o procedimento e controlando para que ele tenha sido feito da maneira correta, legal. Também prestamos assessoria jurídica ao Governador. Assessoria, no caso, quanto a órgãos específicos que funcionam próximos ao Governador, seja para propositura de leis, matérias de iniciativa dele, propostas pelo próprio Chefe do Executivo, seja preparando, muitas vezes, minutas de veto quando a matéria é inconstitucional. Nos últimos anos temos incrementado muito a nossa atuação. Não falarei neste momento de ações específicas, não é a ocasião, mas posso dizer que o papel da Procuradoria tem aumentado bastante.

Ficaram duas questões que só foram resolvidas recentemente. Refiro-me à atribuição com relação à assistência judiciária. Desde 1947 era atribuição da Procuradoria. Veio a Constituição Federal de 1988 e determinou a criação da Defensoria Pública. Veio a Constituição Estadual de 1989 e determinou a criação de uma Defensoria Pública. São Paulo não criou naquele momento uma Defensoria Pública. Portanto, por interpretação da própria Constituição Estadual, por conta de dispositivo que preconizava que enquanto não instalada a Defensoria Pública o serviço de Assistência Judiciária continuaria a ser feito pela Procuradoria Geral do Estado, e, por conta da não-criação num primeiro momento de uma Defensoria Pública, o Estado de São Paulo continuou prestando assistência judiciária à população de baixa renda, àqueles pessoas carentes de recursos que não poderiam

custear o seu advogado. Isso aconteceu até a promulgação da Lei Complementar nº 988, de 9 de janeiro de 2006, ou seja, desde 1989 até 2006, São Paulo não tinha uma Defensoria Pública, com esse nome. E, por conta disso, São Paulo foi demandado em vários foros, houve questões que foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal. O argumento do Estado de São Paulo sempre foi o de que não tinha Defensoria como carreira autônoma, mas tinha serviços de defensoria pública feitos pela Procuradoria de Assistência Judiciária.

Em 2005 o Governador Geraldo Alckmin entendeu enviar para Assembléia Legislativa projeto de lei criando a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, lei essa sancionada em 9 de janeiro de 2006. Portanto, desde 9 de janeiro de 2006 São Paulo tem uma Defensoria e essa função já não está mais com a Procuradoria, mas é importante frisar que essa lei tem um dispositivo transitório que estabelece que, num primeiro momento, continuaria a Procuradoria a cumprir a função de Assistência Judiciária. Estamos no artigo 3º das Disposições Transitórias da Lei Complementar nº 988/2006.

*“§ 1º - Até um ano após a vigência desta lei, prorrogável por mais 12 (doze) meses, as atribuições da Defensoria Pública continuarão sendo exercidas, concomitantemente, pela Procuradoria Geral do Estado.”*

Vale dizer, a lei que cria a Defensoria dá à Procuradoria uma competência excepcional por mais um ano, prorrogável por mais um ano.

Veio a lei em 9 de janeiro de 2006. Em 9 de janeiro de 2007 fez um ano de sua promulgação. Estávamos já diante do Governador José Serra e essa questão teve que ser enfrentada. Na realidade, a Defensoria fez o concurso. Não o havia terminado, solicitou à Procuradoria a dilação do prazo por mais um ano, tal como previsto na Lei Orgânica da Defensoria, que foi prorrogado para 30 de setembro.

Estamos, no fundo, nos últimos 47 dias em que a Procuradoria vai ter ainda alguma atribuição de assistência judiciária, volto a dizer, atribuição excepcional. Não é atribuição constitucional. Quando li os dispositivos da Constituição Estadual que tratam das atribuições da Procuradoria Geral do Estado não existia esse dispositivo que, com a Constituição Federal de 1988 e a Constituição Estadual de 1989, foi retirado da Procuradoria Geral do Estado.

Então, alguém poderia dizer: “mas conheço Procuradores que, mesmo depois da Constituição de 1989, fizeram a função de defensoria”. É verdade, exatamente por conta disto. Por conta de o Estado de São Paulo não ter instituído, naquele momento, a Defensoria Pública e essa competência continuou sendo feita pela Procuradoria Geral do Estado. E hoje, mesmo depois da promulgação da Lei Complementar nº 988/2006, foi prorrogada até o dia 30 de setembro. Esta será uma das últimas palestras

em que falarei no presente. Depois de 30 de setembro poderei falar como algo do passado, assim como falei de algumas coisas que ocorreram no passado. Esse foi um assunto que não teve solução num primeiro momento e a solução data, portanto, de um ano e meio atrás.

E há uma outra questão muito importante, na realidade também só resolvida no ano de 2004: a representação judicial e a consultoria das autarquias no âmbito do Estado de São Paulo.

Como vimos, a história da Procuradoria Geral do Estado, as atribuições que lhe foram dadas, vejam os senhores e senhoras, falavam basicamente de Administração Direta. Representa o Estado judicial e extrajudicialmente, presta consultoria e assessoria jurídica à Administração, além de representar perante o Tribunal de Contas, perante a Junta Comercial e dar assistência jurídica ao Município, mas não havia dispositivo expresso na Constituição Estadual atribuindo essa função da Procuradoria Geral do Estado. E por que isso não acontecia? Porque as autarquias no Estado de São Paulo, quando foram criadas, tinham corpo jurídico próprio constituindo os chamados procuradores de Autarquia, cuja atribuição era representar judicialmente a Autarquia à qual estava vinculado e, posteriormente, fazer a consultoria jurídica das Autarquias. O Estado de São Paulo, por meio de uma emenda à Constituição Estadual, entendeu de mudar esse modelo. Entendeu, e aí vale a experiência federal, de trazer para São Paulo a unificação da Advocacia Pública, trazendo para o controle da Procuradoria Geral do Estado, assim como fora passado para Advocacia Geral da União o controle da representação judiciária das autarquias federais, a representação e a consultoria jurídica das autarquias estaduais. Portanto, no dia 4 de abril de 2004 foi aprovada a Emenda à Constituição Estadual nº 19, que mudou aquele dispositivo que li. Foi uma modificação recente. Dizia:

*Artigo 1º - Os dispositivos adiante enumerados da Constituição do Estado de São Paulo passam a vigorar com a seguinte redação:*

*I - o “caput” do artigo 98: “Artigo 98 - A Procuradoria Geral do Estado é instituição de natureza permanente, essencial à administração da justiça e à Administração Pública Estadual, vinculada diretamente ao Governador, responsável pela advocacia do Estado, sendo orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.”* E o artigo 99 passou a ter algumas alterações em relação àquilo que li para os senhores e senhoras:

II - os incisos a seguir indicados do artigo 99:

“a) o inciso I:

*I - representar judicial e extrajudicialmente o Estado e suas autarquias, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas estaduais;”* ou seja, passa a ser atribuição constitucional da Procuradoria Geral do

Estado a representação judicial e extrajudicial das autarquias estaduais.”

b) o inciso II:

*“II - exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo e das entidades autárquicas a que se refere o inciso anterior;”*

A mesma história com relação à consultoria.

Pois bem, vocês viram pelo inciso anterior que “representar judicial e extrajudicialmente o Estado e suas autarquias, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas estaduais;” e aqui há o entendimento consagrado de que as universidades públicas, por terem autonomia concedida pela Constituição, têm que ter corpo jurídico próprio diverso do da Procuradoria Geral do Estado. A Constituição Estadual procurou dar o mesmo contorno que dá à Constituição Federal. Daí a Procuradoria representar judicial e extrajudicialmente o Estado e as autarquias, prestar consultoria e assessoria jurídica, excluindo, obviamente, as universidades. O inciso V que falava em assessoramento técnico-Legislativo ganhou mais o ‘jurídico’, que já existia nos termos da lei, mas não estava muito claro em nível constitucional. O inciso V, passa a vir com a seguinte redação:

c) o inciso V:

*“V - prestar assessoramento jurídico e técnico-Legislativo ao Governador do Estado;”*

E finalmente o inciso IX, passa a vigorar com a seguinte redação:

d) o inciso IX:

*“IX - realizar procedimentos administrativos, inclusive disciplinares, não regulados por lei especial;”*, ou seja, os procedimentos administrativos, que já eram de atribuição da Procuradoria, nos termos da lei, passam, agora, a ser atribuição da Procuradoria em nível de Constituição Estadual e inclusive os procedimentos administrativos disciplinares. Portanto, creio que consigo, neste curto espaço de tempo, dar um contorno de qual é o papel constitucional da Procuradoria Geral do Estado. Vem da Constituição Federal de 1988, vem da Constituição Estadual de 1989 e agora vem da Emenda Constitucional nº 19, de abril de 2004.

Poderia falar mais alguma coisa, mas tenho a impressão de que, como exposição, cobri o que pretendia falar e fico à disposição de todos às perguntas que os senhores e senhoras quiserem me brindar.

Muito obrigado à Casa pelo convite que me fez, muito obrigado pela possibilidade de falar um pouco sobre a carreira que é, ao mesmo tempo, uma função essencial à Justiça e indispensável à Administração Pública. ”



14/08/2007

## “COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR E O DEVER DE LICITAR”

DR. JOSÉ EDUARDO CARDOZO

Deputado Federal e Membro da Comissão Especial de Licitações e Contratos da Câmara Federal

O Conselheiro Cláudio Ferraz Alvarenga fez a apresentação do palestrante da manhã do segundo dia, Dr. José Eduardo Martins Cardozo, enfatizando a ligação entre eles: “O José Eduardo é da geração de 1981 da PUC, onde nos conhecemos, eu como professor, ele como aluno. Um aluno, diga-se, absolutamente brilhante, de presença muito forte, uma liderança nata.

Sua ascensão profissional foi meteórica. Professor, Procurador Municipal, autor de livros, Vereador, Secretário de Governo do Município, Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, Deputado Federal.

É atualmente figura proeminente na Comissão Especial de Licitações e Contratos da Câmara Federal. É sinal de que as decisões dessa Comissão serão recheadas pela ética do José Eduardo, um bom amigo, um notável jurista, um homem público impecável”.

José Eduardo Martins Cardozo agradeceu e lembrou que o Professor Cláudio Ferraz Alvarenga foi o guia de seus primeiros passos da vida acadêmica; chamou-o de “pai postiço” e de “grande conselheiro”.

Referindo-se ao tema de sua palestra, qualificou-o de polêmico, complicado e tormentoso.



“ Inicialmente gostaria de agradecer ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, aos Srs. Conselheiros, ao Sr. Diretor-Geral, pela oportunidade de estar aqui com todos os senhores e senhoras nesta manhã.

E não poderia deixar de dizer que me emociona profundamente compartilhar desta Mesa com o meu, diria, “pai postiço”, Cláudio Ferraz de Alvarenga. Cláudio, para mim, é realmente a figura de um pai, porque os primeiros passos que dei na vida acadêmica foram orientados, indicados, sugeridos pelo Professor Cláudio Ferraz de Alvarenga, inclusive no primeiro caminho docente e, sempre, nos momentos agudos da minha vida meu grande conselheiro pessoal. Portanto, para mim, é uma honra a oportunidade de estar aqui com os senhores e senhoras compartilhando esta mesa com meu pai “postiço”, de quem sou filho por afinidade absoluta durante tantos anos.

E agradecer também o tema que me foi indicado para falar, um tema polêmico, complicado, tormentoso, e que, com certeza, voltará à baila de reflexões se, como lembrou o Professor Cláudio Ferraz de Alvarenga, for aprovado pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei que altera a Lei Federal nº 8.666/93.

Como os senhores sabem, há um Projeto de Lei encaminhado pelo Poder Executivo, fazendo parte do PAC, o Plano da Aceleração do Crescimento proposto pela Presidência da República. Esse Projeto de Lei sofreu modificações na Câmara dos Deputados, foi aprovado em Plenário e está hoje no Senado. Há possibilidade, desde que a crise política assim o permita, de que ele possa ser brevemente aprovado no Senado; porém, ele terá que retornar à Câmara porque há modificações que possivelmente serão introduzidas pelo Senado; e em chegando à Câmara deverá ser tratado com prioridade,

e acho que neste semestre possivelmente tenhamos a modificação desta Lei. São modificações, no meu modo de entender, substantivas e positivas. Aprendi a ver os projetos de licitação, ao longo da minha vida parlamentar, dividindo-os em duas categorias: os projetos de lei do bem e do mal. Normalmente é assim que coloco, especialmente porque sou relator de vários projetos na Comissão de Justiça, em duas pilhas, os do bem e os do mal. Este é um Projeto de lei do bem porque ataca certos problemas de redação da Lei 8.666, apresenta inovações que considero importantíssimas, algumas das quais até noticio rapidamente; por exemplo, a introdução dos mecanismos de informatização nos procedimentos licitatórios; admitir-se-á a criação do sítio oficial que irá substituir publicações, inclusive na versão que saiu da Câmara - isso parece que será modificado no Senado - mas se dispensaria inclusive as publicações em jornais de grande circulação, o que traria uma redução de custos muito grande para os entes públicos; as intimações dos licitantes poderiam ser feitas via Internet, por via desse sítio; há uma modificação substantiva no Pregão, que tem sido avaliado como uma modalidade positiva na sua aplicação à administração pública: haverá uma extensão do Pregão para obras e serviços de engenharia, dentro de certos limites; modificações, portanto, bastante relevantes, como, também, a possibilidade de inversão de fases entre a habilitação e a classificação, conforme já se admite na Lei das Parcerias Público-Privadas, nas PPPs, e como já existe também na própria Lei nº 10.520/2002, que disciplina o Pregão. São modificações interessantes, com reflexos imediatos. Haverá uma atualização das faixas de modalidade de licitação, se for mantida a posição da Câmara - isso pode cair no Senado - ou seja, pegar-se-ão os valores que atualmente estão vigentes no artigo 23 da Lei Federal nº 8.666/93 e far-se-á uma atualização a partir da data de entrada em vigor da Lei 8.666, o que elevará, claro, os patamares das diferentes modalidades, e elevará também o patamar de dispensa de licitação por pequeno valor. São modificações bastante expressivas, algumas das questões que eu achava que deveriam ser enfrentadas nós não conseguimos fazer valer - nem sempre o consenso prevalece quando se fala em matéria de licitação - mas a lei, em si, parece-me que qualifica um grande avanço.

E claro que se essa lei for aprovada e sancionada uma questão vai se colocar: o que se aplica dessa lei para Estados e Municípios e o que não se aplica? Ou seja, como pano de fundo de uma das polêmicas que certamente se colocará e se projetará a partir do momento da sua entrada em vigor, será exatamente a questão da dimensão federativa da vigência dessas novas normas, questão que se coloca na Lei Federal nº 8.666/93, a partir exatamente do tema que nos foi dado a refletir, que é o problema da competência para legislar em matéria de licitação.

Adentrando, então, ao tema, e frisando sua atualidade e a dimensão que obviamente se projetará daqui para a frente, se eventualmente essa lei entrar em vigor, gostaria de dizer que nunca foi pacífico entre nós o problema da competência para legislar, em matéria de licitação. Sempre foi uma questão tormentosa, inclusive antes da Constituição Federal de 1988. Quando era vigente a Constituição Federal de 1967, com a alteração dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a polêmica já existia, e forte, porque o texto da Constituição anterior não tinha uma regra explícita na perspectiva de dizer quem é que tinha competência para legislar em matéria de licitação. O dispositivo constitucional que ensejava a polêmica era o artigo 8º, inciso XVII, letra “c” da Constituição Federal anterior, que dizia: “*Compete privativamente à União legislar sobre normas gerais em matéria de Direito Financeiro*”. Posteriormente, uma emenda constitucional alterou a redação do artigo 8º, XVII, c, mas não mudou a sua substância. Essa regra, redigida por esta emenda, passava a ter a seguinte afirmação: “*Compete privativamente à União legislar sobre normas de gestão patrimonial e financeira*”. No fundo, a grande questão era: cabe à União traçar normas gerais em matéria de Direito Financeiro ou de gestão financeira?

Bem, alguns estudiosos achavam que a licitação era matéria de Direito Financeiro, dentre os quais, lembro-me, o saudoso Hely Lopes Meireles, e com base nisso entendiam, então, que a União poderia traçar normas gerais para todo o País em matéria de licitação. Outros autores, como Celso Antonio Bandeira de Melo, Geraldo Ataliba e outros estudiosos recusavam-se a esse entendimento e diziam que a licitação não era um instituto de Direito Financeiro, era um típico instituto de Direito Administrativo. Como o Direito Administrativo pode ser legislado por quaisquer dos entes da Federação, evidentemente, então, cada ente terá a liberdade de ter sua própria lei de licitação, respeitados, evidentemente, os princípios constitucionais, mas não haverá nenhuma necessidade de leis federais, estaduais, municipais, distritais se submeterem a quaisquer mandamentos da legislação federal.

Essa polêmica que se punha antes da Constituição Federal de 1988 foi bastante aguda, mas teve um lado vencedor. Venceu a tese dos que achavam que a licitação era um instituto de Direito Financeiro. Essa tese venceu, e com tal dimensão que a própria União fez editar leis em matéria de licitação que seriam aplicáveis a estados e municípios. Já quando vigente em matéria de licitação o Decreto-lei 200/1967, a Reforma Administrativa Federal, que foi o primeiro grande diploma sistematizador da licitação entre nós, havia uma lei posterior que mandava aplicar o Decreto-lei 200/67 a estados e municípios, e depois outra que também mandava aplicar ao Distrito Federal.

O Decreto-lei 200/67, como todos sabem, foi revogado, na parte de licitações, pelo então Decreto-lei 2300/1986; o Decreto-lei 2300/1986, em dispositivo explícito, mandava que se aplicassem as suas normas gerais a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios, portanto, era dominante a idéia de que a licitação era um instituto de Direito Financeiro e que, portanto, a União estava legitimada a impor normas gerais para Estados, Distrito Federal e Municípios.

E tão forte era a idéia de que a licitação era um instituto de Direito Financeiro que, lembremos, a Constituição de 1967 autorizava a expedição de decretos-leis e tipificava as matérias em que poderiam ser baixados os decretos-leis; uma dessas matérias era Direito Financeiro, e, com base nisso, foi editado o próprio Decreto-lei 2300/1986 e outros decretos-leis que modificaram esse texto. Portanto, era rigorosamente dominante a interpretação de que a licitação era um instituto de Direito Financeiro e que estava a União legitimada a editar normas gerais vinculantes de Estados, Distrito Federal e Municípios. Mas havia forte resistência doutrinária, em corrente minoritária, mas sólida, com a qual pessoalmente sempre concordei. Nunca achei que a licitação fosse um instituto de Direito Financeiro, sempre me pareceu que fosse um instituto típico, próprio e característico do Direito Administrativo.

Pois bem, quando entra em vigor a Constituição Federal de 1988 o jogo muda do ponto de vista das determinações normativas que tratam da matéria. A partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 passamos a ter uma regra explícita sobre competência para legislar em matéria de licitação, não sendo mais necessário fazer-se qualquer referência a se era de Direito Financeiro, ou não, a licitação. Essa regra explícita está no artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal, que fixou, com clareza, a competência para legislar, em matéria de licitação. Posteriormente o artigo 22, XXVII, foi alterado pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que deu nova redação a esse dispositivo, mas não lhe alterou substantivamente a principal diretiva, o principal comando normativo que está nessa norma.

O que diz o artigo 22, inciso XXVII, que, claro, passou a iluminar esta matéria desde 5 de outubro de 1998? Bem, diz o seguinte: *“Compete privativamente à União editar normas gerais, legislar sobre normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades, para a Administração Pública Direta, Autárquicas e Fundacionais da União, Estado, Distrito Federal e Municípios, obedecendo o disposto no artigo 37, XXI, e para Empresas Públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, inciso III”*.

Esse comando constitucional, alterado pela Emenda Constitucional nº 19, para boa interpretação, segundo

me parece, deve ser dissociado em dois aspectos. O primeiro aspecto que quero abordar agora é a idéia de que compete à União, privativamente, legislar sobre normas gerais em matéria de licitação. Uma leitura apressada, com a devida vênia, que alguns até chegam a fazer desse dispositivo, pode sugerir que a competência para legislar, em matéria de licitação, fosse privativa da União; afinal de contas, lá está dito que compete privativamente à União, então, só teremos leis federais em matéria de licitação, pois se é competência privativa, privativa é, então não haveriam inter-leis de outra órbita, de tal maneira que haveria então uma quebra naquilo que tradicionalmente acontece com os institutos de Direito Administrativo, que são passíveis de serem legislados por todos os entes da Federação. Essa leitura, todavia, é rigorosamente incorreta, e a posição dominante vai em outra linha.

A Constituição diz que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais, em matéria de licitação. Ora, se a competência é privativa para legislar sobre normas gerais, evidentemente não é privativa para legislar sobre normas específicas; o que se atribui à dimensão privativa para a União é apenas a competência para legislar sobre normas gerais e, portanto, algum outro ente federativo haverá de ter a competência para legislar sobre normas específicas, donde o entendimento de que, apesar de esta norma estar colocada no artigo 22, que trata da competência privativa para a União, a competência para legislar, em matéria de licitação, é concorrente, ou seja, todos os entes da Federação podem legislar sobre licitação, mas respeitando as normas gerais que a União trace para a matéria. Essa posição é dominante e tem sido expressa em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal. Logo, podemos ter leis municipais, estaduais, distritais, em matéria de licitação, mas sempre respeitando as normas gerais de licitação traçadas do âmbito federal.

Bem, essa questão que me parece rigorosamente clara, enseja alguns pontos de observação. Primeiro deles: sem dúvida está mal colocada essa norma no artigo 22, inciso XXVII. Como diz o Professor Adilson de Abreu Dallari, na sua monografia “Aspectos Jurídicos da Licitação”, melhor teria sido que essa regra tivesse sido colocada no artigo 24, que trata das competências concorrentes, que fala que em matéria de competências concorrentes a União edita normas gerais e os Estados e o Distrito Federal editam as normas específicas que devem obedecer às diretrizes traçadas pela União. Então, lá deveria ter sido colocada essa norma, mas não haverá de ser por um equívoco de geografia normativa do texto constitucional que o sentido da norma haverá de ser alterado; portanto, não há que se mudar o seu sentido.

Segundo ponto: esta regra do artigo 22, XXVII, na mesma dimensão em que dá um poder para a União, um poder de traçar normas gerais para todo o País em matéria de licitação, dá este poder, mas lhe dá um limite. Aliás, é uma característica do Direito, como dizia Renato Alessi. Todo direito envolve implicitamente a idéia de limite; quem tem um direito, tem um direito àquilo e não mais que aquilo, e, portanto, tem uma prerrogativa limitada.

Quando a Constituição Federal dá para a União competência para legislar em matéria de licitação, impondo normas gerais a todo o País, lhe dá esse poder, de traçar diretrizes, princípios, regras gerais para todo o País, mas lhe dá um limite, que é o limite de ter de respeitar o campo específico de competência legislativa de cada ente federativo.

Não existe hierarquia entre os entes da Federação, sabemos disso; o que existe é repartição de competências. O que a União tem em matéria de licitação é a competência para traçar normas gerais, e cada ente da Federação tem competência para traçar suas normas específicas. Não pode a União pretender impor normas específicas a Municípios, a Estados, a Distrito Federal, porque se assim o fizer estará violentando a autonomia legislativa desses entes; iniciativas legislativas específicas da União, em que se tente colocar para outros entes essas normas, evidentemente estão rigorosamente vedadas pelo texto constitucional. Por esta razão, há que se ter claro, então, que essa norma põe prerrogativa e limite para o poder Legislativo da União.

Outra observação importante: é claro que as normas específicas editadas por Municípios, Estados, Distrito Federal deverão guardar consonância com as diretrizes maiores baixadas pela União, é óbvio, mas pode acontecer que isso não ocorra, é possível que uma norma legislativa municipal, estadual, distrital, fique em desacordo com a norma geral federal. Em que situação jurídica ficará esta norma? Como bem diz o professor José Afonso da Silva, isto resulta claramente do próprio artigo 24, que trata das competências concorrentes; a norma específica que colide com a norma nacional em matéria de legislação concorrente tem sempre a sua eficácia suspensa. Essa é a situação jurídica em que fica esta norma. Não se trata de inconstitucionalidade, de ilegalidade, de perda de vigência, não. A expressão é

”suspensão de eficácia”, justamente porque não existe relação hierárquica entre as normas federativas, ou seja, a vigência da lei federal paralisa a projeção de efeitos da lei estadual, municipal e distrital, de tal sorte que não elimina a vigência, mas fica paralisado na sua eficácia. Dirão os senhores, mas isso tem alguma consequência? Direi eu, tem; é que se mudar a legislação federal esta norma não terá sua vigência atingida, então ela poderá voltar a projetar seus regulares efeitos no plano do apenamento jurídico.

Outra questão importante que se projeta relativamente a essa questão é que, não há dúvida, segundo me parece, que o artigo 22, XXVII da Constituição Federal estabelece a possibilidade da União editar normas gerais em matéria de licitação para todo o País, dando, portanto, à União, poder e limite, como eu disse. Agora, a União tem dois tipos de competências legislativas: a competência legislativa nacional, de editar normas nacionais, usando a expressão

de Geraldo Ataliba, onde impõe normas gerais a todo o País, e a competência para editar normas específicas para ela, União, como todos os entes têm. Então, podemos ter leis federais que traçam normas gerais de âmbito nacional e leis federais que traçam normas de âmbito estritamente federal, ou seja, que regem apenas as licitações de âmbito federal. Isto parece claro,

mas disso nasce uma polêmica, que é a seguinte: pode a União editar norma legislativa específica para suas licitações que contrarie a norma geral nacional que ela própria editou? Dirão os senhores: mas isso não acontece, isso é impossível, como vai ser o legislador federal tão incoerente! Ora, não só acontece, como tem acontecido e tudo indica que continuará acontecendo, lhes dou um exemplo não muito longínquo, o Pregão. A origem do Pregão é uma medida provisória, cujo primeiro texto dizia que o Pregão só se aplicava à União. Foi mais tarde, quando o Congresso Nacional transformou a medida provisória na Lei 10.520, que se estendeu o Pregão como norma geral, mas durante muito tempo a medida provisória falava do Pregão como uma modalidade para a União, ou seja, uma norma legislativa específica federal, que contrariava a Lei 8.666, porque o artigo 22, § 8º desta Lei, diz que não poderiam ser criadas outras modalidades de licitação além das cinco ou combinadas aquelas modalidades que estão lá colocadas, então era evidente que a medida provisória contrariava o artigo



22, § 8º, da Lei 8.666, que teria, em tese, a dimensão de norma geral nacional.

Vale ou não vale? Pode ou não pode? A lei da ANATEL, por exemplo, cria uma específica modalidade chamada Consulta, que, sinceramente, ninguém sabe dizer do que se trata, porque não fica claro em que casos cabe, qual o seu procedimento, e remete ao regulamento o tratamento da matéria como se fosse possível um ato administrativo regulamentar cuidar de matéria que só a lei pode tratar. Mas não vou entrar nessa questão do plano do princípio da legalidade. Poderia a lei da ANATEL ter criado uma nova modalidade de licitação específica para aquela autarquia de regime especial? E a PETROBRÁS, que uma lei específica determina a possibilidade dela ter um regulamento próprio em matéria de licitações? E tem. E funciona. Até hoje, no Supremo Tribunal Federal, tem a discussão sobre essa matéria sem uma decisão definitiva. Portanto, senhores e senhoras, tem sido freqüente a edição de normas legislativas federais específicas contrariando a norma geral. Pode? Alguns acham que sim. Usam um argumento estritamente formal, dizendo que são leis federais. A lei nova derroga ou revoga a lei antiga? No caso a lei geral vale para todos, a federal vale para a União, há uma derrogação parcial da norma geral; isto é perfeitamente possível porque são normas da mesma hierarquia e a lei nova prevalece sobre a lei velha. Esta é uma tese que tem sido muito aceita e com a qual, com a devida vênia, eu não concordo.

Perfilado aqui, por exemplo, o entendimento de Celso Antonio Bandeira de Melo e de outros, que acham que, no fundo, ao se imaginar esta possibilidade de estar se atingindo fundamentalmente a *ratio* constitucional do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal. O que pretendeu o legislador no artigo 22, XXVII? Nosso legislador sabe que nossos entes federativos são bastante assimétricos. Temos entes federativos que gastam milhões, bilhões em licitações anualmente. A União, Estados como os de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Municípios como o de São Paulo e tantos outros, mas temos pequenos municípios, cujos gastos são pequenininhos, cuja maior compra que o prefeito faz talvez seja um grampeador. Ora, exatamente vendo essa situação, que efetivamente nós temos, é que o legislador pensou: vamos unificar o instituto da licitação, dando à União a possibilidade de editar normas gerais, dando a espinha dorsal do instituto, dando a dimensão, o arcabouço central do instituto e vamos permitir que cada ente federativo, por suas leis próprias, adapte às suas necessidades, às suas situações locais, vamos permitir isso.

Então, a União tem duas competências, a nacional e a específica, porque unifica o instituto para todos, inclusive para ela, e permite as adaptações específicas.

Ora, se esta é a intenção do legislador, se esta é a *ratio*, como se pode admitir que a União queira unificar para todos as linhas centrais do instituto e ela saia fora daquilo que é para todos? Não tem sentido, não há lógica que a União saia fora da uniformização que ela própria faz para todos os entes federativos, é de uma irracionalidade profunda. E o Direito não pode ser interpretado irracionalmente, não pode a forma prevalecer sobre a substância, sobre a *ratio*, sobre a razão, sobre a sistematicidade do ordenamento; então, não me parece possível que normas legislativas federais possam contrariar as normas gerais de âmbito nacional, situação absolutamente inconstitucional, como aquelas que vêm se repetindo ao longo do tempo, sempre que a União impõe para todos uma regra e ela se considera não igual a todos e sai fora da regra.

É claro que tudo isso nos remete a um problema terrível. A questão é: o que são normas gerais? Esse problema é perverso e de grave importância, porque se eu não souber o que é norma geral não sei até onde a União pode ir, impondo regras para os Estados, Municípios e Distrito Federal, e não sei até onde Estados, Municípios e Distrito Federal podem ir no traçar de suas regras próprias, ou seja, saber o que é e o que não é norma geral; isso é grave, e aí temos que nos socorrer da Doutrina e, quando fazemos isso, a angústia e o desespero, com certeza, tomam conta definitivamente do nosso espírito, Professor Cláudio Alvarenga, porque a Doutrina brasileira tem o hábito de tudo repetir e às vezes nada acrescentar.

Em geral os comentaristas dizem que normas gerais são grandes princípios, grandes diretrizes, grandes delineamentos, mas o que é grande princípio? Aliás, a expressão “grande princípio” é um paradoxo: se é um princípio, já deve ser grande; se é diretriz, já é grande. O que diferencia o grande do específico? Isso é um tormento porque basta olhar a Lei 8.666 e veremos que ali não há só normas gerais. Embora o artigo 1º da Lei 8.666 diga que “*esta Lei dispõe sobre normas gerais em matéria de licitação...*”, ora, meu Deus, tem situações ali que não é possível que seja de princípio, questões de prazo, questões de como começa a contar o prazo, não é princípio que está envolvido aqui. E como dizia aquele tributarista: não adianta colocar na detenção uma placa chamando-a de hotel cinco estrelas que o que está dentro atrairá as pessoas para gozar férias, ou seja, não adianta o artigo 1º colocar uma placa dizendo que esta lei só tem normas gerais porque quando você olha vê que não tem. Admitir-se que o legislador ordinário possa chamar de norma geral o que bem entender significa eliminar o balizamento constitucional do limite que a Constituição impõe para a própria União. Não pode o legislador ordinário trabalhar sobre seus próprios limites

de ação; não pode o legislador ordinário dizer o que é norma geral e o que não é porque não cabe a ele, é uma coisa que vem da Constituição; temos que ter a interpretação constitucional do que é norma geral, e isto é terrível porque o próprio legislador não nos ajuda nesse ponto. Seria de boa técnica que a Lei 8.666 tivesse tido dois títulos; “Normas gerais em matéria de licitação” e depois “Normas da União”, e separasse. Não o fez, chamando tudo de Norma Geral. Tudo “Norma Geral” não é, então cabe ao intérprete, ao exegeta buscar o que é norma geral e o que é norma específica, e aí começa o nosso inferno, o nosso martírio, começa a fonte de insegurança dos Municípios, dos Estados, porque quando pretendem fazer uma lei específica eles dizem: *“Meu Deus do céu, o que eu faço? Se isso aqui for norma geral, eu tenho que seguir. Se não for norma geral, posso ter a minha. Se eu faço a minha, não sei se sigo a minha ou se sigo a federal. Se sigo a minha e depois o Tribunal entende que eu tenho que seguir a geral, estou liquidado. Se sigo a deles e não sigo a minha, estou liquidado, ou seja, não vou fazer lei nenhuma”*. E aí acaba caindo nos entraves perversos e terríveis de uma lei que é feita para entes administrativos gigantes e não adequando à realidade local. Então, perversa é a situação.

Já temos no Brasil uma forte concepção autoritária que inibe às vezes o Município, às vezes até o Estado, de ousar um pouco na parte legislativa. É a idéia de um país centralizado, a idéia de um país que acha que o poder central manda mais, o do Estado manda mais ou menos e o do Município manda nada. Quando na Federação não é assim. Já temos uma cultura autoritária. Agora, na medida em que a dificuldade se coloca o temor é total de produzir normas que não se sabe o que seguir, a minha ou aquela. E eu não sei a resposta. É terrível. Você está diante de duas normas, duas leis e não sabe qual cumprir, e quer acertar, e depois pode ser punido por ter lotericamente seguido o caminho errado.

Essa situação, portanto, é perversa. A lei não ajuda. E vamos à Doutrina e ela também não facilita em nada a nossa vida. Vamos encontrar os autores debatendo, divergindo. Há autores, inclusive, que seguem uma linha, a meu ver, inaceitável: pegam a Lei 8.666, artigo por artigo: “isso é norma geral, isso é norma geral, isso é uma norma geral, isso é uma norma geral.” Isso é um equívoco, não se pode confundir norma com artigo de lei. Nor-

ma é uma unidade lógica; artigo é uma unidade redacional. Um artigo de lei pode ter várias normas, como um artigo pode ter apenas a hipótese de uma norma, apenas o preceito da norma, ou seja, a unidade lógica de uma norma é formada pela hipótese e pelo preceito, logo um mesmo artigo pode ter norma específica e norma geral.

Vou lhes dar um exemplo, dentro da minha concepção, que, claro, é polêmica. O artigo 109 da Lei Federal nº 8.666/93 trata dos recursos - aliás, haverá possivelmente uma alteração aí, a proposta de lei que tramita no Congresso Nacional eliminará o efeito suspensivo das licitações, os recursos em matéria de licitação terão só efeito devolutivo, mudança expressiva -, mas o artigo 109 tem uma característica, ele tem uma série de minúcias. Por exemplo, o artigo 109, nos seus parágrafos, diz como é a tramitação dos recursos e lá admite às comissões de licitação, ou a quem faça as vezes delas, que nos recursos que se interpõe contra a habilitação

e contra a classificação possa haver juízo de retratação da comissão de licitação, que então se retrata e pode voltar a decisão. Isso é um princípio; será que uma lei municipal não poderia eliminar esse juízo de retratação, por exemplo? Vamos partir do pressuposto que possa; então o 109 é todinho norma específica? Não. Há uma norma geral que promana do artigo 109, ao lado de outras situações específicas,

que é: não é possível eliminar-se qualquer recurso administrativo de decisão tomada em licitação. Isso é um princípio. Todas as decisões são passíveis de recurso, no que concerne à habilitação e ao julgamento. Eu não posso ter uma lei estadual e municipal que elimine o recurso em matéria de habilitação, por exemplo, porque isso é um princípio, uma diretriz. Logo, o artigo 109, enquanto unidade redacional, tem normas gerais e pode ter normas específicas, isso acontece na lei toda e eu não posso separar artigo por artigo. É uma questão difícil e problemática.

Temos algumas monografias que tratam desse tema, como a monografia que creio, seja clássica, da professora Alice Gonzalez Borges, professora baiana, que trata das normas gerais em matéria de licitação.

Embora não resolvido, quero apresentar dois pontos de reflexão aos senhores, para entender o que seria norma geral, sob minha responsabilidade e sob, claro, daqueles que assim o disseram. O que é norma geral? Em primeiro lugar, o professor José Afonso da Silva,



de forma muito feliz, pioneiramente, num estudo feito há muitos anos atrás sobre Direito Financeiro, e agora reproduzido em alguns dos seus estudos, chega a usar uma expressão que eu acho boa, que é a seguinte: “Norma geral é a situação que gera direito sobre direito”. O que ele quer dizer? Veja, toda norma legislativa é geral, toda. Aliás, não sou eu que o digo, o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil diz que a lei terá efeito geral e imediato, ou seja, em regra, a lei é geral, tem exceções, temos leis de efeitos concretos, mas, em princípio, ela é geral. Logo, quando a Constituição fala que as leis ou que a competência legislativa pode produzir normas legislativas gerais e específicas, nós estamos, tanto para as gerais como para as específicas, no campo da generalidade comum das leis. A própria norma legislativa específica tem que ter a generalidade comum das leis, porque ela é legislativa.

Logo, a norma geral é aquela que tem uma generalidade legislativa maior do que a generalidade comum das leis, porque se toda a lei é geral, a norma legislativa específica, comparativamente com outras normas, já tem a generalidade comum das leis. A norma legislativa geral tem que ter uma abrangência de generalidade superior à generalidade comum das leis. E aí diz José Afonso da Silva: “A norma geral é aquela que, ao tratar de uma matéria, não a exaure, permitindo que uma outra norma legislativa trate do mesmo assunto no campo da generalidade comum”. Ou seja, norma geral é aquela que tem uma tal abrangência que ao tratar do assunto permite que uma outra norma legislativa, no campo da generalidade comum, trate do mesmo assunto portanto, é aquela que não exaure o conteúdo normativo, é aquela que dá espaços de regulação legislativa. Por isso ela é a diretriz, é o princípio, porque princípio não exaure a normatividade da matéria, princípio aponta o caminho da matéria e a outra lei vai tratar seguindo aquele caminho.

Então, por exemplo, o artigo 109 diz, como norma geral: “Decisões tomadas quanto à habilitação e julgamento têm que ter recurso”. Agora, a forma do recurso, a quem você dirige o recurso, se você apresenta para comissão de licitação ou direto para na autoridade, isso é específico, há espaço para uma outra lei tratar do mesmo assunto no campo da normatividade geral comum das leis. Então, esta é a primeira dimensão, ou seja, norma geral é aquela que não exaure a normatividade, gerando uma situação de direito sobre direito, o direito da norma geral sobre o direito da norma legislativa específica. Esta expressão, a meu ver, feliz, de José Afonso da Silva, ao tentar demonstrar o que é norma geral.

De outro lado, outro fator deve nos iluminar na formação do que seja norma geral, é a própria razão de ser desta afirmação de competência. No fundo, o que quis

o legislador constitucional? Permitir que o instituto da licitação tivesse uma identidade, uma antologia nacional, um ser nacional. Em tudo? Não, em seus aspectos fundamentais, naquilo que não afeta a regionalização, naquilo que não afeta a dimensão regional, naquilo que seria irrazoável que todos não fizessem igual. Logo, a norma geral é aquela situação que permite gerar direito sobre direito, mas também impõe diretivas que têm a ver com a essência do instituto da licitação, e que seria irrazoável que entes fizessem diferente. Por exemplo, modalidades de licitação. É norma geral? A meu ver é. Porque é um balizamento geral e seria absurdo que cada município, cada estado, cada ente tivesse a sua forma de fazer licitação. Isso tem a ver com o enquadramento do instituto numa perspectiva nacional importante.

Isso, a meu ver, é norma nacional.

Tipos de licitação. Seus critérios de julgamento. É norma nacional? É, porque é uma diretiva na Lei 8666. A Lei 8666 não deixa a critério do administrador livremente escolher os tipos. Diz que o tipo regra é o menor preço. Só em casos excepcionais eu vou escolher a melhor técnica, técnica e preço, maior lance e oferta; essa diretiva que o tipo regra é o menor preço e as exceções têm que ser colocadas no plano da identidade do instituto. Seria irrazoável que os entes fizessem diferente. Portanto, a conjugação desses dois elementos, a situação de direito sobre direito e a dimensão do que é essencial para o instituto, na perspectiva de por que aquele Município precisa ser diferente, por que aquele Estado precisa ser diferente? Essa é a pergunta que se deve fazer na leitura do que é norma geral. Por quê? Muda regionalmente alguma coisa? Se muda, se traz mais facilidade para aquele município com uma identidade própria, então isso pode ser norma específica. É este raciocínio, a meu ver, que o intérprete deve ter como ponto matriz, o que não quer dizer, sinceramente, que resolva os problemas, porque em parte dessa matriz nós vamos ter discussões concretas, mas pelo menos temos que ter uma matriz de pensamento do qual partimos para orientar o nosso pensamento de reflexão.

Assim me parece a primeira parte desse dispositivo, ou seja, a expressão “Norma Geral de Licitação”, mas há uma segunda parte, que falarei brevemente, para não ocupá-los muito e atormentá-los sobremaneira, porque sobre esse artigo podemos falar dias e dias. É a mudança feita pela Emenda Constitucional nº 19.

A Emenda Constitucional 19 trouxe coisas boas, mas trouxe grandes confusões. Trouxe o contrato de gestão, que ninguém sabe bem o que é, para que serve e quando servir vai dar uma discussão medonha, várias confusões. Uma delas está no artigo 22, XXVII, porque a redação é estranhíssima, se me permitem vou reler e dizer o porquê.

Vejam só:

“Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre:*

*XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as Empresas Públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”*

Vamos checar? O que é o artigo 37, XXI? É o dispositivo que estabelece o princípio da obrigatoriedade de licitar para a administração direta e indireta. Espere aí. Mas é administração indireta? É. Sociedade de Economia Mista e Empresas Públicas não é administração direta? É. Mas, engraçado, ele está tirando sociedades de economia mista e Empresas Públicas do artigo 37, XXI e manda seguir o artigo 173, parágrafo 1º, inciso III, dispositivo que fala que uma lei estabelecerá um estatuto disciplinador da atuação de Sociedade de Economia Mista e Empresas Públicas e suas subsidiárias exploradoras de atividade econômica, ou seja, não é de todas as Sociedades de Economia Mista e nem de todas as Empresas Públicas, é só das exploradoras de atividade econômica; as prestadoras de serviços públicos não estão no artigo 173, § 1º. Ora, mas ele está falando de todas as Sociedades de Economia Mista e de todas as Empresas Públicas! Bem, em síntese, o que quis dizer o legislador?

Se nós formos checar pela literalidade da lei eu terei que dizer: nada, porque é incompreensível, rigorosamente incompreensível. Ele tira a Sociedade de Economia Mista e Empresas Públicas do artigo 37, XXI, remete ao artigo 173, § 1º e não trata de todas as sociedades de economia mista e Empresas Públicas, só de algumas. Então, como se diz, quando o legislador faz confusão, cabe ao intérprete esclarecer. O que quis fazer o legislador com isso? Há polêmica, mas, a meu ver, a melhor maneira de resolver a polêmica é o seguinte: o que quis fazer o legislador foi reconhecer uma identidade diferenciada para Sociedade de Economia Mista, Empresas Públicas e subsidiárias exploradoras de atividade econômica, este foi o objetivo da mudança. Por quê? Sabemos que as Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas exploradoras de atividade econômica atuam no mercado e entram em regime de competição, e o pró-

prio artigo 173, § 1º, nos sugere que elas têm que atuar sob o regime das pessoas privadas. Claro, porque vão competir no mercado.

Vamos imaginar que o Governo Federal resolva criar a Pipocobrás S/A, empresa que produz e comercializa pipoca. Se a nossa Pipocobrás - produzir pipoca é exploração de atividade econômica, porque não é serviço público - resolver atuar no mercado tendo privilégios que os demais pipoqueiros não têm, ou tendo ônus que os demais pipoqueiros não têm, ou ela quebrará pelos ônus ou matará os outros pipoqueiros pelos privilégios. Portanto, o que a Constituição quer? “*Olha, o Estado vai criar pessoa que explora atividade econômica, atua e impera em igualdade de regime de regime de pessoas privadas, competição, sem ônus, sem privilégios*”.

Com base nisso, o problema da licitação se coloca, ou seja, se nós formos colocar o dever de licitar para essas pessoas da mesma forma que colocamos para as

pessoas privadas comuns, isto é, se o pipoqueiro, para cada saco de pipoca que vender tiver que fazer um processo de dispensa de licitação, abrir uma licitação para comprar milho e comprar sal, aí quebra a Pipocobrás, evidente. Chega um indivíduo para vender milho no mercado e fala: Olha, a Pipocobrás vai comprar esse milho baratíssimo, preciso vender imediata-

mente, estou enforcado, você compra? O presidente da Pipocobrás diz: compro, tenho interesse. Agora, vamos abrir uma licitação, o senhor faz a proposta dentro de trinta dias pelo valor, e se não houver recurso, dentro de noventa dias, mais tardar, cento e vinte, esse milho está no meu estoque. Morreu, acabou a Pipocobrás, o indivíduo já vendeu para outro, não há como se colocar o dever de licitar na exploração de atividade econômica da mesma maneira em que se coloca para a administração como um todo.

O que o legislador quis fazer foi amoldar essa situação, nos seguintes termos: primeiro, creio que quis permitir que Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas exploradoras de atividade econômica e suas subsidiárias tivessem uma legislação própria para suas licitações. O estatuto que vai disciplinar as exploradoras de atividade econômica terá que prever regras próprias, específicas e especiais para suas licitações, ou seja, embora não precisasse modificar a Constituição para fazer isso, porque poderia ser feito por lei ordinária, o que



quis o legislador constitucional foi criar normas especiais para as licitações das exploradoras de atividade econômica, simplificando-as, admitindo simplificação. Essas normas ainda não existem, claro, esta lei do artigo 173, § 1º ainda não foi criada: portanto, creio, ainda hoje, as exploradoras de atividade econômica devem se submeter à 8.666/93, contrariamente do que acontece com a Petrobrás, que é exploradora de atividade econômica sob regime de monopólio e por uma lei especial, que contraria a norma geral da União, tem regulamento próprio, e ofende, também, o artigo 173, § 1º, porque não podemos ter legislação específica para uma exploradora de atividade econômica, mas temos que ter um estatuto para todas.

Além disso, creio que uma outra resultante decorre. Se Sociedade de Economia Mista e Empresas Públicas exploradoras de atividade econômica têm que ter o regime jurídico das pessoas privadas, mesmo tendo uma legislação própria, elas têm que ter uma situação diferenciada. Por quê? Creio que a Constituição impõe para elas uma atenuação no seu dever de licitar, por imperativo constitucional, porque, mesmo com procedimentos mais simplificados, é impossível imaginar-se o dever de licitar para certas atividades sem matar a empresa no berço da sua atividade. É por isso que os Tribunais desenvolveram aquela visão, a meu ver correta, embora precise ser um pouco aprofundada, de diferenciar os contratos-fim dos contratos-meio das empresas exploradoras de atividade econômica. Os contratos-fim, isto é, os contratos cujo objeto tem a ver com a atividade econômica para a qual a empresa existe, esses não precisam ser licitados, independentemente de qualquer lei que diga isso, porque decorre do texto da Constituição. Já os contratos-meio, que são os contratos instrumentais, que são os contratos que não têm a ver com o objeto da atividade da empresa, esses precisam ser licitados. Por que se faz isso? Porque exigir-se a licitação nos contratos-fim significa matar a disputa, a competição, violar a Constituição quando manda que essas empresas se sujeitem ao regime das pessoas privadas; mas relativamente aos contratos-meio, ou seja, aqueles contratos que em si não exigem a competição, que não prejudicariam a competição de mercado, são meramente instrumentais, esses têm que ser licitados, precisam ser licitados, porque o dever de licitar se coloca para essas pessoas por força do artigo 37, XXI, da Constituição Federal.

Essa é uma posição que tem sido expressa pela Doutrina, aceita por segmentos da jurisprudência, mas que às vezes traz problemas, porque dizer o que é contrato-fim e contrato-meio nem sempre é tão tranquilo assim. Por exemplo, comprar milho para a Pipocobrás é contrato-fim? É. Vender pipoca para a Pipocobrás, é contrato-fim? É. Agora, construir um galpão para guardar milho é contrato-fim ou não é? Começa a discussão.

A meu ver, o critério interpretativo exegético correto para diferenciar o que é fim do que é meio, não é discussão nem do que é fim e nem do que é meio, mas é a discussão da competitividade atingida ou não da empresa. Se eventualmente, naquele caso, ficar claro que exigir licitação atrapalha a competitividade da empresa, em condições de comparação com o que fazem as empresas privadas que atuam no setor, é contrato-fim, e como tal não deve ser licitado, mas se é daqueles contratos, como por exemplo, vamos construir um armazém, muda a competitividade se eu fizer uma licitação? Não, não muda. Então tem que fazer a licitação. Ah, mas é fim porque vai guardar milho. Desculpe, o norte não é a discussão aristotélica se é fim ou se é meio, se é essência ou se é acidente, a discussão é se atrapalha ou não a competitividade, este é o norte objetivo que deve guiar esta classificação porque o mandamento constitucional, a *ratio* constitucional é: tem que se sujeitar ao regime das pessoas privadas para que possa atuar em pé de igualdade no mercado, esse é o horizonte, se não atrapalhar em absolutamente nada a competitividade e a atuação no mercado, não tem por que realmente termos qualquer injunção na perspectiva de dizer que não devem licitar. Em síntese, já abusando demais da palavra, mas dizendo que é impossível, em curto espaço de tempo, tratar de todas as situações jurídicas que permeiam este terrível tema, que é a competência para legislar em matéria de licitação, digo aos senhores e senhoras que este tema é sempre presente, sempre recorrente, haverá de surgir novamente se o Congresso Nacional aprovar esta lei porque vamos discutir que aspectos se aplicam ou não ao Estado, ao Município, da nova lei que modificar a 8.666, com grandes polêmicas, grandes discussões e com muito trabalho para os Tribunais de Contas.

Muito obrigado. ”



14/08/2007

## “CRIMES NA LICITAÇÃO”

DR. DIOGENES GASPARINI

Advogado e Professor

Qualificado pelo Conselheiro Renato Martins Costa como “um dos maiores administrativistas do País, cujo currículo fala por si só”, o Dr. Diogenes Gasparini, Professor e Advogado é autor de vários livros, entre eles o intitulado “Crimes na Licitação”, o mesmo título de sua palestra.

O Dr. Renato observou que a palestra do Dr. Diogenes daria um brilho especial à Semana Jurídica, “ainda mais tratando de um assunto que faz parte do dia-a-dia da Casa”.

O palestrante começou contando que os crimes não faziam originariamente parte da Lei 8666/93 e que se tornaram um capítulo dela “sob o clamor da sociedade organizada.”

Revelou que o projeto de lei foi para o Senado sem o capítulo sobre os crimes e voltou com ele; e lamentou que a lei completou 14 anos com pouquíssima eficácia (“O número de condenações é menor do que o dos dedos das nossas mãos”), segundo ele, devido a pelo menos três motivos: a cultura universal da corrupção, a certeza entre nós da impunidade, e o zelo excessivo do legislador em tipificar como dolosos (“sempre de comprovação difícil”) os crimes de licitação.

“Ou seja, esta lei precisa ser repensada nos seus termos penais”.



“ Em primeiro lugar, quero agradecer ao Conselheiro Dr. Antonio Roque Citadini, digníssimo Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, pelo honroso convite para falar aos senhores nesta 5ª. Semana Jurídica, promovida por esta Corte de Contas, por meio da Escola de Contas, sobre o tema “Crimes na Licitação.” Em segundo lugar quero agradecer as palavras gentis do ilustre Presidente desta Mesa, Conselheiro Dr. Renato Martins Costa, e espero que ele não se arrependa do que disse porque certamente as palavras foram brotadas em razão da amizade e não daquilo que nós somos, como diria um velho artista, já falecido na televisão, “merecerentes”. Quero cumprimentar todos os senhores e agradecer desde já demonstrarem muita paciência em nos ouvir nestas duas horas praticamente de exposição que se fará.

Não se pode tratar dos crimes na licitação se nós não fizermos um pequeno histórico a respeito da legislação. Por que apareceu, ou apareceram, os crimes da lei de

licitação? E nisto, compulsando os jornais de algumas décadas atrás, vamos verificar que havia uma pressão social para que o Congresso Nacional instituisse uma lei de licitações e contratos e que também tratasse dos crimes. Esta era uma preocupação que a todo instante era mencionada pela mídia falada, escrita, televisada, era objeto constante da ordem dos advogados, dos estudantes, dos Tribunais de Contas, do Ministério Público, do Clero. Havia, portanto, uma preocupação de toda a sociedade no sentido de tentar, através de crimes específicos, uma lei especial, todo o abuso que vinha ocorrendo no trato com as despesas públicas decorrentes das contratações e das licitações. Os desmandos, os senhores se lembram, embora muitos aqui sejam jovens, mas se lembram que na área das licitações e contratações chegavam às raias do absurdo. A corrupção campeava aberta nas três esferas de Governo. Os crimes licitatórios do Código Penal, pelas fragilidades, digamos assim,

das suas penas, não conseguiam repor aquele movimento contrário à moralidade administrativa nos devidos locais, no devido posicionamento dentro da administração pública. Eram penas brandas que não assustavam nenhum daqueles que agiam contrariamente às regras da moralidade administrativa.

Nesta linha, foram apresentados vários projetos de lei, em várias oportunidades, surgiram, então, tentativas para se dotar o ordenamento jurídico de uma lei nestas condições, que a sociedade como um todo exigia. Mas essas tentativas acabavam sempre nos escaninhos do Congresso Nacional, elas não progrediam. Até que chega um Projeto para apresentação à Câmara dos Deputados, de autoria de um Deputado lá do Rio Grande do Sul, um engenheiro também, que era o Roberto Pontes. Este Deputado apresentou um Projeto de Lei, como a maioria dos projetos, sem nenhuma preocupação com os crimes licitatórios. A preocupação que se nota neste projeto, que depois acabou se tornando a Lei nº 8666, era no sentido de resolver alguns problemas ligados às licitações de obras e serviços de engenharia, tanto é que quem está habituado a mexer com a lei de licitação encontra, às vezes, muita dificuldade. E começa a perguntar: *“será que eu preciso de um projeto básico para fazer compras? Porque a lei fala em projeto básico”*.

Então, a preocupação deste Deputado era neste sentido. O projeto apresentado foi amplamente discutido na Câmara dos Deputados, foi aprovado e foi remetido para o Senado. No Senado também foi discutido, houve alteração e voltou para a Câmara dos Deputados, que faz parte do processo legislativo, com uma seção que não tinha antes no projeto original. Era exatamente a Seção III, do Capítulo IV, que tratava dos crimes e das penas.

Na Câmara não sofreu nenhuma outra alteração. Aprovou-se e remeteu-se para a Presidência da República que, através de uns vetos, sem nenhum em relação à matéria penal, acabou por sancionar este Projeto de Lei que se transformou, então, na Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública, a conhecida Lei nº 8666. Portanto, a Lei de Licitações e Contratos passou a vigorar, a partir da sua vigência, com esta parte referente aos crimes da licitação, inaugurando, assim, um procedimento que de há muito era desejado pela sociedade como um todo.

Esta Lei é uma lei nacional. Neste particular, as regras que tratam dos crimes não são normas gerais, como parece indicar o artigo 1º da Lei nº 8666, que dispõe sobre as normas gerais de licitações e contratos. Não se trata de norma geral, isto porque a União, com exclusividade, dispõe sobre crimes. Não se pode imaginar que aí tivéssemos normas gerais, são normas nacionais aplicáveis a todos que se enquadrarem em uma das disposições da legislação penal trazida por esta lei. Com

sua entrada em vigor, além de revogar o Decreto-lei Federal nº 2300, também acabou revogando alguns artigos do Código Penal. O Código Penal também tratava de algumas condutas próprias do procedimento licitatório e, também, como não poderia deixar de ser, estabelecia sanções para o descumprimento desta legislação licitatória. Desses artigos que foram revogados podemos citar o artigo 326 e o artigo 335. A Lei nº 8666, no entanto, sozinha, é incapaz de realizar os seus objetivos porque, no aspecto penal, embora tenha tido uma boa intenção, é insuficiente. É insuficiente por quê? Porque ela precisa do apoio do Código Penal, especialmente naquilo que é a parte geral. Precisa do Código de Processo Penal, ainda que a própria Lei de Licitações traga um grupo de cláusulas de natureza processual penal. Mas são poucas, daí a necessidade da lei processual penal. E, sobretudo, precisa da lei de execuções penais. Portanto, só com uma aplicação subsidiária, como diz o artigo 108 da Lei nº 8666, é que nós vamos poder ter eficácia das normas penais aí estabelecidas.

Esta lei já completou quatorze anos. E aí perguntamos: ela diminuiu os desmandos do poder público? Ela evitou a improbidade administrativa? Evitou o superfaturamento? Proporcionou melhores interesses para o poder público? Eu não preciso responder, todos os senhores diriam não. De fato, ela não atende a isto. Ela não alcançou os seus objetivos. E basta prestarmos atenção nas notícias dos jornais, da mídia, de um modo geral, para verificarmos que nada mudou em relação àquilo que estava acontecendo há vinte anos atrás, há trinta anos atrás. Mas qual seria a razão desta ineficácia? Deve ter alguma razão. É claro que nós só podemos supor as razões que acabem por levar à ineficácia desta lei. A primeira razão, mais abrangente, é exatamente a cultura universal da corrupção. A corrupção existe em todo lugar, mais ou menos punida, mais ou menos severamente, mas ela existe em todo lugar. Então, a corrupção universal está aí e é exatamente uma razão, a meu ver, pela qual a lei não conseguiu alcançar a sua eficácia. Mas não é só isto, a certeza entre nós da impunidade. Todos sabem que para ser punido, a exemplo de Lalaus que existem por aí, é um caminho enorme, difícil, recursos e mais recursos, medidas uma atrás da outra, para prolongar a permanência do cidadão criminoso no seio da sociedade.

A grande dificuldade também, a meu ver, está no fato de que todos os crimes da Lei de Licitações são crimes dolosos. E a comprovação do dolo é muito mais difícil do que a comprovação da culpa. Quando o legislador resolveu atender os reclamos da sociedade a sua intenção foi dotar aquelas figuras penais de sanções extraordinárias, porque só assim conseguiria, digamos, aplacar a ânsia da sociedade em ver os corruptos atrás das grades. E

como fazer isto? Teria que considerar os crimes dolosos, que justificariam uma pena maior. E as penas que estão na Lei de Licitações são tremendamente maiores do que aquelas que estavam no Código Penal. É uma lei extremamente rigorosa nesse particular, só que o legislador não se atentou para a dificuldade da prova necessária para comprovar o dolo. O prefeito assina lá, homologa um processo de licitação, ainda que esse processo tenha sido mal formulado; será que nós podemos dizer que ele assinou com dolo? Será que assinou porque ele queria exatamente aquele resultado, aprovar, homologar uma licitação irregular? Como fazer esta prova? É difícil, muito difícil. E, em razão disso, o que acontece? O Ministério Público tem dificuldade de apresentar as denúncias. E quando consegue apresentar a denúncia fica difícil a prova em juízo. O que acabamos conhecendo é a absolvição deste, a absolvição daquele, e ninguém acaba indo para a cadeia. Ou quantos foram em quatorze anos presos porque infringiram uma norma penal da Lei de Licitações? Acho que dá para contar nas duas mãos. Não temos mais do que isso, não. Eu vivo todo dia procurando a jurisprudência para acrescentar no nosso livrinho, para dar mais força à nossa argumentação, e não consigo achar. Meia dúzia de exemplos, só.

Então, eu acho que tudo isto é que tornou esta lei desacreditada por todos. É como se não tivéssemos uma lei capaz de resolver os problemas da corrupção, dos desmandos dentro da Administração Pública. Por isso, esta lei precisa ser repensada. Não adianta nada esta lei nos termos em que ela está, termos penais; em termos administrativos não se coloca o problema. Então, ela precisa ser repensada. E para isso existe uma boa vontade enorme. Constantemente os jornais noticiam que o Governo Federal apresentou um projeto, depois retirou aquele e apresentou um outro, o deputado tal apresentou mais um projeto, e a coisa vai caminhando. Agora mesmo temos lá um Projeto de Lei preparado pelo Ministério do Planejamento, Projeto de Lei nº 7709, deste ano, de janeiro, que altera alguns dispositivos da Lei de Licitações e Contratos sem tocar numa única vírgula daquilo que é a legislação penal continha nesta lei. Ninguém se preocupa com isto. Vai passar e vai continuar a mesma coisa.

Enquanto esta lei nova não chega vamos conhecer as hipóteses penais da lei atual, Lei nº 8666, hipóteses penais que estão indicadas nos artigos 89 até 98. Claro, o tempo não vai dar para falarmos sobre todas elas, mas algumas que nós achamos assim mais relevantes nós vamos conversar. Mas antes disso precisamos fazer algumas considerações sobre certos institutos que precisam ser compreendidos para melhor entender o mecanismo destas hipóteses penais. Se nós não fizermos isto, claro, correremos algum risco de não sermos compreendidos.

Vamos começar com o artigo 82. Não tem nada que ver especificamente com uma hipótese penal.

Este artigo 82, ele prescreve: “*Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e dos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.*”

Por que nós trouxemos este dispositivo a contexto aqui? Porque nós queremos saber o que significa agente administrativo. O que significa esta expressão? Serão servidores públicos? Teria esta expressão um sentido estrito? Porque fala em agentes administrativos? Não seria no sentido amplo? Haveria uma contradição entre este dispositivo e um outro, que é o 84, que define o que é agente público, servidor público e que dispõe de forma diferente?

Analisando o texto dentro da sistemática da Lei de Licitações e Contratos nós pensamos que esta expressão “agentes administrativos” significa todos os que são responsáveis por qualquer função administrativa. Não importa a hierarquia, o cargo, não importa a natureza da investidura, o que importa para nós, segundo aqui o nosso entendimento, que ele, no momento, esteja desempenhando uma função de natureza administrativa. Por exemplo, o Vereador; Vereador não é agente administrativo, ele é um agente político, tem um vínculo político com o município, não é agente administrativo. Mas, se este Vereador, dentro da sua Câmara, for o Presidente da Comissão de Licitação, passa a desempenhar uma função administrativa e, a meu ver, está incluído nesta definição de agente administrativo. A mesma coisa poderíamos pensar no Magistrado ou no Conselheiro quando homologa um processo licitatório. O Conselheiro, ou o Magistrado, ou mesmo um membro do Ministério Público, quando homologa e eventualmente adjudica um processo licitatório, ele está exercendo o quê? Função jurisdicional? Não. Está exercendo função administrativa. Então, ele, também, no nosso modo de ver, está incluído nesta expressão “agentes administrativos”.

Portanto, em resumo, nós podemos dizer que não há contradição entre a idéia de agentes administrativos, dada aqui por este artigo 82, com a definição de servidor público, dada pelo artigo 84. Mas, o que fala o artigo 84?

O artigo 84 diz: “*Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.*”

O conceito aqui é amplo, e depois ele amplia mais no seu parágrafo único, que vamos ver um pouquinho para frente. É claro que aqui, neste conceito, precisaríamos descobrir o que é servidor público.

O que é servidor público? Servidor público é o que exerce, mesmo que transitoriamente, com ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público. O próprio conceito responde a esta nossa preocupação. Não interessa para a Lei de Licitações, portanto, em face a esse artigo 84, qualquer conceito dado por outras leis. Não interessa, por exemplo, o conceito dado pela Lei nº 8112, de 1990, a lei federal que instituiu o Estatuto dos Servidores Civis da União, e que diz que para esta Lei servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público. Não interessa para a Lei de Licitações este conceito, e também não interessa para esta Lei o conceito de servidor dado pelo Código Penal, que é muito parecido com este do artigo 84. O 84 é propositadamente um conceito amplo ou o 84 oferece um conceito amplo. A preocupação é alcançar todos. Mas aí vem uma pergunta: Alcança também o funcionário de fato? Depois, ser for o caso, a gente responde. E fica aí jogada esta pergunta para aguçar os nossos neurônios.

Eu tenho uma posição. Funcionário, de fato, os senhores sabem, é aquele que, sem qualquer vínculo, em situações emergenciais, assume a prestação de serviço. Este é o funcionário de fato. Este, também, estaria incluído aqui no conceito do artigo 84. O texto fala também em transitoriamente. O que é transitoriamente? O que significa isto? Significa exercício de cargo, função ou emprego público por pouco tempo, exercício de pequena duração. O exemplo disso poderia ser um engenheiro que fosse convidado para presidir uma comissão para a escolha, via concurso, de um projeto arquitetônico. Então, enquanto ele atua como presidente desta comissão para a escolha do projeto arquitetônico, que é um processo licitatório, ele é um servidor temporário, seu trabalho é de curta duração. E seria, portanto, considerado servidor porque a todas as outras exigências ele atende. Mas aí estão também todos aqueles que são contratados pelo artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal, que são os contratados por tempo determinado, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público. Esses também são temporários, se bem que a Administração Pública deturpou tudo. E agora vai deturpar mais. Eu vi a manchete do jornal deste tamanho, e era maior que a folha do jornal: 260 mil servidores serão, por emenda constitucional, transformados em servidores efetivos, sem concurso.

Agora, eu pergunto: E o leiloeiro? Leiloeiro oficial. Os senhores sabem que o leilão feito pela Administração Pública, para a venda, digamos, de sucata, pode ser feito por um leiloeiro administrativo ou por um leiloeiro oficial. O problema, em relação ao leiloeiro administrativo não se coloca porque ele é um servidor. Mas, e o leiloeiro oficial? Ele seria servidor? Veja que ele preenche todas as outras exigências do contrato, aliás, da definição. En-

tão, mais uma perguntinha aí para pensarmos, se atende ou não atende.

O conceito ainda fala em “sem remuneração”. O que isto significa: sem remuneração? Significa sem qualquer pagamento. É o óbvio isto, não há muita preocupação. É o caso, por exemplo, daqueles que prestam serviço voluntário. E quem presta serviço voluntário também é servidor público, nestes termos aqui. Poderia ser enquadrado nesse rol de crimes se praticasse eventualmente um ato licitatório que se enquadrasse nessas hipóteses. Eu diria que o advogado, aquele advogado que presta voluntariamente seu serviço, sua ajuda jurídica, a pessoas carentes numa fundação municipal de amparo aos idosos, carentes. Os senhores vão dizer: idoso não precisa disso. Precisa, sim. De vez em quando os filhos não dão a pensão alimentícia que ele tem direito. Como vai resolver este problema? Então, o advogado que trabalha nesta fundação seria um funcionário? Seria um servidor público? Sem remuneração, não recebe nada.

O conceito fala também em cargo. O que é cargo? A definição mais clássica que temos, mais curta que tem, é dada pelo Professor Celso Antonio Bandeira de Mello: cargo é o menor centro de competências. Para o artigo 3º da Lei 8112 cargo é um conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional, que devem ser atribuídas ao servidor. Isto é cargo. Onde eles existem? Existe no Executivo, no Legislativo, no Judiciário, Tribunal de Contas, e assim por diante. A expressão cargo, aqui, é uma expressão ampla, atingindo tantos os cargos de provimento efetivo como os cargos de provimento em comissão. E aí eu pergunto: e os cargos de provimento vitalício? Também são aqui considerados. Vejam que o juiz, eu disse agora há pouco, pode homologar em certas circunstâncias um procedimento licitatório. Então, creio eu que alcançariam também aqueles que são titulares de cargos de provimento vitalício.

O conceito ainda fala em função pública. O que é função pública? É um núcleo de atribuições, de direção, chefia e assessoramento, criado por lei, desempenháveis por titular de cargo efetivo. Isso está escrito na Constituição Federal, lá no artigo 37, inciso V.

De um modo mais simples, sem ficar preso a este conceito técnico da Constituição Federal, o que podemos dizer: função é um conjunto de atribuições sem cargo. Todos os cargos têm as funções, mas algumas vezes eu tenho funções sem cargo, atribuições sem cargo. Então, isto é função. É o que ocorre com aqueles que são admitidos segundo o Regime dos Precários, artigo 37, inciso IX. Eles não ocupam cargo, eles vão lá para desempenhar várias atividades. E estas atividades, genericamente, são funções. Exemplo técnico disso seria servidor efetivo nomeado para exercer a função de asses-

soria em licitações, junto ao gabinete do Secretário de Administração. Essas funções, em sentido técnico, são sempre criadas por lei, lá nos termos da Constituição Federal.

O conceito também fala em emprego público. O que significa emprego público? O núcleo do conceito é o mesmo de cargo, então é um núcleo de atribuições permanentes desempenháveis por agente contratado pelo regime trabalhista. Isto é emprego. É diferente do cargo público, em que o vínculo é estabelecido por lei. É um vínculo estatutário. Exemplo de empregado público, ou de emprego público, nós temos naqueles que são contratados para prestar, por exemplo, serviço de pintura dentro da Administração Pública.

O parágrafo 1º do artigo 84 - lembrem-se que eu disse que o artigo 84 tinha um parágrafo, e esse parágrafo abria ainda mais a grandeza do conceito de servidor público -, este parágrafo 1º do artigo 84 foi mais além daquilo que nós dissemos lá em relação ao *caput*, e equiparou, porque não eram iguais, equiparou a servidor público, para os fins da Lei 8666, àquele que exerce cargo, emprego, função em entidade paraestatal. E para que não houvesse dúvida a lei estabeleceu o que ela entende como entidade paraestatal, dizendo que paraestatais são as fundações, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras - e aí generalizou ainda mais - sob o controle direto e indireto do poder público. Vê-se, portanto, que a abrangência da expressão servidor público é extremamente grande. Mas não podemos ficar acanhados ao procurar interpretar o conceito de servidor público.

A lei também cuidou daquilo que no Direito Penal chama-se de agravante. Também coloca no seu texto a figura da agravante, o instituto da agravante. Mas o que é a agravante? A agravante é uma circunstância indicada em lei como capaz de aumentar a pena, desde que não constitua ou qualifique o crime. Não vai constituir crime aquela situação, não vai qualificar o crime, então é agravante.

O parágrafo 2º do artigo 84 prevê como agravante o fato do autor do crime, previsto na Lei de Licitações, ser ocupante de cargo em comissão, ou de função de confiança, na Administração Pública Direta, Autárquica, nas Empresas Públicas, nas Sociedades de Economia Mista e nas Fundações. Portanto, se o servidor de uma destas entidades ocupar um cargo de confiança, ou um empre-

go ou função em confiança, ele poderá ter a sua pena agravada. Basta esse simples fato, ocupar um cargo em confiança, função em confiança, em qualquer destas entidades. Não precisa mais nada, basta isto. Nestes casos em que se caracteriza a agravante a pena será aumentada de um terço; aumenta-se, portanto, uma terça parte destas penas quando forem aplicadas.

E quanto às atenuantes? Atenuante, os senhores sabem, é uma circunstância que diminui a pena atribuída ao crime praticado. A Lei nº 8666 não trata de atenuantes. Ela não dispôs, como dispôs sobre as agravantes, nada a respeito das atenuantes, como se pudéssemos dizer: não há atenuantes na Lei de licitações e Contratos. E isso é verdade, expressamente não tem. Mas nem por isso o juiz poderá ignorar a possibilidade de atenuar a pena em função de circunstâncias previstas no próprio Código Penal.



O Código Penal, na sua parte geral, é aplicado a qualquer lei especial. Ele é aplicado à Lei de Licitações, é aplicado à lei, por exemplo, de loteamentos, que também traz crimes, então não há problema nenhum. E o Código Penal vê a possibilidade das atenuantes. Então, praticado o crime, incorrendo as atenuantes previstas lá no Código Penal, o juiz pode aplicar sem problema nenhum. Só para exemplificar, uma das atenuantes seria o desconhecimento da lei. Claro que isso varia muito de cidade para cidade. Aqui em São Paulo ninguém poderia dizer que ignora a lei: eu não sei a lei, não conheço a lei. Mas não é bem assim, não. Pode estar morando em São Paulo um cidadão tão bronco, tão bronco, que não sabe, não conhece nenhuma lei e pediram para ele fazer alguma coisa e ele fez. E esta alguma coisa caracteriza um crime.

Agora, em cidades menos socialmente evoluídas é impossível que alguém diga: eu não conheço essa lei, eu não sei esta lei. Isto pode estar no bojo do processo considerado como uma atenuante. A confissão espontânea da autoria do crime também é uma outra atenuante. Irei ficar só por aqui para que não gastemos muito do nosso tempo, que não é tão grande assim.

E a idade, setenta anos, é atenuante? Eu vou deixar isso em aberto. Os senhores precisam trabalhar comigo. É atenuante ou não é atenuante? Não esqueçam de uma coisa, aos setenta anos o servidor, estatutário, ele é compulsoriamente desligado. Então, tem aí umas complicações em razão disto.

O diploma licitatório federal também tratou da tentativa. E está no artigo 83 que prevê exatamente a tentativa. E diz que crime tentado é aquele que não se consumou por circunstância alheia à vontade do agente, embora este agente estivesse iniciado a sua execução. Iniciou a execução, mas, por um evento estranho, alheio à sua vontade, o resultado esperado não aconteceu. Apontou o revólver, mas aí veio alguém, bateu no braço dele, e ele não conseguiu disparar, ou disparou, foi lá para o outro lado e não atingiu o seu objetivo. Então, houve a tentativa. Mesmo assim, como veremos nas hipóteses que vamos tratar daqui a pouquinho, a tentativa não é possível em todas as hipóteses penais, porque para caracterizar a tentativa temos que respeitar um certo regime que dá o seu perfil, que caracteriza aquele comportamento como tentativa. No entanto, nem todas as figuras penais admitem a tentativa. A tentativa não se confunde com o arrependimento eficaz, com a desistência voluntária e também não se confunde com o crime impossível. Então, de repente alguém pensa que é uma tentativa, mas é uma desistência voluntária, outras vezes é um arrependimento eficaz, outras vezes é crime impossível.

O arrependimento eficaz é aquele em que o crime acontece, só que o autor do crime se arrepende e imediatamente socorre a vítima, levando-a para um hospital, por exemplo, e com esta medida a vítima não morre. Então, houve aí um arrependimento eficaz.

E a desistência voluntária é aquela situação em que o cidadão se prepara para dar o tiro e depois pensa melhor e diz: *“Você não vale o preço da bala.”* Guarda o revólver e vai embora. Isto é o que se chama de desistência voluntária. Tem que ser voluntária porque se alguém vier aqui e convencer o cidadão para que ele não faça aquilo não é mais voluntária. Daí pode ser tentativa. Então, precisa ver. E o crime impossível é aquele que os penalistas costumam dizer: é crime impossível matar alguém que já está morto. Eu diria que crime impossível é tentar fraudar uma proposta, uma proposta licitatória, tentando abrir o envelope de proposta utilizando poderes paranormais. Isso para mim é crime impossível.

Efeitos da condenação. O artigo 83 impõe ao servidor condenado – e quando nós falamos servidor condenado é o servidor que teve a sua sentença já definitiva transitada em julgado - a perda do cargo, a perda do emprego, a perda da função, a perda do mandato eletivo. Então, aquele que comete uma das hipóteses penais da Lei nº 8666, se obtiver do Poder Judiciário a condenação transitada em julgado, não cabendo, portanto, mais recursos, perde o cargo, o emprego, a função ou perde o mandato eletivo. O rigor desta lei, em termos de pena, é extraordinário. O que a gente não consegue é pegar o cidadão e se pegá-lo está frito, mas o difícil é pegar.

Não basta, nos termos do 85, não é suficiente, nos termos do artigo 85, simplesmente a condenação. Se ele foi condenado, o efeito, aquilo que antigamente chamávamos de pena acessória, hoje é simplesmente efeito da condenação, então, ele já perde o cargo, perde o emprego, a função.

Agora vem outra confusãozinha aqui. O inciso I, alíneas “a” e “b”, do artigo 92, do Código Penal, dispõe, com menos rigor do que o artigo 83, redação do Código Penal, dada por uma lei de 1996, Lei nº 9.268. Esta Lei alterou o Código Penal neste particular e tornou mais branda a punição. E aí a dúvida é esta: o Código Penal, alterado por esta Lei 9268, de 1996, que é posterior à Lei nº 8666, que trata dos crimes da licitação, que é de 1993, teria alterado, teria revogado a Lei das Licitações? Nós temos um princípio, segundo o qual a lei nova, quando incompatível com a lei velha, acaba revogando, modificando, alterando. E, neste caso, será que nós poderíamos aplicar este princípio? A meu ver, acho que não. Por que acho que não? Porque o Código Penal é uma lei geral, e a Lei de Licitações é uma lei especial. E a lei geral, por força da Lei de Introdução ao Código Civil, não altera, não modifica, não revoga a lei especial. Então, parece-me que as duas vão conviver. Tratando-se de crimes licitatórios, o rigor é o do artigo 83; tratando-se de outras situações, o rigor é do artigo 92 do Código Penal.

O artigo 85 disciplina infrações penais verificadas no decorrer da licitação e da contratação pública. Isto é o que diz o artigo 85. E diz assim: as infrações penais previstas nesta lei pertinem - usando aqui um neologismo, primeiro era só o Celso Antonio que falava em pertinem, hoje já tem até configurada a sua expressão no texto legal - pertinem às licitações e aos contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, e quaisquer outras entidades sob seu controle, direto e indireto. Olha como é aberto. Mas mesmo assim eu tenho dúvida. Será que aqui também estão incluídas as Organizações Sociais? As Organizações Sociais são aquelas assim qualificadas pelo Estado, pela União, de acordo com a lei estadual, federal, municipal e que também, quando recebem transferências voluntárias do Governo Federal, são obrigadas a licitar de acordo com o Decreto 5504, que é de 2005, embora por uma Portaria, vejam só, um Decreto teve a sua eficácia suspensa por uma Portaria. Quebraram aí o princípio do paralelismo e forma. Deixando isto de lado, só para alertar que este Decreto, hoje, está com os seus termos ineficazes em função dessa portaria. Ela também se sujeitaria à Lei nº 8666 e, portanto, também aos crimes que ali estão determinados, ou seja, se alguém, empregado, servidor da OS, se comportar nos termos de uma das hipóteses penais da Lei 8666, também comete-

ria um crime? Ou, por ser uma Organização Social, não está entre aquelas entidades? Mas não é só a Organização Social, o problema também se coloca em termos de OSCIPs, que são as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que também são qualificadas como tal pelo Governo federal, estadual, municipal, de acordo com as suas respectivas leis. Também se receberem transferências voluntárias deverão fazer licitação, nos termos daquele Decreto. E não só essas, outras entidades privadas que eventualmente vierem a receber essas transferências voluntárias, não aquelas determinadas pela Constituição, também deverão fazer licitação, nos termos daquele Decreto. Os seus servidores estariam sujeitos às regras penais da Lei nº 8666? Essa eu vou responder, é fácil. Não. E por que não? Porque elas não integram a Administração Pública Direta, não integram a Administração Pública Indireta, não são entidades sob o controle direto ou indireto do poder público, não se enquadram em nenhuma dessas hipóteses. Mas isto não significa que eventuais crimes praticados pelos seus servidores, durante a realização de uma licitação, sejam impuníveis, ao contrário, serão puníveis, sim; não nos termos da Lei nº 8666, mas nos termos do Código Penal. O Código Penal está aí, esperando eventuais crimes praticados. E há! Esse Decreto mesmo, 5504, foi editado exatamente para tentar segurar um pouco, porque transfere-se o dinheiro para essas Organizações Sociais, não havia nenhum controle, gastava-se como se queria, sem licitação, sem coisa nenhuma. Então, o Código Penal é que vai aí resolver esta dificuldade que colocamos para os senhores.

No crime precisamos analisar o elemento subjetivo. O crime pode acontecer porque eu quero cometer aquele crime e quero inclusive obter um resultado. Não é só cometer o crime, quero cometer o crime e quero obter um resultado. Quando falamos em elemento subjetivo do crime é exatamente isto que nós queremos saber: o autor do crime agiu subjetivamente como? Querendo aquele resultado? Se ele agiu querendo aquele resultado, diz-se que o crime é doloso. Ele sabia que era ilegal, sabia que era crime, mas mesmo assim praticou o ato, então cometeu o crime com dolo. Este é o elemento subjetivo. Este elemento subjetivo, no entanto, pode pretender um resultado. Eu pratico a ação criminosa pretendendo um



resultado. Também aqui se trata de dolo. No primeiro caso dizemos dolo genérico; no segundo caso dizemos dolo específico. Então, quando nós fraudamos uma licitação para obter um contrato, fraudei a licitação, eu quis fraudar, cometi o crime lá do artigo 89. E como eu queria a contratação, o meu objetivo era este, o dolo aí é o dolo específico.

Mas, embora a Doutrina toda fale em dolo específico, em dolo genérico, deixam os estudantes de Direito malucos com essa coisa toda, na prática não há nenhuma diferença. Não é porque o dolo é específico que ele vai ser apenas um pouquinho mais, não, a pena é a mesma. Eu, às vezes, fico me perguntando: para que essa discussão toda de dolo específico, de dolo genérico? Doutrinariamente é uma coisa bonita, percebemos nitidamente a diferença entre um e outro mas, na prática, não há nenhuma. Aí talvez os senhores perguntem: mas por que o professor está falando isso, se não tem nenhuma função

prática? Pelo seguinte: eu preciso dizer quais são, em termos de subjetividade, os crimes da Lei 8666. Ou seja, os crimes que estão no artigo 88 ou 98 são crimes dolosos ou são crimes culposos? Por isto eu preciso saber, conhecer o que é esse dolo, dolo genérico, dolo específico. E vamos responder que todos os crimes, do artigo 89 ao 98, são crimes dolosos.

A Lei nº 8666 não prescreveu nenhuma conduta punível criminalmente como crime culposo. Mas os senhores poderiam me dizer: como é que o senhor achou isto? Na lei não tem nada disso. Lá nem está escrito que é doloso, nem está descrito que é culposo e o senhor vem, e me diz que todos são crimes dolosos. E a resposta é simples. Para que o crime seja culposo há necessidade de que a hipótese penal diga: este crime será punido a título de culpa. Então, é um crime culposo. Quando a hipótese penal não fizer referência nestes termos, ele é doloso. No caso da Lei 8666 todas as figuras penais são dolosas, exatamente porque em nenhuma delas se vê a expressão: punível a título de culpa.

Se os senhores forem no Código Penal vão verificar isto claramente, lá está dito: Homicídio culposo, no artigo 121, parágrafo 3º. Na cabeça, só homicídio; matar alguém, aí é doloso. No caso de lesão corporal culposa, está lá no artigo 129, do parágrafo 6º. Então, esta mesma regra aplica-se no caso dos crimes da Lei de Licita-

ções. Resumindo: os crimes da Lei de Licitações são todos eles crimes dolosos, sem ficar com aquela discussão, se o dolo é específico, se o dolo é genérico, nós sabemos que há essa diferença e ela praticamente não tem tanta relevância, a não ser para a Doutrina, mas os crimes são dolosos.

Falta dizer o que é crime. Até agora não defini crime, falei, falei, não sei quanto tempo já, mas não defini o que é crime. Parece fácil definir crime, mas não é muito não. Encontramos em cada autor um conceito. Há um conceito curtinho, um conceito mais longo. Eu trouxe um conceito dado pelo professor Jessé Torres Pereira Júnior, que é Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nós sempre trabalhamos juntos. Ele diz que crime é a conduta contrária à norma jurídica penal. Mas não basta só isso. Para configurar o crime nós precisamos atender a alguns requisitos. A conduta humana. Claro, crime só comete o homem. Ninguém outro comete crime. Conduta humana, ação ou omissão, há de ser típica. Para que configure o crime que se enquadre neste conceito, a conduta humana tem de ser típica.

E eu aqui vou fazer uso da lição que um professor de Direito Penal deu para nós quando fazíamos lá o nosso curso de graduação. Explicando o que é tipicidade penal, ele dizia: na minha mão direita está escrita a hipótese penal: matar alguém. Na minha mão esquerda está o fato: fulano matou alguém. Aí ele dizia: vamos sobrepor uma a outra, a hipótese legal ao fato. Se houver perfeita coincidência, como está acontecendo aqui, o crime aconteceu, é típico; se não houver uma perfeita coincidência, olha os polegares, o resto tudo coincide, mas não coincide aqui, não é típico.

Então, quando falamos em tipicidade ou que a conduta tem que ser típica, o que nós queremos dizer é isto: que o fato, a conduta humana, tem que se submeter exatamente à descrição penal estabelecida aqui, no caso, na Lei nº 8666. Também não basta só isto. Nós precisamos que esta conduta seja anti-jurídica. De repente, a descrição da lei, matar alguém, é absolutamente coincidente com o fato: Pedro matou alguém, mas não existiu o crime, porque houve uma legítima defesa, ou no exercício do cumprimento de sua obrigação. Embora haja a tipicidade, não há uma ação anti-jurídica. Além disso, nós precisamos que seja culpável, que a conduta seja uma conduta culpável, que o acusado possa vir a ser processado e condenado.

Estamos, agora, creio eu, em condições de analisar algumas das figuras da Lei de Licitações consideradas como crime. A primeira está lá no artigo 89. E o artigo 89 diz o seguinte: “*Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.*” Esta é a figura penal.

Detenção: de três a cinco anos, e multa. E, se for condenado, ainda tem os efeitos da condenação, a perda do cargo, se ele for servidor, etc e tal. Depois, no parágrafo único, diz: “*Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, se beneficiou da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.*” Isto é o que está na lei. É o primeiro crime, digamos, da Lei nº 8666. O que eu preciso saber é quais são as condutas puníveis, o que é que se quer punir com esta regra, com esta disposição. Nós poderíamos dizer que queremos punir aí três condutas: a primeira, dispensar; a segunda, inexigir; e a terceira, deixar de observar.

Então, o servidor, deixando de exigir a licitação, ou dispensando a licitação, deixando de observar certas formalidades, está infringindo esta regra. Dispensar, o que significa? Significa liberar, desobrigar, isentar da licitação o obrigado a licitar. Isso é que significa dispensar. Mas dispensar o quê? O obrigado a licitar. É isto que está sendo dispensado, aquele que tinha de licitar da obrigação de licitar. Mas como? Como isto acontece? Dispensando a licitação fora dos casos legais. Porque se ele dispensar, e é uma situação absolutamente enquadrável no artigo 25, no artigo 17 ou no artigo 24 da Lei, não há nenhuma preocupação, não há cometimento de crime, porque ele está dispensando dentro das hipóteses legais, ou seja, dentro daquelas hipóteses em que não há uma antijuridicidade. Muito bem, poderíamos aqui dar um exemplo: Prefeito que compra tijolos sem licitação para prestigiar uma olaria local. Tipo muito comum. Conversamos com o Prefeito, que diz: “Mas, coitado, se eu fizer uma licitação, vai vir todo mundo da cidade grande vender tijolo aqui, e com preço melhor. E nós precisamos desse pessoal que mora aqui, que tem filhos aqui, que estuda na nossa escola e que precisa da nossa ajuda. Foi por isso que eu fiz.” Até se aceita a justificativa, a boa vontade, mas ele cometeu um crime. Ele dispensou alguém da obrigação de licitar quando não podia. Não era uma hipótese de dispensa.

Mas nós temos a outra conduta: inexigir. O que significa? Significa não exigir, não promover a licitação quando ela é obrigatória. Inexigir o quê? Licitação, quando ela é obrigatória. É isto que a lei quer. Como? Inexigindo a licitação fora das hipóteses legais. Por exemplo: prefeito contrata uma dupla de cantores *country* sem licitação, por entender aplicável o artigo 25, III. Vamos aqui ver na Lei de Licitações, no artigo 25, o que diz esse dispositivo.

O artigo 25 diz: “*É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição em especial:*” Aí vem o inciso III: “*para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo,...*”, etc. e tal.” Ele diz que era inexigível a li-

citação e utilizou como fundamento esse dispositivo, só que deu uma interpretação elástica, porque aqui está dito: para a contratação de profissional. Posso contratar Ivete Sangalo posso contratar o Roberto Carlos, mas quando chega no Chitãozinho e Xororó já fica difícil, porque não é um. Pior ainda se eu quiser contratar uma orquestra. E um circo? Todos eles são artistas. Mas eu não posso me valer deste aqui. Se eu me valer estarei cometendo um crime, de inexigir licitação. Precisamos estar atentos.

Deixar de observar: o que significa? Significa desatender, desobedecer às formalidades da dispensa ou inexigibilidade da licitação. Isto é uma infração. Não são só os prefeitos, orientados por maus assessores, os membros da comissão de licitação, os pregoeiros que têm preguiça de justificar os seus atos. Simplesmente vão fazendo, e não justificam. E o artigo 26 exige que haja justificativa.

Portanto, quando a lei diz dispensar, inexigir, não observar as formalidades - esta é uma formalidade que precisa ser respeitada, precisa ser observada - precisa, fazer a justificativa. E fazer a justificativa não é simplesmente escrever um conjunto de palavras sem muito sentido, sem muito significado, sem muita coerência. Justificar significa um arrazoado, preciso, objetivo, um arrazoado que seja verdadeiro, que tenha como característica consistência e, sobretudo, convencer, precisa ser convincente. Mas para que eu tenho que convencer? Quem eu preciso convencer? Eu estou convencido. O convencimento é para ele mesmo, claro. Primeiro, é para a auditoria interna. Em segundo lugar, para eventuais pedidos de informação da Câmara de Vereadores, que está mais próxima, para o Tribunal de Contas, para o Ministério Público e qualquer um de nós, que podemos ingressar com uma ação popular. Todas estas pessoas que podem fiscalizar o comportamento da administração pública é que precisam ser convencidas com aquela justificativa, com aquele arrazoado. Cada arrazoado que o senhor pega, eu não preciso nem falar. Coitados dos auditores dos Tribunais de Contas. É difícil. Bem, aí está a situação do inexigir essa formalidade. E isto caracteriza crime.

A objetividade jurídica. O que nós, os legisladores, queremos com esta regra, com esta hipótese penal? Queremos proteger genericamente a moralidade admi-

nistrativa. Nós não queremos que continue sem fazer licitação, dispensando, sem maiores conseqüências. Não é o que nós queremos. Nós queremos genericamente a moralidade administrativa. Queremos a lisura nas licitações. Queremos impedir a ampliação das hipóteses de dispensa e de inexigibilidade.

Sujeitos do crime; Sujeito ativo, lá no *caput*, é o servidor competente para dispensar. E diria que isto é um crime próprio. Crime próprio é aquele que só pode ser praticado por certo e determinado agente, porque ele é o único que pode agir daquela maneira. Não tem nenhum outro que possa dispensar. Então, por isso é crime próprio. Só é sujeito ativo aquele que é competente, de acordo com a lei, para dispensar ou inexigir a licitação.

No parágrafo que nós temos, no dispositivo, o sujeito ativo é exatamente o particular que se beneficia com a ilegalidade na celebração do contrato. Ele foi dispensado, não fez a licitação, e, mesmo assim foi contratado, então foi beneficiado. Então, ele, em particular, é o sujeito ativo em relação ao parágrafo primeiro.

Sujeito passivo: quem é? Sujeito passivo, em qualquer das duas hipóteses, tanto do *caput* quanto do parágrafo, é a entidade obrigada a licitar. Quem sofre as conseqüências disso? Exatamente o Município, a Autarquia, a União, o Tribunal de Contas, que é obrigado a licitar. Estes são os atingidos por este comportamento. Estes são os sujeitos passivos. A tentativa neste crime é viável. Por quê? Porque são crimes omissivos, ou seja, crimes que para a sua prática exigem uma ação. E quando a exigência para a prática do crime é esta, tem que haver uma ação, é possível esta ação ser fracionada. E daí a possibilidade da tentativa. Nos crimes omissivos, onde não há ação, deveria fazer e não fez, omitiu, cabe discutir tentativa. Não há tentativa nesses crimes, porque não houve ação.

Elemento subjetivo é o dolo. Isso para todos eles. Pena: de 3 a 5 anos, podendo ser agravada da terça parte. É cumulada com a pena de multa. Se servidor público pode perder o cargo, a função, e assim por diante. Prescreve esse crime em doze anos. Praticado hoje, vai prescrever em doze anos. Não cabe suspensão condicional da pena, o famoso "sursis". Por quê? Porque o "sursis", suspensão condicional da pena, só é possível quando a pena atribuída é no máximo de dois anos. Aqui a pena



mínima é três. Então, não cabe “sursis”, não cabe a suspensão condicional. Pena alternativa: é possível? Não vou para a cadeia, mas vou entregar cesta básica, vou trabalhar. Esta é a chamada pena alternativa. Possibilidade, se a condenação for inferior a quatro anos. Aqui é de três a cinco. Digamos que a condenação seja três anos e seis meses, ou seja, três anos. É inferior a quatro? É. Então, neste caso, cabe substituir a pena de detenção de liberdade por uma pena alternativa, prestação de serviços à comunidade. Mas isso só em relação à pena de detenção, porque a pena de multa continua, a perda do cargo prevalece, só não vai para a cadeia.

A segunda figura, a segunda hipótese, é a do artigo 90: *“Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.”* Detenção de 2 a 4 anos, e multa. Condutas puníveis: o que se quer punir aí? Eu quero punir a conduta de frustrar e a conduta de fraudar. Fraudar o que? Fraudar procedimento licitatório. Nós podemos ter como exemplo disto o licitante que oferece certo valor ao único concorrente para que este retire a sua proposta. Eu tenho dois concorrentes. Um deles fala para o outro: Se você retirar a sua proposta, você recebe “x”. Se isto acontecer, é claro, ele vai vencer a licitação. Agora, aqui está o crime, esta conduta caracteriza o crime, o difícil é provar isto, porque aquele que recebeu o dinheiro não vai falar nada, e o que deu o dinheiro também não vai falar nada. Coitado do Ministério Público: como é que prova o dolo?

A outra conduta é fraudar, que significa enganar, burlar, iludir a competitividade da licitação. Nós poderíamos dar como exemplo: concorrente compra toda a edição do jornal local para impedir a divulgação do aviso da licitação. Não é loucura, não. Nessas cidades pequeninhas onde é publicado o aviso? No jornal local. Ele vai e compra a edição inteirinha. Depois ele comparece no dia lá sozinho. Então, isto é fraude. Teve um outro caso, acho que em Tocantins, há alguns anos atrás, em que o Governador do Estado, na época, queria que ganhasse um amigo dele na tal concorrência que estava sendo aberta. Veja só a que ponto chega o maquiavelismo deste pessoal. A imprensa oficial é dele, é ele que comanda, conversou com os responsáveis, e disse: Esta é a edição do Diário Oficial de amanhã. Vocês vão publicar tudo isto que está aqui e vão publicar dois exemplares com o aviso de licitação. Os outros, não, senão vai todo mundo para a rua. Claro, no dia seguinte saiu a edição normal sem o aviso de licitação. Aqueles dois exemplares que traziam o aviso, um deles foi colocado no processo, para comprovar para o Tribunal de Contas que houve a publicação. E o outro? O outro foi entregue para o cidadão

que deveria ganhar. E ele compareceu no dia, bonitinho, apresentou a sua proposta, fez o que queria, ganhou como queria. Isto foi descoberto. Não sei como, mas descobriram. E há um processo nesse sentido. Então, veja como é esta coisa funciona. É terrível isso.

Objetividade jurídica. O que nós queremos extrair deste dispositivo? Moralidade administrativa. Nós queremos preservar a moralidade administrativa, a correção da licitação, a regularidade da licitação, e queremos prestigiar o princípio da competitividade. Nós queremos mais gente participando da licitação, por isso nós punimos com essa pena de dois a quatro anos, mais a multa. O sujeito do crime, sujeito ativo, é o concorrente que frustra, ou que fraudar, mediante ajuste, a competitividade, não do particular, da pessoa particular. E o sujeito passivo é a entidade que é obrigada a licitar. Tentativa é possível porque são crimes em que se exige do agente uma ação, portanto, a tentativa é possível. O elemento subjetivo é o dolo, porque todos eles são dolosos. Pena de dois a quatro anos, podendo ser agravada de um terço, cumulada com a pena de multa. Se for servidor público, ocupante de cargo, pode perder o seu cargo, a sua função, o mandato eletivo, e assim por diante. Prescreve este crime em oito anos. Cabe suspensão condicional, ou “sursis”, se condenado à pena mínima. A pena mínima é dois anos. Ele foi condenado a dois anos e cabe aí o “sursis”, senão ele vai cumprir a pena. Cabe pena alternativa? Pode, claro. Se a pena for de dois anos não há problema nenhum, até dois anos de condenação é possível, sim, a pena alternativa. Mas precisa que o crime praticado não seja violento, nem seja praticado com grave ameaça à pessoa. São as exigências para que a pena alternativa seja concedida.

O artigo 92 diz: *“É crime admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no artigo 121 desta Lei.”*

Pena: detenção de 2 a 4 anos, e multa.

O parágrafo único diz: *“Incide na mesma pena ou o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.”*

Este é o texto do artigo incriminador. Três são as condutas aí: admitir, possibilitar e dar causa. São todas ações que exigem um comportamento ativo, portanto, são crimes omissivos. Exemplo de admitir; nós poderíamos dizer: ele aceita bens fora das especificações do con-

trato. É o gestor do contrato, é aquele que tem de receber os bens e aceita fora das especificações, diz que está tudo em ordem. Na outra hipótese, de possibilitar, dar parecer favorável para o recebimento de bens deteriorados. Chegam bens deteriorados, e quem tem de receber é a chefe da merenda; ela vai, pega o peixe, cheira direitinho, vê a guelra e tal, e diz que é bom; mas está tudo podre, tudo deteriorado, tudo estragado. Neste caso, ela está possibilitando vantagens nessa contratação.

E, dar causa, o exemplo poderia ser: sem realizar qualquer pesquisa, o funcionário responsável justifica a vantajosidade da prorrogação do contrato. No artigo 57, inciso II, nós temos lá a possibilidade da prorrogação do contrato até cinco anos, por períodos iguais e sucessivos. Mas eu preciso sempre, a cada prorrogação, comprovar a vantajosidade. É mais vantajoso proceder a prorrogação ou é mais vantajoso fazer uma nova licitação? E isso precisa, através de continhas, através de pesquisa, ficar devidamente comprovado nos autos. Ele não faz nada disso e dá o despacho: promova-se a prorrogação. Então, ele deu causa a uma prorrogação, sem atender aquilo que a lei deseja.

Objetividade jurídica. O que nós queremos proteger? A moralidade administrativa, a correta execução dos contratos. Assim também é em relação ao parágrafo único. Os sujeitos, ativo, no *caput*, é o servidor público. Em relação ao parágrafo, é o contratado, porque aquele parágrafo trata somente do crime praticado pelo contratado. O sujeito passivo é a administração pública. Mas não é só ela, é também o particular que foi desrespeitado na ordem cronológica do seu direito de receber. A administração pública descumpriu esta ordem. Então, ele também é um sujeito passivo, neste caso. Tentativa há, pois são crimes omissivos. Elemento subjetivo é o dolo. Pena: 2 a 4 anos, cumulada com multa. Servidor público, conforme o caso, perde o cargo. Estou correndo um pouco, porque o meu amigo aqui, Presidente, já está preocupado. Cabe suspensão condicional da pena, o “sursis”, se condenado à pena mínima. Pena alternativa: há possibilidade, se atendidas as exigências do artigo 44 do Código Penal.

Artigo 93: “*Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:*” Detenção de seis meses a 2 anos. O que nós queremos com isso? Punir as condutas de impedir, perturbar e fraudar o procedimento licitatório, naturalmente. Um exemplo aqui de impedir: alguém noticia falsamente a existência de bomba no prédio, onde será realizada a licitação e chama a polícia. Os senhores já viram como a polícia faz nesses casos. Primeiro evacua todo mundo e depois entra um cachorrinho perdigueiro, com toda razão, para verificar se existe ou não existe bomba, portanto, a sessão pública do pregão dançou, não tem mais. Ele conse-

guiu o que queria com esta falsa notícia da existência de uma bomba. Perturbar: ele pode pegar uma meia dúzia de bêbados inveterados, pagar um dinheirinho para eles e falar: vocês vão lá naquela sala, entram, sou eu que estou mandando, vocês têm esse dinheirinho, sentam lá e não saem de lá de jeito nenhum. De vez em quando vocês conversam entre vocês. Vai perturbar, não vai? Até tirar esse pessoal já caracterizou o próprio crime. Não é tão fácil isso acontecer, mas é possível. Eu era diretor numa escola, por isso eu dei esse exemplo, e eu tinha uns alunos danados. Eu vivia pedindo: Silêncio, vocês estão atrapalhando os outros. Aquela história de diretor, sempre um cara chato. Bem, o que eles fizeram? Pegaram dois tocadores de viola ou violão, sei lá o que, deram dez reais para cada um, levaram no pátio da escola, bem no centro, botaram os dois ali, ninguém reclamou, e eles começaram a tocar violão. E fez um barulho horrível, difícil, ninguém podia mais dar aula, ficaram reclamando, e eu fui lá. Sabe o que eles me disseram? Nós não saímos daqui, não. O dono daqui pagou a gente para tocar até as onze horas da noite. Quase que eu tive de pagar outra vez para eles irem embora. Então, dá para tumultuar as coisas, às vezes, com procedimentos bastante simples.

A situação de fraudar suborna o pregoeiro, que aceita proposta inexecutável. Então, ele está fraudando. O pregoeiro deveria dizer que aquela proposta é inexecutável, não faz isto, foi subornado, portanto, aceita aquela proposta inexecutável, só que, assinado o contrato, o cidadão pede a recomposição, o equilíbrio econômico-financeiro do mesmo. Não é assim que se deve trabalhar. Então, ele comete esse crime de fraudar a realização de qualquer procedimento. Aqui fraudou o procedimento da fase da aceitabilidade das propostas do procedimento do Pregão. O que se quer proteger com isso? A regularidade do desempenho da atividade administrativa. É isso que se quer proteger, não se quer que isso aconteça, especialmente a atividade administrativa voltada para a licitação e contratação. Sujeito do crime é o servidor, o sujeito ativo é o servidor, e é o particular, dependendo das circunstâncias. O sujeito passivo é a administração pública, obrigada a licitar. A tentativa é possível já que o crime é comissivo, o crime é doloso; dolo, aqui no caso, genericamente, são as condições de aplicabilidade da pena, são aquelas que a gente já conhece.

(...)

Para concluir, muito obrigado pela atenção. ”



15/08/2007

## “CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA JUSTIÇA”

DR. LUIZ ANTONIO GUIMARÃES MARREY

Secretário da Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo

O Dr. Luiz Antonio Guimarães Marrey, Secretário da Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo classificou seu tema como jurídico e político, observando que o controle faz parte do sistema de freios e contrapesos que sustentam o regime democrático.

Discorreu sobre as diversas formas com que o controle pode e deve ser exercido e ressaltou que seu aspecto principal é o equilíbrio, o bom senso – tanto por parte da Justiça quanto da Administração.

Foi apresentado pelo Conselheiro Renato Martins Costa, seu colega de classe na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, assim como o Presidente do TCE, Antonio Roque Citadini, também presente. O Conselheiro Fulvio Julião Biazzzi, do mesmo modo, participou.

Na apresentação, o Dr. Renato referiu-se ao palestrante como “alguém talhado para o exercício de funções de alta responsabilidade”, citando o cargo atual, e os anteriores, de Secretário Jurídico da Prefeitura e o de Procurador Geral de Justiça Paulista.

“Trata-se do homem certo no lugar certo, pelo conhecimento, temperamento, visão de Estado”.



“ Bom dia a todos os presentes. Primeiro quero cumprimentar nosso Presidente, Conselheiro Antonio Roque Citadini, cumprimentar nosso Presidente da Mesa, Conselheiro Renato Martins Costa, nosso Conselheiro Fulvio Julião Biazzzi, agradecer as palavras do Conselheiro Renato, tanto quanto o Conselheiro Antonio Roque Citadini, colegas de turma de 1978, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, agora com cento e oitenta anos; e queria dizer que o tempo passa muito rápido, já vamos fazer trinta anos de formados e a passagem do tempo, talvez porque tenhamos ficado muito ocupados durante todo esse período, dá a sensação de ter passado muito rápido, mas agradeço as palavras de recepção do Conselheiro Renato e as atribuo à nossa amizade, mais do que eventual merecimento. Gostaria de cumprimentar os eminentes Conselheiros do Tribunal de Contas do Amazonas aqui presentes, o ilustrado corpo técnico desta Corte de Contas que certamente faz

em conjunto com a alta qualidade e seriedade dos seus Conselheiros um paradigma de Tribunal de Contas para o Brasil, cumprimentar os Srs. Procuradores da Fazenda aqui presentes, senhoras e senhores.

Este tema que me coube abordar é jurídico e político, em um regime democrático, tal como em uma República, como é organizado o estado brasileiro, com a concepção, na sua peculiaridade, mas com um sistema de freios e contrapesos, com a repartição dos três poderes clássicos e ainda com outras instituições que guardam autonomia política para exercer o controle e a fiscalização da administração; este tema teria que ser necessariamente jurídico-político e é claro que a Democracia brasileira organizada pós 88 tem muitas virtudes, tem defeitos; o País tem virtudes e defeitos; seu povo tem virtudes e defeitos; quando se analisa o funcionamento das instituições não se pode achar que o sistema será perfeito, em nenhum lugar do mundo o é, mas, de qualquer

forma, creio que todos nós fazemos um esforço para que este País, cada vez mais, possa ser um país civilizado, onde as instituições funcionem, que se superem os períodos de autoritarismo e assim por diante.

Quando falamos de Controle da Administração pela Justiça queria primeiramente lembrar um tema que de vez em quando surge nas discussões, porque ele acaba sendo um pano de fundo para a nossa discussão de hoje, que é a questão da judicialização da política. Em um artigo de alguns anos atrás o Sociólogo e Professor português Boaventura de Souza Santos aborda esse tema e o reli recentemente; esse artigo é de 2003 e notei como é curioso que o artigo guardasse atualidade para aplicação no Brasil, nos tempos de hoje.

Ele fala que a judicialização da política conduz à politização da justiça e coloca que a judicialização se dá sempre que decisões dos Tribunais afetam de maneira significativa as condições de ação política. Faz ele uma distinção entre judicialização de baixa intensidade e de alta intensidade. A judicialização de baixa intensidade seria a apreciação de algum caso que envolva figura pública como um investigado e a de alta intensidade seria a decisão de questões que teriam repercussão de maneira significativa no funcionamento do sistema político em geral.

Sustenta ele que essa classificação a rigor só pode ser feita *a posteriori*, porque após a análise dos efeitos daquele episódio e coloca que a judicialização da política pode afetar a credibilidade da justiça, e que isso somente não vai acontecer se a justiça conseguir agir pelos melhores critérios técnicos e pelas melhores práticas, evitando, neutralizando tentativas de pressão e manipulação. Ele também coloca, na preocupação para o cenário português de 2003, e por isso é curioso a atualidade deste artigo para a nossa situação, ele coloca esse fenômeno com três dados principais que merecem a atenção da sua reflexão: a relação das decisões da Justiça com os meios de comunicação, dizendo que o tempo da justiça é diferente do tempo da comunicação, o que é um dado de realidade. A comunicação é imediata e hoje ainda mais com os *sites* noticiosos, é quase instantânea, enquanto que o tempo de apreciação de determinado fato num procedimento, seja no Poder Judiciário, seja numa investigação no Ministério Público, seja mesmo aqui nesta Corte de Contas, ela deve seguir um devido processo legal, procedimentos que não trazem uma resposta imediata, e ele, portanto, questiona essa dicotomia porque, é óbvio, a cobrança do tempo da comunicação pode afetar de maneira injusta a reputação e o conceito que as instituições da justiça têm na sociedade, ao cobrar punições e apreciações instantâneas para situações que merecem um exame cauteloso, e conclama a necessidade de um pacto institucional com os meios de comunicação, algo que a realidade tem revelado

como impossível. Ele não explicita em que termos seria esse pacto institucional e, obviamente, não pode ser um pacto institucional que envolva censura, mas uma preocupação dessa dicotomia no efeito, no conceito que as instituições acabam sofrendo na justiça. Ele relaciona também como uma questão preocupante a questão do segredo da justiça. E é curioso porque isso se dá em Portugal, ele fala do segredo de justiça, em determinados casos, como necessário às boas investigações, e ele fala quase de um conluio entre adversários políticos que violam o segredo para poder atacar os outros e, de outro lado, aqueles que gostariam de ver o segredo violado para poder desmoralizar as investigações e apreciações dos interesses diversos que acabam tendo o mesmo efeito.

Fala, também, como outro critério de apreciação da disseminação ou não do uso das prisões cautelares, lembrando que, entre os exemplos que ele dá de judicialização de política de alto impacto está a questão dos episódios da “Operação Mãos Limpas”, na Itália.

Mas, por que comecei a falar desse tema? Porque acho que, como esse tema é jurídico-político, temos que ter a cautela de apreciar como esse controle e essa fiscalização da Administração pelas instituições da justiça se dá, tomando cuidado para não colocar o pé na armadilha, que possa levar à não credibilidade do sistema, que deve ser um sistema que funcione de maneira adequada, com a independência para cumprir seu papel, ainda que delicado e por vezes com tarefas difíceis de apontar e julgar o erro dos outros e, ao mesmo tempo, com equilíbrio para não se deixar levar de roldão pelas paixões da luta política que ocorrem neste país, e em outros também, mas devemos cuidar da nossa casa.

Esse tema é tão atual e queria lembrar que recentemente tivemos duas questões que dizem respeito ao Controle da Administração e ao funcionamento das instituições, apreciadas pela Justiça Eleitoral, que acabam trazendo regras ou podendo trazer regras de funcionamento do sistema e seria uma interpretação daquilo que o ordenamento jurídico traria, que afeta sobremaneira o funcionamento do sistema. Refiro-me, por exemplo, à decisão do TSE quanto à questão da fidelidade partidária e perda do mandato. Nós todos, como cidadãos, temos o direito de ter a opção de ter uma opinião sobre esse tema, se deve ou não ter fidelidade partidária, e tudo indica que é recomendável que para o bom funcionamento de um sistema partidário, que não seja afetado por mudanças de natureza casuísta, essa fidelidade deva existir. Mas a questão é se será legítimo ao Tribunal Superior Eleitoral extrair da falta de uma norma expressa da Constituição esse resultado?

Lembramos que agora, recentemente, o Tribunal Superior Eleitoral ensaiou estabelecer a verticalização nas

alianças, algo que não está previsto de maneira expressa no ordenamento jurídico e decidi de um jeito, depois voltou atrás, isso meses antes do pleito eleitoral, injetando um coeficiente de insegurança na eleição; enfim, isso leva a esta reflexão, que é inicial, de que até que ponto podem os órgãos de justiça exercer esse papel, até onde eles devem ir na apreciação, no controle, na fiscalização da Administração. Qual o seu campo legítimo e qual campo poderia se revelar uma invasão e uma edição de normas, na órbita daquilo que deveria ser deixado ao Legislativo, com suas virtudes e defeitos, que são as virtudes e defeitos do povo brasileiro.

Voltando então a esse tema, para seguirmos, quero falar do Controle da Administração pela ótica de um de seus principais agentes e propositores de ações de controle, que é o Ministério Público. Lembro que quando eu era Procurador Geral de Justiça e, por obrigação da representação institucional e política do cargo, de vez em quando recebia deputados, prefeitos etc. e cansei de ouvir reclamações do tipo: “na minha cidade o promotor não me deixa governar”, “qualquer hora vou entregar a chave da prefeitura lá para o juiz,” “o promotor só ouviu a oposição”, isso foi uma constante, foram vários episódios. Sem prejuízo do caso concreto e da apreciação correta ou não daquilo que pudesse estar acontecendo, de um lado isso revela falta de compreensão às vezes existente sobre os mecanismos de fiscalização e ação do Ministério Público e do Judiciário, de um sistema de freios e contrapesos, e, por outro lado, é necessário que tanto o Judiciário quanto o Ministério Público aprofundem seu conhecimento relativo à operacionalização e às dificuldades da gestão pública para entender e poder traçar os limites efetivos daquilo que a justiça pode fiscalizar e daquilo que representará invasão no campo da legítima discricionariedade de um administrador eleito, cuja efetividade ou não, se as decisões forem tomadas dentro dos parâmetros legais, deverá ser julgada no próximo pleito eleitoral, não podendo ser substituída por uma apreciação feita pela justiça se as decisões tomadas pelo administrador forem pautadas e corretas dentro do campo da legalidade.

Sabemos que entre os administradores, apesar de se ter sempre a noção do exemplo patológico, e infelizmente no Brasil eles não faltam, mas há muita gente séria entre os administradores, há gente preparada entre os administradores e obviamente toda generalização é profundamente injusta. Aliás, se essa visão prevalecesse ou viesse a prevalecer nós cada vez mais teremos a dificuldade de ter gente séria que se disponha a exercer cargos. Em contato com prefeitos e outros administradores públicos muitas vezes se fala da preocupação de exercer uma função pública sem ter que pagar advogado, tamanha a possibilidade de se ter que responder a uma ação popular,

desde as mais problemáticas possíveis, não desconheço que, ao longo da história, houve ações populares corretas e bem propostas, mas também este é um campo que propicia a aventura, e aí essa questão pode levar a esta situação, a tal ponto de um conhecido meu dizer que as seguradoras deviam conceder um seguro-advogado para o administrador poder pagar e não ser levado à insolvência numa situação dessas.

Recordo-me de um exemplo concreto da Prefeitura de São Paulo na qual um arquiteto integrante de um desses conselhos que deliberam sobre questões urbanas, que foi alvo de setenta ações populares por uma única pessoa, numa situação que depois nós, avaliando, na Secretaria dos Negócios Jurídicos, verificamos que ele estava totalmente correto, não havia qualquer problema com a sua conduta; e fico pensando nesse servidor, se ele não tiver um amigo advogado que se disponha a defendê-lo como vai fazer para sobreviver com essa atividade. E justamente essa preocupação se dá para quem é sério. E, no folclore da política ouve-se um comentário, de certo o administrador dizia, confiante na demora desta apreciação: “Ora, quando a Justiça chegar eu já estarei muito longe”, desdenhando da efetividade do sistema de tomar alguma atitude de maneira adequada.

Temos, portanto, que colocar este tema e esta conduta de fiscalização dentro de patamares de razoabilidade, fazer as instituições funcionarem e não deixá-las nem serem arrastadas para o fenômeno da judicialização da política pelo seu lado negativo, o que afetaria, e muito, a sua credibilidade.

Mas, neste papel de fiscalização, voltando à questão do Ministério Público, que é o grande agente de ações de fiscalização, sabemos que a Constituição traz normas que colocam a instituição de defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais individuais indisponíveis e dá instrumentos de ação para fazer essa fiscalização.

Uma primeira forma de fiscalização se dá pela propositura de ações penais, algo que precede muito a Constituição, enfim se for apurada a prática de algum crime por administrador público ou por servidor público a propositura da ação penal levará a uma apreciação de procedência ou improcedência sobre aquele caso concreto e isso é uma hipótese de exercício de fiscalização. Agora nós temos, de um tempo para cá - temos aqui o Sérgio Rossi, que é um especialista nesse assunto de Lei de Responsabilidade Fiscal -, temos crimes contra a responsabilidade fiscal que são figuras ainda novas, que o tempo há de curtir, do ponto de vista da interpretação e que merecem uma apreciação equilibrada, como tudo, porque é óbvio que ao administrador não é dado exigir o impossível e, portanto, isso levará, de um lado, a figuras novas, importantes no aspecto penal para a fiscalização da Administração Públi-

ca, e, de outro lado, o cuidado para que não se queira exigir algo que não possa ser prestado.

É claro que nessa apreciação da fiscalização temos questões de ilegalidade, simplesmente ilegalidade, com ou sem má-fé. Nem todo ato ilegal é praticado necessariamente com má-fé. E sei que o Tribunal de Contas de São Paulo tem iniciativas louváveis de orientar os administradores, haja vista os excelentes Manuais que foram lançados recentemente e de orientá-los a poder separar o joio do trigo, do ponto de vista de uma conduta correta ou incorreta, de boa ou de má-fé, ou daquilo que são os municípios que têm um serviço precário e não têm condições de proceder de maneira mais adequada, ou das situações de efetiva patologia ou de atos de desvio de dinheiro público, e assim por diante. É fato que nós temos que repelir com firmeza, no Brasil, a cultura da desonestidade onde ela existir. Isso não é uma questão só desse País; o diferencial é que às vezes, aqui, talvez o percentual de impunidade do nosso sistema seja maior, mas se verificarmos o noticiário mundial veremos que de vez em quando um ministro japonês pratica haraquiri por conta disso. Aqui, os nossos corruptos nem de longe pensam nessa hipótese e eu também não sugeriria porque sou defensor da vida e gostaria que as pessoas pagassem nos termos da lei e não praticassem esse ato de desespero mas isso significa, no sistema japonês, uma presença de um sentimento de vergonha que infelizmente alguns aqui há muito tempo não têm.

E dessa questão de cultura me recordava que fui uma vez a um seminário internacional sobre independência da justiça e combate à corrupção e verifiquei lá que esses problemas são universais porque assisti a queixa de procuradores italianos contra a falta de colaboração, à época, da Suíça, na investigação de ilícitos e assim por diante, e ouvi uma história sobre cultura de corrupção muito curiosa. Dizia um professor argentino que fez uma palestra que, durante o regime militar argentino, havia um sistema de tirar dinheiro do povo, dinheiro pequeno, que quando um policial abordava um cidadão na rua e pedia documentos era a senha para que ele desse um, dois dólares, uma coisa miúda e isso era conhecido como “mordida” e aí um espertalhão, que não era poli-

cial, mandou fazer uma farda e saiu pela rua pedindo documento e dando suas “mordidas”, e um dia ele foi descoberto, desmascarado e preso e a manchete do jornal dizia: “mordia sin tener derecho”. Obviamente nem o jornal deve ter percebido o significado dessa manchete do ponto de vista da aceitação passiva, fatalista, quase, acho que até bem ao teor do espírito argentino, daquele pessimismo fatalista militante, crônico, mas significando uma situação difícil. Portanto, lembrava disso apenas uma das formas de controle da administração é pelo exercício da ação penal e assim por diante.

A segunda hipótese que gera um outro tipo de problema, das atribuições do Ministério Público em relação ao controle da administração e de propor ao Judiciário - porque, é claro, ante a inércia da jurisdição alguém tem que propor alguma ação para propiciar esse controle -, é a atribuição de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública,

aos direitos previstos na Constituição, promovendo as medidas necessárias para sua garantia. Isto gera um outro tipo de problema porque muitas vezes envolve a obrigação de prestações positivas do Estado, do poder público, e isso envolve direito à educação, à saúde, à acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência; se nós verificarmos há muitos prédios públicos antigos, estou vendo isso,

só neste ano, vamos patrocinar dezessete obras de acessibilidade em fóruns, mas, praticamente em todos os fóruns antigos do Estado ninguém pensou na acessibilidade da pessoa portadora de deficiência, os direitos da criança e do adolescente, e assim por diante; então, envolve prestações positivas do poder público que são exigidas. Há casos em que são claros, em que essas prestações podem e devem ser exigidas de maneira clara. Se há crianças sem acesso à escola pública não há dúvida que o poder público tem que providenciar; se há doente sem atendimento mínimo adequado no sistema público de saúde ele tem direito a exigir; mas isso não é tão simples assim quando envolve prestações de serviços e obras de grande valor e que esbarram na limitação da lei orçamentária; aliás, em relação a isso há uma frase do Ministro Gilmar Mendes que diz respeito àquilo que ele diz da reserva do financeiramente possível, ou



Ao centro, Conselheiro Fulvio Biazzi.

seja, como é que se pode exigir de uma entidade pública que tem obrigação, e nós sabemos que a Constituição é pródiga em normas programáticas que estabelecem deveres, como é que se pode exigir de uma entidade pública um serviço ou um atendimento para o qual ele não tem orçamento? Ele, às vezes, não tem orçamento, não há uma peça orçamentária apta, pode até ter recursos financeiros, mas que foram alocados de maneira diferente pelo Poder Legislativo e não há cobertura orçamentária para prestar aquele serviço e, portanto, vamos ter aí um potencial de conflito muito grande nesse controle porque haverá uma força da justiça cobrando esse serviço, e, por vezes, nem há recursos financeiros aptos a cumprir aquela decisão, e às vezes não há cobertura orçamentária para resolver aquele problema. E como é que vai fazer? O juiz vai substituir a Câmara Municipal na sua legítima tarefa?

Temos, portanto, hipótese de conflito de poderes que tem que ser resolvido de maneira razoável, uma vez que a Justiça não pode substituir o administrador eleito que aja dentro de parâmetros de ilegalidade. Nós poderíamos pensar em hipóteses extremas na intervenção no município, nas suas hipóteses constitucionais, mas sabemos que no sistema brasileiro as hipóteses de intervenção são raríssimas e, de maneira geral, a decretação das intervenções se dá por não pagamento de precatórios etc., e, sem prejuízo da análise de irresponsabilidades administrativas de um outro tempo de nada adiantaria colocar um interventor se ele não tem margem de manobra para resolver este problema. Temos aqui um potencial de conflito entre poderes que traz muitos problemas no cotidiano deste controle.

Algumas destas questões de prestações positivas acabam adquirindo certo conteúdo ideológico. O administrador faz uma opção por determinado tipo de atendimento na área da saúde e há um embate, e é comum, não só no Ministério Público Estadual como Federal, a impugnação da possibilidade do exercício de certo serviço de saúde por Organizações Sociais e outro tipo de entidade, embora pudéssemos lembrar de décadas atrás, sem a sofisticação de outro modelo de administração, das velhas Santas Casas que, mediante um convênio puro e simples, faziam atendimento de vagas do setor público com grande naturalidade, mas, essa questão, por vezes, acaba adquirindo esse conteúdo de luta político-ideológica que traz um conflito de interesses, às vezes de sindicatos e associações de servidores públicos ou de convicções ideológicas de visões diferentes; se o mundo deve ser estatizante ou se deve optar pela privatização, ou se deve optar por entidades sem fins lucrativos qual é o domínio daquilo que é razoável ou não; e parece-me que a administração pública tem uma margem legítima de opção dentro do sistema constitucional e aí não pode

a justiça, quando eu digo a justiça, o promotor propondo e o juiz acolhendo, ou mesmo numa ação popular, o autor popular propondo e o judiciário acolhendo, há um limite daquilo que a justiça pode, sob pena de invasão e violação do princípio de separação de poderes.

Isto se repete em outras questões. Um tema bastante atual em todos os Estados é a questão do fornecimento ou não dos medicamentos; os Secretários de Saúde reclamam dizendo que o judiciário está obrigando a fornecer um medicamento que não está aprovado pelo FDA, que é o *Foods and Drugs Administration*, dos Estados Unidos, e aqui no Brasil isso, de maneira experimental, está sendo fornecido, ou que, no fornecimento de um medicamento “x”, não há obrigação de fornecer o medicamento “x”, por que não fornecer o seu genérico, que custa três, quatro vezes menos, isto é ou não é *lobby* do laboratório em relação à administração? E aí o juiz, certamente de boa-fé e muitas vezes na angústia de uma decisão solitária, de algo premente, que ele possa interpretar como sendo algo que possa colocar em risco a vida ou gravemente a saúde daquela pessoa que lhe bate à porta, sensibiliza-se e manda entregar aquele medicamento. Em que circunstância é razoável que o juiz faça essa opção e não respeite a margem da autoridade de saúde nessa decisão?

É claro que nós podemos operar com circunstâncias extremas da negativa completa de fornecimento de medicamentos em que, obviamente, o Judiciário faz uma intervenção legítima e necessária ou, entre as opções que a autoridade de saúde tem para resolver aquele problema o juiz talvez possa passar do limite daquilo que seria razoável em termos de decisão. Nós sabemos que no sistema brasileiro a última palavra sobre a aplicação da lei e do direito é sempre do Poder Judiciário mas isso não significa que ele possa e deva cruzar, sem qualquer cerimônia, os limites da separação de poderes e é necessário, obviamente, interpretar onde estão esses limites e respeitá-los.

Outra questão que diz respeito a este controle, também pela ótica do Ministério Público, da promoção de um inquérito civil como base para proposição dessas ações que vão resultar no controle, na fiscalização da administração pelo Poder Judiciário. O Ministério Público propõe a ação, mas quem decide é o Judiciário. Aqui eu me recordo, e não desconheço o debate que se trava em certos círculos, se há ou não abuso por parte de promotores, juízes, etc., é algo em constante ebulição, mas eu me recordava de um debate que travei na Câmara dos Deputados com uma eminente Deputada por São Paulo que se queixava de abuso de um promotor de uma cidade do interior; o Promotor moveu a ação e eu ouvia para depois me pronunciar. Ela dizia que o juiz, sem bom senso, deu a liminar; aí houve um recurso e uma Câmara

ra meio esquisita manteve a liminar. Eu pedi um aparte e disse: Vossa Excelência tem que convir que o problema não é do promotor, ele propôs a ação mas quem deu a liminar foi esse juiz que a senhora acha que não tem bom senso, depois a Câmara é esquisita, certo? Então porque devo me convencer que necessariamente o seu prefeito é que estava correto e todos os outros estavam errados? Mas, de qualquer forma, temos que cuidar para que essas apurações que vão resultar eventualmente na propositura ou não de ação como instrumento para esse controle obviamente sejam feitas de maneira razoável, profissional.

Há um problema que diz respeito a esse fenômeno da judicialização da política, de que nos fala o Boaventura, porque sabemos que por vezes, com ou sem razão, e não é porque é luta política que nós vamos tirar cem por cento de razão daquele que faz oposição, por vezes toma atitudes com razão, faz lá uma representação e já dá ampla publicidade no jornal local e joga a bomba no colo do promotor que, se não tiver muito equilíbrio para lidar com isso pode ser um coadjuvante involuntário daquele episódio de luta política. Às vezes pode até ser que aquela representação seja procedente, e diz um ditado chinês: "Que feliz eu sou; quando eu erro os meus adversários apontam logo". Mas, de qualquer maneira, às vezes pode ser mesquinha e sabemos que na vida pública isso também pode acontecer e tem que ser cuidado, obviamente, com bom senso, com adequação, com independência, com coragem para fazer e com coragem para não fazer, se não for caso de tomar qualquer atitude, mesmo que haja uma opinião pública sensibilizada para aquele problema, porque se as instituições não estiverem prontas para agir com profissionalismo e enfrentar por vezes o preço da impopularidade para fazer o que é correto, então não precisava instituições, bastaria um julgamento em praça pública em que as pessoas decretariam a sorte das pessoas, não só na administração pública como em qualquer campo. Nós sabemos que se formos deferir a voz rouca dessa volátil opinião pública, provavelmente boa parte dos criminosos seria pendurada em praça pública de cabeça para baixo, sem julgamento, pouco importando que amanhã se descobrisse que foi um equívoco, sem pensar que isso seria totalmente contrário à questão da civilização.



Pois bem, digo que esse controle por parte do inquérito civil, que pode resultar nessa propositura da ação, tem que ser feito dessa maneira equilibrada, levando em conta as lições do Boaventura.

Outra forma de controle é a promoção de ação de inconstitucionalidade e representação para fins de intervenção. Já falei, é notório, que a representação para fins de intervenção é um instrumento quase que morto no direito brasileiro; nós podemos ter um caso excepcional em que isso possa ser decretado, não digo naquilo que possa dizer respeito a pagamento de dívidas, a não ser que ficasse evidente que o município ou a entidade federativa tenha dinheiro e se recuse a pagar, mas ainda assim poderia parecer um remédio extremo intervir num Estado por conta de um pagamento; talvez o nosso sistema constitucional pudesse ser alterado para, nesse caso, resolver o problema pelo seqüestro. Hoje, as hipóteses do seqüestro são previstas constitu-

cionalmente, mas não algo tão drástico quanto a intervenção. De qualquer maneira, do ponto de vista do pagamento das dívidas, o Supremo Tribunal tem praticamente suprimido esse instrumento como instrumento do dia-a-dia.

As ações de inconstitucionalidade são instrumentos valiosos do controle da administração. Outro dia ouvi uma reportagem dizendo que

o Município de Ribeirão Preto é o campeão da procedência de ações diretas de inconstitucionalidade porque há uma cultura política local de vetar; historicamente não quero situar isto, casos de o Prefeito vetar e o veto ser derrubado, que é a hipótese mais comum de se promulgarem leis completamente inconstitucionais e me recordava que lá, na Procuradoria Geral de Justiça, o Município de Ribeirão Preto era campeão nesta atividade, no número de leis julgadas inconstitucionais, e é claro que esse controle é útil e necessário porque evita muitos problemas. O cumprimento de uma lei inconstitucional, sabemos disso, gera efeitos que muitas vezes não podem ser desfeitos com facilidade, e, portanto, uma intervenção de um dos legitimados à propositura desta ação com pedido de liminar pode evitar, pelo menos naqueles casos em que esta inconstitucionalidade seja visível a olho nu, problemas muito sérios.

Há muitas hipóteses e no Estado, obviamente, o controle de constitucionalidade é feito à luz da Constituição

Estadual, há muitas hipóteses comuns de inconstitucionalidade.

Lembro-me de algo com que me defronto todos os dias, porque é uma atividade ligada à Secretaria da Justiça, a resistência dos municípios em receber as Unidades da Fundação-Casa, ex Febem, em seus territórios. Chega lá o prefeito, agindo como antigo coronel do sertão, e diz que no município dele não vai ter Febem; esqueceu de consultar o pacto federativo para verificar que o Estado tem o direito de localizar seus equipamentos, desde que não o faça de maneira arbitrária, de maneira totalmente sem bom senso, naquele município. E, no entanto, alguns municípios votam leis municipais proibindo no seu território, como aconteceu em Bauru, caso concreto, a proibição da instalação da unidade da Febem, lei que foi julgada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Há coisas referentes a poderes de guarda municipal, à criação arbitrária de cargos em comissão, enfim há inúmeras hipóteses que acabam sendo controladas pelo Judiciário no seu campo totalmente legítimo, pela ação direta de inconstitucionalidade.

Em matéria tributária o Ministério Público andou propondo ações, no passado, em defesa do contribuinte. No entanto, em julgamento do Supremo Tribunal Federal negou-se legitimidade ao Ministério Público para esta propositura de ação. Era um caso do Paraná, em que o Ministério Público, em nome da sociedade como um todo, cobrava devolução de um tributo pago indevidamente e o Supremo Tribunal, esse caso chegou ao Supremo, e por uma coincidência eu estava lá no dia do julgamento, esse caso não só teve repercussão, como assisti, o Supremo entendeu que o Ministério Público não pode propor ação nesse sentido. Isso levará a cada contribuinte ter que propor esta ação, não admitindo essa substituição processual pela instituição. É claro que isso levará a uma proliferação de ações ao invés de uma ação só.

Quando se trata da inconstitucionalidade temos também a questão da inconstitucionalidade por omissão, previsão expressa na Constituição Paulista, inclusive com possibilidade de propositura pela Procuradoria Geral de Justiça ou oitiva do Ministério Público quando o autor for outro, embora esse tema da inconstitucionalidade por omissão seja um tema não resolvido adequadamente no sistema constitucional brasileiro, porque o Tribunal julga procedente e não há meios de se obrigar concretamente o Poder Legislativo a suprir aquela omissão. Aliás, recentemente, ouvi uma declaração do Ministro Eros Grau que reclamava do sistema não adequado quanto ao mandado de injunção e à inconstitucionalidade por omissão, mas também era preciso ponderar esse sistema de maneira adequada, até onde legitimamente o

Judiciário poderia ir nessa hipótese sem suprimir aquilo que o Legislativo deva fazer.

Temos outra hipótese de controle que é a Ação Declaratória de Constitucionalidade, somente prevista perante o Supremo Tribunal Federal. Parte da Doutrina sustenta que a Constituição dos Estados poderia trazer essa previsão também. A Ação Declaratória de Constitucionalidade é útil, há determinadas leis que causam polêmica desde o seu início, cuja apreciação por parte do Órgão que faz o controle de constitucionalidade poderia tirar as dúvidas de uma vez e garantir a segurança jurídica naquela hipótese; é um instrumento que, se bem usado, seria e é bastante útil.

Outra hipótese de controle da administração diz respeito à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental prevista na Constituição, ação que é pouco usada e deveria ser reservada para os casos de efetiva violação de preceitos fundamentais da Constituição. Tomei conhecimento, por exemplo, de uma ação quando estava na Prefeitura; havia um conflito da Prefeitura de São Paulo, com a ELETROPAULO, por conta da questão da cobrança pelo uso do solo, e a agência que congrega essas empresas distribuidoras de energia elétrica entrou com uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental no Supremo Tribunal. Confesso que acho que foi uma aventura jurídica praticada, não tiveram liminar e sinceramente acho que é uma vulgarização de um instrumento que deve ser destinado a discutir preceitos fundamentais tal como o previsto nas garantias fundamentais e preceitos referentes a sistema de governo, garantias fundamentais e assim por diante, mas é um instrumento que pode ser usado.

Mesmo nessa Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental a lei que a prevê exige a subsidiariedade da sua propositura, ou seja, se pode ser resolvida a questão por outro instrumento não é caso da sua propositura e não há previsão para sua propositura nos Estados.

Outro instrumento do controle da administração pela justiça é a utilização da Lei de Improbidade, que é de 92, uma lei que é útil, que tem sido utilizada e causa grande polêmica. Polêmica por um problema que o Supremo Tribunal não decidiu até hoje que é a questão de se há ou não prerrogativa de foro. Confesso que, com todo respeito que tenho ao Supremo Tribunal, sabemos das milhares de ações que lá existem, determinados temas deveriam ter prioridade na sua apreciação para tirar da frente, ou tem ou não tem, e esse grau de indefinição pode levar a uma perda de dinheiro público, não só na impunidade de fatos que possam ser graves, como na perda do dinheiro público pela movimentação da máquina pública, dos seus diversos órgãos, para algo que não se sabe se amanhã será válido ou inválido. Confesso que, como cidadão e como profissional do Direito, mi-

na expectativa é que houvesse uma definição ou de um lado ou de outro.

É claro que essa Lei de Improbidade foi útil mas também tem defeitos, que são fonte de atrito. Como as conseqüências desta lei são graves - mas não tão graves como a perda da liberdade, mas há sanções que são bastante graves - de suspensão de direitos políticos, perda de cargo ou função pública, conseqüências patrimoniais, creio que o melhor seria que suas condutas proibidas sejam tipificadas com a mesma técnica do direito penal. Acho que as infrações que dizem respeito à violação de princípios ameaçam o princípio da legalidade porque são um tanto vagas. Acho que nós deveríamos procurar, sim, os comportamentos mais comuns, que possam significar a violação dos princípios e tipificá-los como conduta proibida. Mas, se, por exemplo, levássemos ao pé da letra que qualquer violação de princípio significa um ato de improbidade, qualquer mandado de segurança concedido levaria ao reconhecimento da improbidade da autoridade que teve contra si concedida a segurança e nós sabemos que isto é algo comum na vida pública, na vida do serviço público, a concessão de mandado de segurança porque às vezes há interpretações legítimas, mas divergentes, quanto ao significado, ou uma determinada prática administrativa não significa que necessariamente aquela autoridade apontada como co-autora, e muitas dessas autoridades são magistrados, tenham agido com má-fé e agido de maneira improba porque tiveram contra si concedido mandado de segurança e a interpretação literal desta lei significaria violação do princípio da legalidade, igual ato de improbidade.

Como isto, obviamente, só pode ser sustentado numa posição desequilibrada, acho que ninguém sustenta literalidade nem a formação desta equação, nós temos que pensar que definições vagas de condutas levam à possibilidade de injustiças e de situações inadequadas nesse controle.

Este assunto é difícil de ser discutido e vou dizer com clareza o porquê. Porque quem se atreva hoje a mexer nessa lei poderá correr o risco de ser apontado como estar mexendo na lei para garantir a impunidade. Só que no Sistema Jurídico Brasileiro tudo que acaba sendo excessivo é fadado ao desuso. Então, é do melhor interesse na apuração e na punição de condutas efetivamente irre-

gulares, desonestas, que a lei seja aperfeiçoada, porque se ela tiver defeitos isto será a brecha pela qual ela não será aplicada, além do que ela pode servir de instrumento constante, naquilo que ela seja defeituosa, de polêmica e desassossego para todo esse sistema.

Outra coisa que acho importante registrar é a questão das ações populares. Recentemente os jornais publicaram que o Supremo Tribunal Federal teria negado o último recurso referente a um determinado homem público, no caso aqui do Estado de São Paulo, numa ação popular e o condenou, e à outras pessoas, à devolução de um monte de dinheiro. Aparentemente, portanto, esta foi uma ação popular bem proposta; pelo menos chegou ao Supremo e teve esta decisão. Eu não desconheço que as ações populares, em muitos lugares, têm sido úteis para o controle da administração pela justiça em condutas lesivas, mas nós também não podemos desconhecer o outro lado, a existência de ações



populares aventureiras e que às vezes se transformam até em instrumento de chantagem política. Isto é um dado de realidade. Quem militar neste campo do Direito Público e procurar fazer uma análise com sinceridade deste problema tem que ver os dois lados; já vi ação popular com liminar deferida e depois cassada contra projeto de lei em andamento, coisa que eu nunca tinha assistido

porque é evidente que você não pode dar uma liminar para bloquear um projeto de lei em andamento; não se tratava sequer daquelas hipóteses de projeto de lei que violaria cláusula pétrea e de qualquer forma aquilo era só um projeto, também não teria cabimento bloquear numa liminar essa tramitação e, no entanto, em tempo recente, na cidade de São Paulo, eu assisti este episódio, e esta liminar foi cassada numa suspensão de segurança pelo Presidente do Tribunal. É importante registrar que este é um instrumento útil mas, na luta que se trava nos bastidores, e aqui ninguém melhor que o Tribunal de Contas para entender de licitação e da sua regularidade, sabemos que, às vezes, nas disputas ferozes que se travam em torno de licitações; há, no recurso ao Judiciário, também exemplos patológicos e temos que ter clareza dessas questões para conseguir uma análise equilibrada deste problema.

Agora chegamos em algo que já tangenciei, e no momento sei que estou chegando ao prazo limite de minha

exposição, que é uma fonte importante de divergência neste controle, que é a questão da distinção entre legalidade e discricionariedade. Evidente que o campo normal do controle é o da legalidade. Sabemos que o Poder Judiciário poderá, *in extremis*, avaliar o mérito naquilo que lhe seja totalmente abusivo ou desviante, em que o mérito esconda, na verdade, um desvio do administrador. Mas naquilo que haja opção legítima dentro dos marcos legais e constitucionais a Justiça não pode ingressar, sob pena de violação do princípio de separação de poderes; é algo, como já fiz referência antes, uma fonte inesgotável de conflito no Poder Judiciário em relação aos poderes públicos.

Alguns exemplos concretos. Tenho conhecimento de uma ação proposta pelo Ministério Público, numa Comarca do Interior, em que o Promotor cobrava a construção de tal solução para resolver o problema de lançamento de esgoto num rio. O Tribunal repeliu a ação dizendo que a ação podia cobrar que não jogasse o esgoto no rio, mas a solução quem tinha que escolher era a administração.

Outra questão que eu via: a ação proposta para impedir que mude uma feira de antiguidades de local na cidade. Ora, isso não é possível. A Administração Municipal tem o legítimo direito de regular o uso do seu solo e se ela resolver entender, dentro da normalidade, que a feira de antiguidades não pode ser mais na praça pública “x” e tem que ser na “y” não é possível a Justiça interferir, governar a cidade e dizer: não, a feira está lá, há um direito líquido e certo para o expositor manter a feira naquele local preciso.

Outra questão diz respeito à possibilidade de a Administração cercar ou não a parte debaixo de viadutos. Houve uma polêmica recente, na cidade de São Paulo, sobre se o Município podia ou não construir cerca debaixo do viaduto; aí a questão foi levada para o plano político-ideológico, que aquilo era uma rampa antipobre etc e travou-se um debate em torno desse assunto; mas, no meu entender é uma matéria de estrita decisão da Administração, se vai fechar ou não. Nós temos caso de incêndio, o Viaduto Antártica mesmo, para lembrar um exemplo concreto, pegou fogo porque alguém ateou fogo lá embaixo; o que se poderia cobrar do Poder Público é que preste assistência às pessoas que moram nas ruas, isso é uma prestação concreta, que pode ser cobrada, mas o Judiciário não pode dizer assim, numa decisão, que fica proibido que o Município dê uma utilização pública “a”, “b”, ou “c” compatível para a parte debaixo de um viaduto. Este seria um episódio que, se viesse a prevalecer judicialmente, não prevaleceu, significaria, a meu ver, a invasão da esfera de competência do Poder Executivo.

Outra questão diz respeito ao local onde deva haver uma escola. Ora, pode-se cobrar que haja escola, pode-se cobrar que a escola seja acessível às pessoas que tenham necessidade, mas não se pode dizer que a escola vai ser em tal lugar; é uma matéria de decisão do administrador e o Judiciário não pode ingressar nessa órbita.

Atualmente há um caso concreto que está sendo objeto de discussão - como é um caso público, não há nenhuma razão para não colocar aqui para lembrar -, que diz respeito a um adolescente infrator, conhecido como Champinha, em que o Poder Executivo litiga com o Juízo da Infância e da Juventude da Comarca da Capital por aquilo que entende ser a sua prerrogativa da autoridade de Saúde do Estado indicar o estabelecimento próprio para o atendimento do seu problema de saúde mental, uma vez que hoje ele está internado, não mais em base numa medida sócio-educativo, mas, sim, numa internação compulsória com base na lei de proteção àqueles que têm problemas de saúde mental. O Juiz da Infância diz que não pode colocar no Hospital de Custódia de Tratamento de Taubaté, que foi indicado pelo Secretário da Saúde como sendo o local próprio para receber essa pessoa, sustentando que, em face de toda reforma antimanicomial, não há um estabelecimento de saúde mental com condições de contenção para receber uma clientela desse tipo. O Juiz diz que lá não pode pôr e este assunto está para ser decidido pelo Tribunal de Justiça nos próximos dias. É outro ponto de conflito daquilo que pode e o que não pode. Claro que sabemos, e é um grande avanço no nosso regime, que o Poder judiciário possa apreciar a legalidade dos casos, mas temos esse conflito, se é uma decisão discricionária do Executivo dentro de determinados parâmetros, ou não.

É evidente que poderíamos ainda falar muitos outros subtemas deste assunto. Quero concluir que, num regime democrático republicano, como é o brasileiro, é um grande benefício que tenhamos instituições funcionando de maneira adequada, de maneira normal, é necessário mesmo que haja sistemas de controle de exercício de poder, porque isso é o mais salutar em qualquer regime que queira ser democrático, esses sistemas de controle de Poder, que envolvem o Tribunal de Contas também; mas, falando sobre a Justiça, tem que ser exercido com serenidade e profissionalismo que essas graves atividades exigem, ao mesmo tempo com coragem e ponderação e sempre atentos às lições de Boaventura Santos para que o sistema não se desmoralize e não deixe de cumprir o seu papel.

Agradeço a atenção de todos e muito obrigado pela presença. ”



15/08/2007

## ”PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS”

DR. RENATO POLTRONIERI

Advogado e Professor

Ao apresentar a palestra do Advogado e Professor Renato Poltronieri, o Diretor-Geral Sérgio Rossi afirmou que ele era corajoso, por enfrentar um tema de difícil entendimento e disciplinado por legislação incompleta.

“Um jovem advogado, de carreira brilhante, está de parabéns por enfrentar tal temática, de tantos pontos controversos.”

E essa controvérsia, na opinião do Dr. Renato Poltronieri, se resume em três pontos: - a abrangência do instituto para Estados e Municípios, a limitação do endividamento, se atingir também Estados e Municípios, a aplicação da arbitragem nos contratos de parceria. Na parte geral, entende que a Lei 11.079/04, que instituiu as Parcerias Público-Privadas, pode ser vista como complemento das Leis de Licitação, 8666/03, e de Concessões, 8987/95.

Observou, também, com detalhes, que o primeiro contrato com base no novo instituto da PPP foi o da Linha 4 do metrô paulistano.

Ao final o Diretor-Geral comentou: “O senhor demonstrou domínio absoluto da matéria, de reconhecida legislação deficiente. Todos ganhamos muito!”



“Agradeço a acolhida do Tribunal, o convite, em nome do Dr. Sérgio Ciquera Rossi, em nome do Dr. Antonio Roque Citadini e fico muito feliz com a oportunidade. Advirto a vocês que não imaginam a pressão que já sofri lá dentro para aquilo que vou dizer a vocês. Vou pedir licença aos membros do Tribunal para, fazendo jus ao convite, trazer o tema de forma controvertida e sempre com uma visão positiva. Todos nós sabemos que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo é um exemplo de primor e de iniciativa, sempre em primeiro lugar em todas as questões controvertidas, e não foi diferente no tema das Parcerias Público-Privadas.

Particularmente, tenho uma visão bastante especial sobre o tema, às vezes acho que é muito simples, mas é uma visão que busca dar objetividade à legislação e à função dela. É com esse espírito que vou pedir licença para ser controvertido em alguns temas e trazer essa visão da área privada. Nós vamos falar sobre o tema da

Parceria Público-Privada. E eu vou também pedir licença para, em alguns momentos, levantar-me, para melhor me posicionar sobre o tema.

Quero iniciar a palestra sobre os temas controvertidos e já deixar para vocês duas características da Lei de Parcerias que ainda não foram enfrentadas. A primeira delas é a questão da abrangência da Lei de Parcerias para Estados e Municípios. A segunda é a limitação de endividamento que está prevista na Lei de Parcerias e se essa limitação atinge também Estados e Municípios. São essas duas questões que vou passar para vocês como temas controvertidos.

Em aspectos gerais vou falar para aqueles que já conhecem a matéria relembrando e para aqueles que não têm ainda o conhecimento sobre a matéria traçarei alguns preceitos iniciais. Dentro daquele aspecto especial da visão sobre Lei de Parcerias, é importante que os senhores tenham em mente o conteúdo da lei de

Licitação, que é o primeiro marco regulatório, de 1993, tenham em mente a legislação de Concessão, de 1995, e, agora, o marco regulatório da Lei de Parcerias.

Qual é o contexto que eu coloco sobre esta palestra? É que a Lei de Parcerias veio complementar estas duas normas iniciais. Como se deu esse complemento? Vejam os senhores que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos traz no seu bojo alguns requisitos especiais. A Lei de Licitação regulamenta o artigo 37, ela estipula normas gerais sobre todo o procedimento licitatório, inclusive concessão comum e Lei de Parcerias, institui as normas gerais para os contratos administrativos em geral e, especificamente, trata da contratação de obras e prestação de serviços.

O que isto tem a ver com a Lei de Parcerias? A Lei de Parcerias justamente traz uma regulação da prestação de serviços. Eu sempre reputei que a Lei de Parcerias era um complemento daquelas duas outras leis anteriores. Por que isso? Porque nós temos na Lei de Licitação uma limitação do prazo contratual, que é de até cinco anos para a prestação de serviço. Vem a lei, depois, de PPP e coloca como limite inicial acima de cinco anos. Para a contratação de obras públicas vem também a Lei de Parcerias, permitindo, agregada a essa prestação de serviço, a possibilidade de se construir obra pública. Este contexto é importante porque, numa visão geral, a Lei de Parcerias seria um complemento de parte da Lei de Licitação e um complemento de parte da Lei de Concessão. Nós vamos ver se até o final da nossa conversa eu consigo mostrar isso a vocês, comprovar esta tese.

Na Lei de Concessão de serviço público o que os senhores têm de gravar, e isso vai ser importante para compreender a PPP, é que a tarifa da prestação de serviço é a única fonte de receita do concessionário. E aí entra um quesito importantíssimo, avaliado pelos Tribunais. É o quê? Do ponto de vista do endividamento e do ponto de vista do ente privado: nenhuma empresa privada fará um contrato de concessão se, financeiramente, tecnicamente, materialmente, não ficar comprovado que a tarifa esperada daquele serviço a ser prestado será suficiente para suprir o investimento necessário, os custos inerentes ao serviço. Esta visão do negócio é o lado do ente privado. E, pelo lado do ente público, isso é importantíssimo, porque não adianta você colocar uma oferta de concessão cuja materialidade, a relação custo-benefício para o investidor não for sustentável. Nós não vivemos mais numa situação em que é possível haver algum erro de cálculo em contratos administrativos. Então, a concessão comum, prestação de serviço público, é aquela em que o serviço garante o retorno do investimento necessário.

É importante notar que a concessão ou permissão do serviço público, tanto na Lei de Concessão quanto na Lei

de Parcerias, prevê o atendimento que eu reputo confirmar do usuário. Há alguns princípios que elenquei. Isto também se aplica à PPP, modicidade das tarifas, com o pequeno diferencial de que na PPP a tarifa, por si só, não é suficiente. Ou o investimento é muito alto e eu teria que ter uma tarifa impagável pelo usuário; ou o serviço é deficitário e, ainda que tenha uma tarifa razoável, não vou ter demanda. Tirando o aspecto da tarifa, regularidade, continuidade, segurança, atualidade, generalidade, cortesia - é muito importante a cortesia na prestação de serviço público -, tudo isso engajado no item eficiência, ou seja, não há prestação de serviço público real que não seja eficiente.

Entramos especificamente na Lei de Parcerias. Vejam que eu tracei alguns parâmetros na Lei de Licitação tradicional, compra, aquisição de bens, realização de obra e prestação de serviços até cinco anos na Lei de Concessão, prestação de serviço público auto-suficiente pela tarifa, vem a Lei de Parcerias trazendo um complemento a este marco regulatório. É isto, inclusive, que defendi publicamente, defendi em obras, que a Lei de Parcerias poderia, sim, ter vindo como uma alteração das duas leis anteriores. Mas ela veio como um marco independente e daí, ao final, vocês vão ver os pontos controvertidos que ela trouxe.

A Lei de Parcerias atua no âmbito da administração pública. Também não há questionamentos sobre a amplitude disso - União, Estados e Municípios e demais órgãos dentro da Administração. Vejam que o dispositivo final deste slide diz: "*Aplica-se de forma complementar.*" Ou seja, o que a Lei de Parcerias não trouxer especificamente de forma distinta da Lei de Concessão e da Lei de Licitações, aplica-se a regra geral.

A lei de PPP, dentro dessa abrangência - e que vou trazer aos senhores, ao final, os pontos controvertidos - trata especificamente de Estados e Municípios. Não sei se vocês lembram da época da lei, eu me lembro porque estávamos acompanhando a elaboração da lei por estarmos assessorando o Metrô na constituição do projeto jurídico, que depois se transformou no edital de licitação da linha 4 do Metrô, que foi a primeira PPP implementada, foi a primeira PPP que passou sob o duro crivo de um Tribunal de Contas, do nosso Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e que se transformou ao final no primeiro contrato de PPP. E nessa época, o projeto do Metrô estava sendo planejado como uma concessão comum. E aí a dificuldade de se implementar isso, porque, do ponto de vista dos investidores, do ponto de vista do Estado, não se conseguia chegar à conclusão de como se tornar a concessão viável financeiramente. Lembrem-se, na concessão comum só há tarifa para remunerar o ente privado. E mais, existia, ainda, uma questão se deveria ou não pagar pela outorga. No

Estado de São Paulo, vocês sabem, as concessões de rodovias, os entes privados pagam “a jóia” em relação à concessão. Diante dessa dificuldade alguns Estados até se anteciparam. O nosso Estado de São Paulo, mais rápido do que o governo federal, baixou a sua norma antes até da norma federal. Estávamos todos aguardando essa edição, e a norma saiu no final de 2004, eu passei Ano Novo, pedaço do carnaval, debruçando-me sobre a lei, porque do artigo 1º ao artigo 6º, que é o coração da lei, o texto foi totalmente alterado, dentro daquilo que se esperava que fosse sair. E dentro dessa questão restava, ainda, aquela dúvida de como seria a PPP aplicada para o Estado. E nós, no Estado de São Paulo, já estávamos adiantados no primeiro projeto de PPP. Mas hoje não há dúvida em relação à aplicação dessas regras para Estados e Municípios. A dúvida é: quais preceitos dessa lei atingem Estados e Municípios? Reitero os pontos controvertidos no dia de hoje, que não foram enfrentados ainda, que é a limitação de 1% da receita corrente líquida para endividamento, e o segundo ponto a natureza jurídica da prestação pecuniária paga pelo Estado. Estes pontos controvertidos foram deixados um pouco de lado e estão surgindo hoje justamente pelo surgimento da primeira PPP.

Quanto aos tipos de concessão, começa a grande distinção entre concessão comum e concessão por PPP.

Digo aos senhores concessão comum no seguinte aspecto: a legislação não fala em concessão comum, ela se tornou comum porque surgiu a PPP como concessão especial. Isso para guardar o rigor com os conceitos. Então, concessão patrocinada, concessão de serviço público, por meio da contraprestação pecuniária do ente público, de forma auxiliar, de forma complementar à tarifa que é retirada pelo ente privado. Portanto, na concessão patrocinada, o que temos? A concessão comum, identificada como deficitária, a tarifa não supre os investimentos, há necessidade de um aporte, de um pagamento por parte do Estado.

Com relação à concessão administrativa complicou ainda mais para os doutrinadores, para os administrativistas, porque até então concessão administrativa era o termo genérico aplicado a toda e qualquer concessão lá da nossa lei de 1995. Mas veio a lei de PPP e definiu como Concessão Administrativa aquela em que, vejamos



aí as peculiaridades e semelhanças de características com a prestação de serviço comum - por isso que deixei entre aspas, foi proposital o alerta, envolvendo ou não execução de obra pública, tema tratado pela Lei de Licitações nº 8666/93, cujo pagamento, ou seja, para haver uma concessão administrativa, PPP administrativa, é necessário haver prestação de serviço. Este é o núcleo da parceria, mas pode haver ou não a construção de uma obra pública, que ao final permanecerá para o Estado. Um exemplo muito citado disso é a construção de presídio, aonde o parceiro vai gerenciar a prestação de serviço dentro deste presídio, mas ele tem de construí-lo ainda. A diferença é que o pagamento pelo serviço é feito diretamente, e exclusivamente, na sua totalidade, 100%, pelo poder público.

Eu vejo alguma semelhança com a prestação de serviço da Lei nº 8666, semelhança do ponto de vista da obrigatoriedade do pagamento porque, para fins de endividamento, tem uma importância relevante você ter um contrato por cinco anos e você ter um contrato por 35 anos. Este é o contexto da PPP. Se os senhores imaginarem uma vida frutífera, 35 anos dá para fazer três, quatro vidas frutíferas. Imaginem o Estado contratando por 35 anos a prestação de um serviço, a magnitude e objetividade desses contratos, para preservar

as relações econômicas, as relações financeiras, as relações contratuais, por 35 anos.

Eu fiz questão de trazer o marco regulatório para vocês porque tudo isso aconteceu, da atual lei de licitação à nossa lei de PPP, que julgo um complemento, fechando o nosso marco, temos aí, um pouco mais de dez anos. Imaginem os senhores um contrato de 35. Daí a importância dessa legislação não especificamente em trazer conceitos novos, mas permitir uma contratação de prestação de serviço público que seguramente passa de nós para os nossos filhos, ou seguramente passará dos nossos pais para nós e para os nossos filhos.

Especificamente a questão da Lei de Parcerias em alguns quesitos da licitação tormentosos. Eu digo também que o Tribunal de Contas, especificamente o Tribunal de Contas de São Paulo, teve uma tarefa árdua nos últimos dez anos com a Lei de Licitação, porque tudo quanto é coisa que acontecia nos editais mais controvertidos:

“Ah, vamos officiar o Tribunal.” Antes mesmo do contrato, antes mesmo da conta feita, antes mesmo de ter acontecido, antes de o Tribunal ter os itens necessários para julgar chamava-se o Tribunal, porque inverterm-se as fases: “Já que o Tribunal é quem aprova, vamos perguntar a ele”. Então sobrecarregou os Tribunais de Contas, especificamente São Paulo, nos últimos dez anos.

Essa inversão de fases é interessante e deveria ser aplicada em toda e qualquer licitação. A inversão de fases, e aí peço perdão para quem já conhece de repetir, mas, pela oportunidade, vou explicar para quem não entende, a inversão de fases é que primeiro vamos decidir quem é o melhor preço. Este é o objetivo da licitação. Vamos decidir primeiro quem é o melhor preço. Decidiu um, dois, três, quatro, décimo quinto colocados, olho a documentação apenas do primeiro. Na lei de licitação tradicional todo mundo apresenta a sua documentação, faz habilitação, habilitação econômica, social, jurídica, habilitação técnica e fica aquela disputa, longas licitações. Por quê? Discute-se primeiro quem vai poder apresentar a proposta. A inversão da fase é excepcional porque primeiro já se decide qual é a melhor proposta e, depois, se olha a sua documentação. “*Se a documentação está ok você está habilitado, às demais, ‘muito obrigado’, compareçam na próxima*”. Vejam o ganho de tempo que a licitação tem com relação a isso.

Dizem que a correção de erros formais trazida na lei de PPP foi uma inovação. Eu chamo a atenção que isso sempre é permitido, em prol do interesse público é sempre permitido alterar o edital para fazer correções. É só retomar os prazos, é só retomar a situação, para que todos participem. Na Lei de Licitação e na PPP o edital precisa ser claro. Se você altera um quesito do edital que permite essa ou aquela empresa tornar-se apta ou inapta a participar, isso tem uma relevância.

Então, nós precisamos ter em mente que a legislação é complicada, é distorcida, é complexa às vezes, mas nós precisamos separar o que a legislação trata, com serenidade e objetividade, porque o que eu defendo hoje num processo amanhã tenho que defender também. Se o conceito de parceria, concessão patrocinada, é “x” aqui, tem que ser concessão patrocinada do outro lado, eu não posso variar em termos jurídicos. Precisamos ter a serenidade de interpretar e verificar os conceitos jurídicos como eles se nos apresentam. Erros formais são justamente aqueles que independem, esclarecem para todos, mas não tiram ou permitem que outra empresa tenha vantagem. Então, isso já tem na nossa legislação da Lei de Licitação.

O leilão em viva voz também é outro aspecto interessantíssimo, porque eu já escolho qual é a melhor proposta apresentada formalmente e dou a oportunidade

para os demais presentes competirem. Essa é a função do Estado em relação à licitação, alcançar o melhor preço ou o menor preço, dependendo das circunstâncias, dentro daquilo que é exigido para todos.

Menor contraprestação pública ou menor tarifa; isso tem a ver com a natureza da prestação dos serviços: ou nós vamos ter uma prestação de serviços em que o Estado vai colaborar com uma parte, ou nós vamos ter a prestação de serviços em que o Estado vai pagar inteiramente por esse serviço.

Combinação entre técnica e preço também é essencial, porque nós vamos ver que uma das características da lei de PPP é que todos os projetos, a rigor, apresentados para uma configuração de parceria público-privada é uma situação técnica complexa. Recordando, vamos fazer o contrato de, no mínimo 5 a 35 anos.

Agora entra aquela parte, uma parte que eu gosto bastante e até sempre relembro aos alunos, alguns presentes aqui, uma coisa é falar de legislação, administração pública, do ponto de vista da teoria, outra coisa é o que acontece no nosso País. O que estou trazendo aqui a vocês é o que existe na nossa teoria e um exemplo que o nosso Tribunal vem seguindo, dando inúmeros pareceres em prol da preservação da nossa legislação, daquilo que realmente existe na nossa legislação.

Então, não basta ter uma legislação que indica a possibilidade de garantias, como a lei do PPP trata. A lei do PPP surge como um convite para os investidores justamente diante dessa fragilidade em se fazer um contrato de 35 anos, que até então no nosso escopo jurídico não existia. As primeiras concessões que ocorreram no nosso Estado eram concessões altamente rentáveis, os estudos mostravam que os fluxos necessários nessas estradas garantiriam. Então, era um risco controlado para os investidores.

Quando surge a Lei de Parcerias, ela vem trazer tópicos específicos justamente para atrair a atenção desses investidores. E curiosamente, no nosso País, eu grifei a arbitragem, porque tenho todo um passado, todo um histórico, com relação à arbitragem, lembrando até as teses defendidas pelo Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, um dos nossos tradicionais administrativistas, eu a deixei grifada, mas é o nosso terceiro item controvertido, controvertido no seguinte aspecto: é possível fazer a arbitragem envolvendo contratos administrativos? Sim ou não? Pela pressão que eu recebi lá dentro não vou falar nenhuma das minhas opiniões sobre os três temas. Vão ficar justamente para a curiosidade e pesquisa dos senhores. Logicamente que é uma brincadeira, mas são os três temas controvertidos. Coloquei os dois primeiros inicialmente porque dizem respeito e vão ser atacados necessariamente pelos Tribunais de Contas.

O tema arbitragem é um tema controvertido porque ninguém quer pôr a mão. Não existe no nosso arcabou-

ço, seguindo esta teoria de rigor legislativo, isso não tem nada a ver com positivismo, não tem nada a ver com o sistema cartesiano, isso tem a ver com conceitos jurídicos, seguindo o rigor, nós não temos pronta e acabada uma linha retilínea, clara, sobre a aplicação da arbitragem, mas isso é importante para o investidor. Então, foi por isso que foi colocado, foi apenas colocado um dispositivo. E, curiosamente, o dispositivo da Lei de PPP derrubou todas as teorias sobre a Lei de Concessão, que sofreu alteração recentemente, para constar lá claramente, textualmente, o conceito de arbitragem. E dizia lá o dispositivo da Lei de Concessão, de 95: “*Aplicação de modos amigáveis de composição.*” Todo mundo dizia, uma parte da corrente dizia: “*Aqui está a arbitragem.*” Bem, se tivesse arbitragem, não teria o legislador alterado aquele dispositivo e colocado lá textualmente, como fez na lei de PPP. Então, é só um indício da controvérsia e talvez um indício do que eu penso.

Mas tudo isso, esses tópicos específicos, limitação a instituições de parcerias do ponto de vista financeiro, endividamento do Estado, divisão de riscos, que é um ponto importante porque na Lei de Concessão o risco é do concessionário, é o risco do negócio, eu ofereço um negócio e você estuda a viabilidade econômica e contrata ou não; na parceria eu não tenho essa situação porque já

parte-se do pressuposto de que o serviço é deficitário e aí a visão do capital privado: “*Não existe almoço grátis.*” Se eu faço um investimento para um contrato de prestação de serviços eu quero ter o meu retorno, e a grande visão, talvez uma visão equivocada, é que esse retorno é a grande jóia da coroa. Não é, é um negócio em si. Ou seja, a prática de negócios pelo ente privado, contínuo, em quantidade, é o que faz com que as grandes corporações existam, e não um ou outro contrato que vai lhe dar um lucro de 50%. Isso é ilusão.

Então, a parceria é justamente para trazer esse capital para um terreno até então desconhecido. Fazer um contrato, hipoteticamente de 35 anos, cuja garantia do negócio não existe, porque é deficitário, é esse o pressuposto, porque não consigo retirar da tarifa o retorno do investimento, por qualquer motivo, por qualquer questão econômica, material e vou ter o Estado como fiador, como garantidor, como o meu devedor; o gestor de fundos e o

contrato de longo prazo e vulto extremo. Vulto extremo é aquele acima de 150 milhões, que está previsto na lei de licitação, só para vocês terem uma idéia da magnitude.

Agora, vamos falar de vedações para contratação de parcerias. Voltando ao que aprendi recentemente, embora tenha essa cara de jovem, sou bastante antigo, bastante conservador, eu ainda dou a aula com giz e escrevo na lousa. É escondido, mas eu trago à palmatória, se os meus alunos fazem alguma coisa errada eu chamo a atenção. Mas a questão das vedações é o contraponto deste convite. O Estado está convidando o ente privado e precisa vedar especificamente a vontade de se fazer parceira. Então não pode haver parceira para contratação de pessoal, para aquisição de equipamentos, realização de obra pública, recordando que a PPP pode ter, sim, a realização de obra pública, desde que vinculada à prestação de serviços.

O valor do contrato não pode ser menor do que vinte milhões. Prazo de cinco a trinta e cinco anos. Não pode exceder a 1% da receita corrente líquida do exercício e também da projeção para os próximos dez anos.

Há semelhanças econômicas entre concessão comum, recordando, e da PPP. Ambas têm investimento em infra-estrutura, amortização pela exploração, necessidade de contrato de longo prazo, sentido jurídico: transferência da prestação. Quer dizer, o sentido jurídico

da concessão, nos dois aspectos, é tirar a administração do poder público e passar a administração do serviço para o ente privado.

Há também diferenças econômicas e contratuais. Inexistência de pagamento pelo privado pela concessão, essa é aquela “jóia” entre que citei no início, e pagamento pelo poder público parcial ou total do serviço prestado. Então a grande diferença entre a concessão, e tornou-se comum para a PPP, é justamente o papel do Estado como pagador. Inverte-se a situação. Ao invés do concessionário receber diretamente do serviço, não adianta o administrador camuflar, projetar uma prestação de serviço que seja, ao final, ineficiente, porque há todas as garantias contratuais em prol do investidor. O contrato, para haver a parceria, do ponto de vista legal, amigável, precisa ser bom para as duas partes. A questão é como juridicamente instituir um marco que proteja esse capital privado, esse investidor privado, sempre



lembrando que é do interesse do Estado e é muito do interesse dos entes privados contratar, nós temos “n” exemplos de que a concessão, prestação de serviços públicos por entes privados tem tido bons resultados.

Falaremos agora sobre Contratos de PPP. Aí já entramos especificamente nas características de cada um. Antes dessa fase, só quero lembrar aos senhores que essa idéia de parcerias não é novidade, não é uma criação brasileira, ela já vem acontecendo em alguns países da Europa, até no Brasil já houve parceria. Eu me lembro da época da década de 50, 40, aonde a prestação de serviços de energia elétrica no Rio de Janeiro, os primeiros trens instituídos no Rio de Janeiro, na nossa antiga Capital, todos eles foram feitos em regime de parceria onde o Estado concedia ao ente privado que se interessasse, a instituir, prestar e cobrar por aquele serviço. O que aconteceu com a pujança do nosso País? O País cresceu demais. Naquelas regiões onde o ente privado não conseguia retirar a contraprestação do seu financiamento o Estado tinha que intervir. Daí houve todo esse período de tornar a prestação desses serviços pública. Por quê? Porque não era de interesse do privado prestar.

Nós estamos, na verdade, voltando a uma situação obviamente mais complexa, pelo tamanho do nosso País, a uma situação que anteriormente existiu. Hoje não haveria investimento se não houvesse pela lei de PPP, é isso que ela busca, a atração desses investidores.

Os Contratos de Parceria têm as seguintes características específicas: transferir para o parceiro privado a responsabilidade pelos projetos. Até então isso era feito de forma segregada. Hoje, a parceria: *“Leva o assunto de porteira fechada. Você vai projetar tudo aquilo que for necessário para prestar o serviço.”* O que me interessa, é curioso que a lei traz assim, o que me interessa é que você comece a prestar os serviços, porque só a lei da PPP prevê isso, só com a prestação de serviço que eu começo, que surge a obrigação do Estado de pagar. Então, o que me interessa é a prestação de serviço. Risco da demanda; pode ser parcialmente ou totalmente transferido para o poder público. Por que parcialmente ou totalmente? É a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Que é o risco da demanda? Risco da demanda é o serviço “x” não ter os usuários, cuja expectativa se tinha no projeto inicial.

A possibilidade de distribuir riscos é um fato interessante. Vai surgir a pergunta: *“E se eu faço uma PPP, com o passar de cinco, dez anos, a PPP se torna rentável, o contrato se torna rentável, o fluxo aumenta, a quantidade arrecadada por tarifa equilibra o contrato, o que eu vou fazer? O que o Estado tem de fazer?”* Eu tenho um tema controverso. Vamos deixar para o final.

Pagamento público condicionado à efetiva prestação de serviços. Essas as características principais do contrato.

Possibilidade de compartilhamento dos ganhos, ou seja, o contrato de parcerias prevê que o Estado garante o ressarcimento mas, se houver qualquer situação excepcional, onde o contrato produza recursos, produza uma riqueza maior, eu, o Estado, também vou compartilhar.

Apresentação de garantias. Aí uma situação especial para o parceiro privado. O Estado também não pode entregar um contrato milionário sem ter garantias da prestação de serviços porque, como eu disse aos senhores, o interesse do Estado é atrair o investimento mas também precisa de garantias; essas garantias, quando se colocam, de bens e de prestação de serviços, é justamente para que iniba, acontecendo uma situação excepcional, uma calamidade, um problema relacionado ao negócio, que faça com que no primeiro momento a empresa desista. Então, estas as garantias exigidas do ente privado. Nada diferente daquilo que existe nos contratos tradicionais de licitação e os contratos de concessão comum.

Aí começamos a mexer um pouco, como diz lá no Interior, começamos a mexer o doce um pouco. A Lei de Responsabilidade Fiscal foi trazida para o âmbito da Parceria Público-Privada. E eu tenho uma questão também controversa sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal, porque no nosso País temos um arcabouço jurídico interessante, temos problemas de unidade, de coordenação conceitual, mas o nosso maior problema é a falta de aplicação, falta de uso desses institutos. E um alerta: a nossa Lei de Responsabilidade Fiscal, em alguns quesitos está padecendo, ela vem sofrendo esse risco de perder a respeitabilidade de quando surgiu, justamente pela falta de aplicação de alguns dos seus institutos. *“Essa lei é muito dura, vamos contornar aqui e acolá.”* Isso é um alerta. Por que um alerta? Porque, quando falo de garantia da Lei de Parcerias estou justamente trazendo a instituição do Estado diante da legislação. Ora, se eu tenho uma Lei de Responsabilidade Fiscal chamada para o baile das parcerias público-privadas, tenho o problema de sua aplicação, obviamente isso contamina a credibilidade da Lei de Parcerias. Então, aquele filme *“O mundo perfeito”*, sempre troco o nome dos filmes, na teoria, o mundo é bastante interessante, ele é perfeito, só que a cada dente, a cada falha da minha engrenagem, eu acabo contaminando tudo isso.

Então, nós temos um problema de implementação da nossa legislação. Daí aquela divisão: uma coisa é a nossa legislação, a teoria, a outra coisa é o papel do Estado em implementar. Vale lembrar que temos a lei de 2005, 2006, meados de 2007 e não temos ainda a tão falada parceria do Governo Federal; enquanto o nosso Tribunal do Estado de São Paulo não só já enfrentou, já respondeu duas, três, quatro situações. Esse descompasso é sentido do ponto de

vista jurídico, do ponto de vista do investidor, trazendo à baila aquela visão dos interessados.

O que a Lei de Parcerias traz sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal? Exige justamente que a Lei de Responsabilidade Fiscal seja cumprida. E estipula um controle de custo de caixa, de pagamentos mensais, anuais, e do limite do montante da dívida, porque não é a festa do Interior, não é a festa do aqui, fazer parcerias a torto e a direito, jogando esse processo de financiamento e de pagamento para o futuro.

Problemas de classificação. E aí entra a questão governamental que nós, da esfera do Estado, visualizamos: a controvérsia de quem vai decidir conceitualmente e o que vai ser classificado contabilmente dentro do orçamento. Então tem a disputa entre a Secretaria do Tesouro Nacional, que foi indicada pela Lei de Parcerias como competente para definir como eu vou classificar as despesas previstas na Lei de Parcerias. Isso é importante. Ninguém está falando disso hoje. Por que não está falando? Porque vai estourar como problema lá na frente, na hora em que se constatar que este ou aquele ente fez mais parcerias, mais compromissos de pagamento do que a capacidade de contratar. Eu não estou nem falando do limite de 1%, estou falando de já ter extrapolado esse limite de 1% da receita corrente líquida.

Mecanismos para garantir. Vem a previsão específica de 1% da receita corrente líquida ao ano. E aí entra a questão: isso limita? Este limite aplica-se a todos os entes do governo? Sim ou não? Limite de 1% da receita corrente líquida de endividamento para pagamentos anuais e projeção dos dez anos. Não sei. Trago isso como dúvida.

Mas relembro a vocês que a própria Lei de Parcerias traz algumas questões interessantes. Indica que são obrigados a submeter à Secretaria do Tesouro Nacional, que vai definir como as dívidas de parceria vão ser lançadas no orçamento, informações sobre o projeto antes de contratar.

Segundo quesito: a Secretaria vai estimar a receita corrente líquida, dos Estados e dos Municípios, para os dez anos seguintes, para fazer o monitoramento disso? É um tema, ainda, que não foi aprofundado, obviamente, mas é o grande tema controvertido da Lei de Parcerias, do ponto de vista da sua aplicabilidade. Se não existir esse

controle joga-se por terra toda a credibilidade que nós depositamos neste instituto, porque não basta prometer, tem que pagar. Como aquela propaganda, também antiga: *“Pai que é pai não basta ser pai, tem que participar.”* A Lei de Parcerias traz o arcabouço, se o Estado, o Município perder essa condição de arcar, joga por terra todo esse instituto. E aí vem um item interessante da Lei de Parcerias, que fala da suspensão de repasse. Nosso País tem cinco mil municípios e dizem aí as más línguas que 10% ou menos disso é auto-suficiente. Não estou falando que tem capacidade para contratar PPP, mas estou falando de auto-suficiência orçamentária.

Quais são as intenções realmente dessa lei? É isso que os senhores têm já que começar a trabalhar para tentar responder, para chegar à conclusão sobre aquelas questões controvertidas para quais entes da nossa Federação a PPP foi criada? Então, a suspensão de transferências, ou seja, esses Municípios e alguns Estados que recebem, perderam esta transferência por conta desse endividamento.

Eu não falei até agora, mas é uma diferença específica, é uma diferença técnica, é uma diferença importante, de que a parceria é contratada como uma sociedade de propósito específico. É o último item. E por que a sociedade de propósito específico? Porque, para haver esse controle do ponto de vista da prestação de serviços, para ver se o serviço está dando resultado ou não o ente governamental precisa ter à mão uma conta limpa daquela prestação de serviços. Então, para cada PPP é constituída uma sociedade de propósito, uma pessoa jurídica, exclusivamente para prestar

aquele serviço, porque é só através da análise da vida contábil dessa empresa que consigo identificar o nível daquela prestação de serviço, que parâmetros existem para aquela prestação de serviços, e mais, se aquela empresa está financeiramente com saúde para continuar prestando serviços. Não se esqueçam dos princípios que citei anteriormente: O interesse do Estado é o serviço prestado. Se eu não tenho parâmetros para identificar na sociedade com propósito específico a sua saúde financeira eu coloco em risco toda a prestação de serviço. E por que isso? A necessidade é para que você não tenha dentro de uma mesma empresa, como fundamento da sua existência, rentabilidade, outros serviços que não sejam aquele específico, objeto da Lei de Parcerias.



Em relação a esses limites de uso dos fundos públicos é interessante, daí aquela complicação de se estudar Direito Administrativo em nosso País. Nós fazemos a concessão, cem por cento de concessão, mas 90% do investimento aplicado vem de financiamento de órgão público. Para os nossos clientes é muito interessante esse financiamento mas, do ponto de vista do estudo do Direito Administrativo isso é muito curioso porque financio como ente público aquilo que estou concedendo como ente público, e não quero mais prestar. Aí alguém vai dizer: *“Estou em busca da perfeição.”* Sim. Estou em busca da melhor prestação de serviço, do melhor gerenciamento. Sim. Mas o que mais interessa ao Estado no instituto da concessão é justamente diminuir as suas despesas. E, ao fazer esse financiamento, estou fazendo uma certa confusão daquilo que estou privatizando, *“concedendo para o capital privado prestar”*, e quem financia aquela prestação?

A idéia da lei, inclusive surgiram muitas críticas, na época, com esses institutos, é limitar o financiamento de entes públicos, entes financeiros públicos, para a sociedade de propósito específico. Como é que funciona? Um grupo “x” ganha a licitação, vai contratar a parceria e constitui uma pessoa jurídica, a sociedade de propósito específico; essa sociedade de propósito específico precisa buscar recursos no mercado e daí a limitação em relação a que o Estado pode oferecer ou não com investimento.

Aí entramos numa segunda fase: As garantias previstas na lei. Eu vou passar os itens, mas o norte principal das garantias é convidar para o namoro. O poder público fez todo o possível dentro do projeto de lei, o legislador dentro daquilo que lhe coube, formulou, mas todas essas garantias, previstas na Lei do PPP, foram justamente para dar segurança ao capital privado. É esse o escopo, independentemente da análise jurídica que cada um der. O escopo é esse. E a grande pergunta que se faz no mercado é: essas garantias são eficazes? Há segurança jurídica institucional de que havendo a necessidade de se executar a garantia pelo parceiro privado, o que é a garantia? A garantia é de que vou prestar o serviço e o poder público vai me ressarcir, vai pagar a prestação, vai arcar com o preço do serviço prestado. Capacidade de convencer os parceiros. Essas garantias possuem essa capacidade?

E aí o grande choque: descumprimento contratual pelo Estado e a função de executar as garantias. O que é executar as garantias? Nós temos que entender o seguinte: o ente privado, quando assina o contrato, ele quer o contrato até o final, porque, ainda que seja uma taxa de retorno de 2, 3, 4, 6%, que são as maiores taxas de retorno de contratos administrativos de prestação de serviços, 6, 7%, ele quer justamente esse contrato até o final.

Vamos imaginar que eu faça um auto-investimento, começo a prestar o serviço e, por um problema ou outro, muda o governo, dizem: *“Tudo isso aí? Concedeu? Fecha. Acaba com esse contrato. Não gosto. Não vou pagar”*. Daqui a dez anos não acontece isso mas, daqui a vinte anos acontece isso, no meio do meu contrato. Então, a garantia, mais do que existir do ponto de vista contratual, do ponto de vista da legislação, ela precisa existir materialmente. E aí, anatem o que eu digo, dialético até, mas a garantia existe para nunca ser usada. A garantia existe como um belo quadro para o investidor porque se algumas dessas garantias, seja do Fundo Garantidor Federal, seja da Companhia Paulista de Parcerias, forem executadas os senhores podem ter certeza de que não vai haver mais nenhuma parceria no nosso País. Daí a importância daquela junção do controle fiscal, número um, da seriedade das instituições em cumprir contratos; o Estado de São Paulo é um exemplo de cumprimento de contrato, o Município de São Paulo, dependendo da situação, sim ou não, alguns Estados, vamos ver o que a gente vai conversar, reúne-se todo mundo, qual é o seu contrato, dez anos, vamos conversar.

Esse é o grande problema de traçar o preceito jurídico, previsão normativa, com o que acontece na prática. Então, a idéia é de que essa garantia jamais seja utilizada. Essa garantia é justamente para chamar, para convidar, vamos fazer essa coisa. Se alguma dessas garantias for de fato executada, é isso que a lei prevê, que haja uma desvinculação desses bens de qualquer outra situação dentro do Estado e fique exclusivamente para garantir parcerias.

Mas os senhores vão fazer as contas e vão chegar à seguinte idéia: bem, ainda que eu respeite 1% da receita corrente líquida de um determinado ente, seguramente a quantidade de parcerias, se eu chegar próximo desse 1%, ou chegar a 1%, em relação ao valor existente de garantia, os senhores vão ver que é muito pequeno. O valor existente, hoje, do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas Federal não é nada, do ponto de vista, se e quando ocorrer, as parcerias federais realmente forem implementadas. Por isso que o Fundo Garantidor é este convite. E, institucionalmente, jamais poderá ser utilizado do ponto de vista político, do ponto de vista contratual, porque se for utilizado cai por terra todo esse convite que o arcabouço jurídico da PPP tenta trazer.

Especificamente, as garantias previstas, vinculação de receitas, fundos especiais, contratação de seguro-garantia pelo poder público, organismos internacionais oferecendo, fundo garantidor de empresa estatal, e aí propositadamente o Estado de São Paulo, outros mecanismos admitidos em lei. Isso foi objeto de muito questionamento no início da norma, mas parece que se abrandou e a coisa ficou estancada, que é possível você

fazer um contrato administrativo garantindo algumas receitas para ele. Este é um diferencial do contrato de parceria.

Aí entra aquela situação do porquê da sociedade de propósito específico. Se a sociedade de propósito específico começa a andar mal das pernas, começa a ter problemas na sua prestação, na sua administração, é possível que ela seja transferida para os financiadores do projeto. Aí eu relembro aos senhores: Quem é o principal financiador do projeto em alguns casos? Até 80%, o BNDES. Então, quer dizer que volta o doce ao poder público. Isso não é interesse do poder público. Por isso, a expectativa é de que o poder público não faça esses investimentos e sim que o ente privado capte esses investimentos dentro do mercado. Para captar investimentos dentro do mercado e fazer a sociedade de propósito específico ter condições de prestar o contrato o poder público precisa dar garantia de que vai pagar. Vejam o círculo que existe dentro desse sistema: se algum elo, se alguma parte desse círculo se rompe, cai por terra todo esse contrato.

Emissão de empenho em nome dos financiadores. Eu não vou transferir, ainda, à sociedade de propósito específico, a sociedade não está arcando com os seus compromissos de financiamento. Então, é possível esses financiadores solicita-

rem ao ente público: Senhor autoridade, ao invés de ressarcir, de pagar a sociedade de propósito específico, pague-me diretamente. Está aqui a comprovação. Eu sou o financiador desse projeto, tenho um contrato de financiamento, a sociedade de propósito específico não está arcando, por qualquer motivo.

Indenização para os financiadores pela extinção antecipada do contrato, ou seja, nas duas situações iniciais, como tentativa de manutenção da prestação de serviço, é garantida ao financiador a possibilidade de ser indenizado por aquilo que ele investiu. Então, vejam os senhores, a lei, lá na sua alma, na sua espinha dorsal, é aquele convite, aquela fotografia, para o financiamento privado. Esta é a grande novidade trazida nesse contexto de Lei de Parcerias, e aqui o fundo garantidor de capital, títulos, bens, aquilo que ele pode ter constituído.

A grande questão que diferencia da concessão comum da concessão por parcerias é justamente que essas

garantias não existem, a rigor, na concessão comum. Então, a promessa de garantia é justamente para fazer valer esta estratégia de, em contratos complexos, de longo prazo, altos investimentos nós tenhamos a possibilidade de captar investimento privado.

Essa é a visão do investidor. Olhando para o lado das empresas que nos procuram sempre a grande pergunta é: há garantias de eu receber pelos serviços prestados? Sim ou não?

Especificamente na nossa legislação do Estado de São Paulo, que foi preparada, ficou pronta e tornou-se lei antes da lei federal, é basicamente que ela não contraria o que está disposto na legislação federal, mas é interessante que ela relembra todos aqueles preceitos de Direito Público, que a condição imposta pela legislação de São Paulo é, obviamente, não contrariar a legislação federal. Efetivo interesse público, viabilidade técnica, ou seja, o projeto precisa ser viável para ser implementado.

Viável qualquer projeto é. Meu pai dizia: *“Nada que um pouco de concreto e ferro, cimento e ferro, um pouco de concreto, não construa, não faça. Vejam as maravilhas que se constrói pela nossa cidade, maravilhas algumas, outras nem tanto”*. Qualquer projeto é viável do ponto de vista material. Mas, a viabilidade aqui é econômica, porque o Estado não pode patrocinar como

parceiro um projeto que seja extremamente custoso e o benefício para o interesse público seja extremamente diminuto.

Eu costumo sempre dizer para os colegas o seguinte: algumas situações, se olhar ao longo do tempo, não se justificam pelo tanto que se gastou, mas se olhar pelo modo que se pega determinadas obras, precisa dar um fim nelas, senão o prejuízo é maior. Vejam o exemplo do nosso elevado, o Expresso Tiradentes: A situação chegou a tal ponto que era muito mais caro derrubar tudo aquilo que tinha sido feito do que propriamente terminar aquela obra. E, ao que parece, tem servido, tem prestado relevantes serviços, vai chegar até a zona leste. Mas a viabilidade técnica de todos os consultados era contrária àquela obra, que se iniciou no governo do Prefeito Celso Pitta. Só que a situação que chegou aquela obra, do ponto de vista da viabilidade, era muito mais caro não fazer do que terminar. Se vier alguém lá



de Marte, mostra para ele esse projeto e diz: “*Escuta, a administração pública ficou aonde? Cadê os técnicos financeiros, projetistas, para esse projeto?*” É por isso que é difícil estudar Direito Administrativo, entender o interesse público quando você pega um projeto desse tipo. A Lei de Parcerias, obviamente, não pode cometer essas mesmas falhas. Eu não posso ter um erro de projeto, cuja inviabilidade torne o projeto totalmente inviável, porque isso vai recair sobre o ente público. Não se esqueçam das garantias.

Forma de estudos de prazos de amortização, necessidade, importância e valor do serviço. Tudo isso está dentro daquele planejamento estratégico. Todo governo, quando assume a sua função, tem, alguns têm, mais bem preparados, outros não, mas ele tem um projeto de governo. Então, a decisão primeiro passa por uma opção política. É isso que as pessoas, às vezes, não conseguem entender. Interesses públicos nós temos os mais variados, mas o colchão é pequeno, a cobertura menor ainda. Eu preciso decidir. Nessa decisão entra o aspecto do projeto político. E nós estamos passando por um período curioso, o País está entrando em colapso, em algumas situações graves, mas lembrar os senhores que o nosso projeto de Metrô tem alguma coisa de metade ou dois terços do que seria o projeto inicial, mas projetado para a década de 70. Nós estamos no ano de 2000 nessa situação; as nossas vias, as rodovias, o sistema nosso de transporte vai entrar em colapso. E ele vai entrar em colapso não é por que alguém está torcendo, ou por alguma situação incontrolada, é porque determinadas obras de infraestrutura não nascem do dia para a noite. Então, a Lei de Parcerias, quando foi apresentada como a grande salvadora, a grande mola propulsora de obras, esqueceram deste detalhe. Não se faz um projeto de estrada do dia para a noite, não se faz um projeto de metrô, de aeroporto, do dia para a noite.

A lei de PPP está convidando este capital, oferecendo garantias, mas o capital não virá se o projeto não for um projeto sério, sério do ponto de vista da viabilidade, sério do ponto de vista das perspectivas que ele tem para o futuro.

Antes da duplicação da Washington Luiz, isto foi feito no Governo Quéricia, praticamente não se conhecia ali aquele sertão do Interior paulista, de onde eu humildemente me origino, mas com a duplicação da Washington Luiz, em dez anos, aquilo se tornou uma riqueza estrondosa; hoje, passados 20 anos da duplicação da Washington Luiz ela se tornou intransitável. Quando se criou a Bandeirantes, era uma estrada que ligava nada a lugar nenhum, hoje ela liga toda esta região, englobando São Paulo, Campinas e não é suficiente, até o quilômetro 48 com quatro pistas, mais a Anhanguera.

O que significa isso dentro do ponto de vista do projeto administrativo de um contrato de parceria público-privado? Não dá para eu olhar o contrato de parcerias hoje, eu preciso planejar e olhar o contrato de parcerias para daqui a vinte anos, porque se eu fizer um contrato de parcerias para resolver um problema hoje, daqui a quinze anos ele vai ser um contrato que vai trazer problemas, tanto para o Estado como para o ente privado, porque a projeção sua, necessariamente, era para uma situação de agora. Não é fácil essa situação, mas é só para tirar um pouco essa mística e essa carga que se depositou em cima das parcerias público-privadas. Sendo bem simplista, a Parceria Público-Privada é um contrato de prestação de serviço a longo prazo, principalmente, na parceria administrativa. Na parceria patrocinada, a rigor, eu teria ali um “mix” de aporte, de ajuda financeira para o Estado.

Essa situação, esse histórico que é importante os senhores terem quando imaginarem o que são esses projetos de parceria. Impacto financeiro está relacionado à Lei de Responsabilidade Fiscal, origem dos recursos, comprovação da compatibilidade da Lei Orçamentária Anual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias. No Estado de São Paulo, relembro, foi criada a Companhia Paulista de Parcerias Público-Privadas para colaborar com a implementação, ela quem garante os contratos de parcerias do Estado de São Paulo, e não o Fundo, e gerir esses ativos que foram destinados a ela, ou seja, esses ativos têm a específica função de garantir a parceria.

Creio que já trouxe para vocês temas específicos e temas gerais sobre a Lei de Parcerias e eu não sei quanto tempo nós temos, ainda. Temos quinze minutos? Mais uns cinco minutos? Porque eu vejo a cara de vocês: “*Esse cara não acaba nunca, meu Deus do céu. Está falando, falando e não acaba nunca.*” A sessão de perguntas e respostas é de cinco minutos, não sei se avisaram para vocês. A pergunta é feita por escrito e passa pelo crivo do nosso Presidente, se ele aprovar, é feita a pergunta, até para não constranger muito o palestrante.

Mas, os temas controvertidos, eu trouxe mais 68 slides. Então, eu não gostaria de passar os 68 a vocês. Os temas controvertidos, na verdade, são aqueles dois que disse logo no início, trouxe como provocação, com o intuito de debate sobre o tema. Quando recebi o convite do Tribunal imaginei que era para um bate-papo, uma conversa com alguns colegas, alguns funcionários, que foram ou são meus alunos. Quando me disseram que iria palestrar para membros de outros Tribunais, membros do Legislativo, da Administração em geral, advogados, eu pensei: “*Preciso levar alguma coisa de interessante para eles. E a coisa interessante é esta, a contestação, os pontos controvertidos.*”

O ponto controvertido número um é a arbitragem. Deixei esse como ponto inicial porque é um ponto interessante. E a grande questão é: é possível fazer a arbitragem com a legislação de parcerias? Aí precisamos lembrar dos nossos princípios, do nosso sistema românico, legalista, princípio da legalidade, princípio da afetação dos bens, princípio da indisponibilidade do interesse público, ainda que até hoje ninguém tenha dito que é interesse público. Eu arrisquei algumas coisas quando tratei do tema.

A segunda questão controvertida é: aplica-se ou não o limite de 1% da receita corrente líquida para endividamentos em Estados e Municípios? E para aqueles que não conhecem a norma explico o porquê. Tem um dispositivo na Lei de Parcerias que diz: “Disposições aplicáveis à União.” Dentro desse dispositivo consta essa limitação de 1% da receita. Aquilo que eu trouxe a vocês foi um esforço danado, mas consegui trazer aquelas limitações, aquela obrigatoriedade da Secretaria do Tesouro Nacional fiscalizar as contas estaduais e municipais eu achei fora desse dispositivo. E fora do dispositivo, também, específico da União, tem que para instituir parcerias eu preciso ter aquele plano de metas. O plano de metas, o anexo de metas, nada mais é do que o Plano Plurianual, que o nosso antigo Presidente transformou no “Avança, Brasil”. Nada mais era do que o Plano Plurianual, que já está previsto na Constituição, na lei orçamentária, que tem de ser previsto. À época até se fazia uma piada: O plano avança, Brasil. Era o País à beira do abismo, avança. Então, avança. Era uma situação bastante curiosa, a frase dele e a situação em que o País estava. Parecia uma chacota para as pessoas que entendiam o mínimo de administração e orçamento dar um nome àquilo que já é obrigado por lei. A Lei de Parcerias exige essa apresentação de Plano Plurianual.

Aí uma questão bastante particular que envolve partes tributárias. Alguém já parou para pensar a natureza jurídica da conta prestação pecuniária paga pelo Estado na concessão patrocinada, na concessão administrativa?



O alerta é esse: Dependendo da natureza jurídica dessa contraprestação – e aí a natureza jurídica eu coloquei duas divisões, se é receita ou qualquer tipo de subsídio ou subvenção –, isso tem um impacto na contabilidade da sociedade de propósito específico.

São estes os três pontos controvertidos que trouxe a vocês. Garanto a vocês que a lei não traz a resposta. Há poucas obras sobre o tema. Uma delas eu passei aquele período de ano novo e carnaval terminando, porque tudo que já tinha preparado tive que mudar, nunca foi tão difícil tratar sobre seis artigos numa lei, do artigo 1 ao 6, e também não está nesse livro, que, inclusive,

trouxe dois exemplares para serem distribuídos entre vocês. É um tema controvertido, as respostas estão ainda por serem dadas e seguramente serão questões que os Tribunais de Contas terão que enfrentar. O nosso Tribunal, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, abordou o tema. No contrato da linha 4 do Metrô há a previsão da parceria poder ser objeto de arbitragem. Os outros dois temas são temas a surgirem, na medida em que a parceria de fato se concretizar com a prestação de serviço, o pagamento e o surgimento da segunda parceria do Estado de São Paulo para verificar até que ponto vai chegar esse li-

mite; também adianto que a nossa lei paulista não traz isso expressamente. Então, fica aí a critério de vocês. Vou passar aqui rapidamente os itens, que tratava disto, os slides estarão disponíveis para que vocês obtenham os argumentos que eu trouxe.

Basicamente, era isso. Quero agradecer a atenção e o convite de vocês. Estão aí os meus e-mails, o e-mail do escritório e o do Mackenzie. Fico muito grato novamente pelo convite feito. Agradeço a atenção de vocês e contem comigo no que precisarem na área de Direito Administrativo. É sempre muito grato estudar a matéria.

Muito obrigado. ”



16/08/2007

## “O JULGAMENTO DE CONTAS E A RESPONSABILIDADE DOS AGENTES POLÍTICOS”

DR. ANTONIO CARLOS VILLEN

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O Desembargador Antonio Carlos Villen destacou na sua palestra a amplitude do direito de defesa dos agentes políticos, “que deve existir e é inarredável”, mas que deve ser visto com cautela especialmente pelo Poder Judiciário, instância derradeira em que pode ser exercido, depois do campo administrativo, inclusive em graus de recurso, tendo em vista a possibilidade de ser utilizado pelo interessado apenas para ganhar tempo e continuar disputando eleições.

“O caminho da condenação pode ser longo a ponto de, quando concluído, o agente já estar na terceira idade”, ilustrou, observando, entretanto, que se a legislação não é a ideal, dispõe de meios para se punir o agente político que teve suas contas rejeitadas, entre eles a Lei da Improbidade e a Ação Penal.

Disse também que as decisões técnico-administrativas têm “presunção de legitimidade” e que os julgadores sempre as levam em consideração.



“Quero saudar a todos, na pessoa do Presidente deste Tribunal de Contas, Dr. Antonio Roque Citadini, agradecer ao convite que me foi feito, as palavras elogiosas, não sei se merecidas, que me foram dirigidas pelo Diretor Geral deste Tribunal, Dr. Sérgio Ciquera Rossi, agradecer também ao Dr. Maurício Varnieri Ribeiro, colega de turma da faculdade, pela acolhida que me deu neste Tribunal, pessoa muito querida de longa data, mas que só hoje vim a saber que é botafoguense, infelizmente num dia não muito feliz. Mas quero agradecer também a presença de todos. Espero não cansá-los com as considerações que vou fazer a respeito do nosso tema. Normalmente não gosto, em eventos semelhantes, de ler a minha exposição. Hoje, infelizmente, por uma série de circunstâncias, isso foi inarredável, não teve jeito de escapar. Se não cansá-los muito já me darei por satisfeito e acho que vocês também.

O nosso tema “O julgamento de contas e a responsabilidade dos agentes políticos”, como o Dr. Sérgio Ciquera Rossi assinalou, entendo também ser um tema extre-

mamente relevante, muito amplo também, muito vasto, de maneira que é impossível, numa intervenção desta, de longe, tentar esgotar o assunto. Então, vou tentar abordar esse tema em algumas de suas vertentes, que entendo serem importantes, tanto para quem considera a matéria do ponto de vista do Tribunal de Contas, como também para quem a considera, e eu digo isso porque sou membro do Judiciário, do ponto de vista judicial.

Vou tentar fazer aqui mais ou menos um elo entre a atividade dos Tribunais de Contas e do Judiciário, a respeito do julgamento de contas e da responsabilidade dos agentes políticos.

Inicialmente, é lógico, a maioria dos que estão aqui presentes sabe do que se trata, mas não nos custa lembrar alguns conceitos, principalmente no tocante ao julgamento de contas, parecer do Tribunal, e assim por diante.

Conforme assinala José Afonso da Silva, os princípios que informam a administração, dentre eles o da legalidade, seria de nenhuma eficácia se não se estabeleces-

sem meios de fiscalização de seu cumprimento. É em atenção a essa necessidade que a Constituição estabelece normas sobre a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da administração.

O artigo 70 da Constituição Federal tem a seguinte redação:

*“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”*

Quem deve prestar essas contas? Isso é respondido pelo parágrafo único do artigo 70, que, em linhas gerais, dispõe que está sujeita a esta prestação de contas, a essa fiscalização, toda pessoa jurídica ou física, pública ou privada, que de qualquer forma utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre bens ou valores públicos. Aí se incluem, portanto, não só os órgãos da administração direta e indireta, como também as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Os dispositivos mencionados, tanto no artigo 70, em seu *caput*, como o parágrafo único, tratam da União, mas podem, em linhas gerais, ser transpostos para os Estados e Municípios.

A preocupação da Constituição com o controle das finanças públicas tem sua razão de ser, pois, como anota Ricardo Lobo Torres, a integridade e defesa dos próprios direitos fundamentais garantidos pela Carta dependem, sem dúvida, das finanças públicas. Daí a suma relevância dos Tribunais de Contas no exercício das atribuições que lhes foram conferidas pela Constituição, algumas das quais vamos mencionar mais adiante.

Mas a Constituição diz, também, no dispositivo, cujo texto acabei de ler, que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial se fará mediante controle da legalidade, da legitimidade e economicidade.

O que vem a ser isso? É o já citado jurista Ricardo Lobo Torres quem responde. Legalidade, para ele, é o controle da validade formal, o exame da adequação da gestão financeira ao orçamento e às leis materiais que disciplinam os tributos e as despesas; é o exame formal das contas, seus aspectos de certeza, exatidão e correção de números e cálculos, e também o da suprallegalidade, ou seja, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, administrativos, restrita, no entanto, a atuação dos Tribunais de Contas aos segundos. Esta restrição, esta ressalva feita na parte final, consiste em quê? A constitucionalidade nos exames feitos pelo Tribunal de Contas fica restrita aos atos administrativos e não aos atos normativos.

Prossegue Ricardo Lobo Torres conceituando a economicidade. Para ele, é o exame e fiscalização material da execução orçamentária; é o controle da eficiência da gestão financeira e execução do orçamento, minimização de custos e a maximização da receita e arrecadação; é o exame da adequação e equilíbrio entre o mínimo de despesa e o máximo de receita, ou seja, a relação custo-benefício. Acrescenta também que a economicidade, no que tange a subvenções e renúncia de receitas, cuida dos exames, ou consiste no exame da adequação entre os fins almejados pela lei concessiva e o resultado efetivamente alcançado entre o custo para o Tesouro, com as renúncias, e com gastos tributários e o benefício social-econômico efetivamente produzido.

Por fim, a legitimidade. Ricardo Lobo Torres assinala que a legitimidade prevista, a que se refere o dispositivo constitucional, diz respeito à política fiscal, financeira e econômica. Acrescenta que não se trata de controlar os objetivos das decisões políticas, pois isso que, vedado aos Tribunais e Cortes de Contas, que não podem substituir a decisão de política econômica por suas preferências. Então, ele assinala: o que se cuida é de controlar, sob esse aspecto da legitimidade, as premissas que essa política fiscal, financeira e econômica, as premissas constitucionais de legalidade e economicidade; é também o exame dessa política fiscal financeira e econômica, à luz principalmente do interesse público, que deve atender. E arremata essas considerações, é quase uma advertência, muito importante, principalmente nos dias em que estamos vivendo no nosso País, dizendo: *“A legitimidade do Estado democrático depende do controle da legitimidade da sua ordem financeira. Só o controle rápido, eficiente, seguro, transparente e valorativo dos gastos públicos legitima o tributo, que é o preço da liberdade. O aperfeiçoamento do controle é que pode derrotar a moral tributária cínica, que prega a sonegação e desobediência civil, a pretexto da ilegitimidade da despesa pública.”* Acho muito importante essa, como disse, quase advertência que ele faz, a qual nós podemos talvez voltar mais adiante.

Convém também estabelecer, ou lembrar simplesmente, o que é o controle interno e o controle externo, ambos mencionados pelo artigo 70 da Constituição. O controle interno é exercido pelos próprios poderes, pelos próprios órgãos da administração direta e indireta, como também pelas próprias empresas, sobre suas finanças e execução orçamentária. A esse respeito, o artigo 74 da Constituição dispõe que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão de forma integrada sistema de controle interno, com a finalidade de, entre outras coisas, fiscalizar a gestão orçamentária, financeira e patrimonial de seus respectivos órgãos e entidades. Por outro lado, o controle externo é exercido,

isso no âmbito da União, pelo Congresso Nacional, isso é dito pelo artigo 71 da Constituição, com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Os Tribunais de Contas, portanto, de acordo com o dispositivo constitucional, são órgãos auxiliares do Legislativo.

Volto a José Afonso da Silva, que assinala a respeito desse controle externo, que, segundo ele, é função do Legislativo, sendo de competência do Congresso, Assembléia ou Câmara Municipal, com o auxílio dos respectivos Tribunais de Contas. Consiste, assim, na atuação da função fiscalizadora do povo, através de seus representantes, sobre a administração financeira e orçamentária. É, portanto, segundo José Afonso, um controle de natureza política no Brasil, mas sujeito à prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas competente, que assim se apresenta como órgão técnico, e suas decisões são administrativas, não jurisdicionais, como às vezes se sustenta à vista da expressão julgar as contas, referida no artigo 71, inciso II. Ainda, José Afonso afirma que a mesma expressão é também empregada no artigo 49, inciso IX, da Constituição em que se dá ao Congresso Nacional competência para “*julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República*”, e nem por isso se dirá que ele exerce função judicante.

O que nos importa mais aqui é esse controle externo das contas, porque estamos falando de julgamento de contas, que está entre uma das várias competências enumeradas nos onze incisos do artigo 71 da Constituição. Por outro lado, diante do disposto nos artigos 71 e 31 da mesma Constituição, podemos, como já disse, em linhas gerais, transpor tais regras para os Estados e Municípios, e sintetizá-las da seguinte forma: cada poder tem o seu sistema de controle interno; o controle externo é sempre feito pelo Legislativo, Congresso, Assembléia Legislativa ou Câmara de Vereadores, com o auxílio dos Tribunais de Contas. Em São Paulo, o Tribunal de Contas do Estado auxilia a Assembléia e as Câmaras de todos os municípios, com exceção da do município de São Paulo, que dispõe de Tribunal de Contas do próprio município, já anterior à Constituição de 1988, e que com ela subsiste, subsiste na vigência da Constituição de 1988. Parece-me, salvo engano, que o único outro município que dispõe também de um Tribunal, que subsiste na vigência da Constituição, é o do Rio de Janeiro.

Os Tribunais de Contas, como já assinalai, prestam esse auxílio no tocante à fiscalização, pelo Legislativo, dos órgãos geridos pelos agentes políticos. Os Tribunais de Contas dão parecer sobre as contas do Chefe do Executivo e julgam as contas dos demais administradores e responsáveis por recursos públicos da administração direta, indireta, fundações, empresas públicas e as sociedades de economia mista. Esta distinção é de suma relevância para o que vamos falar mais adiante em nossa

exposição, essa distinção entre o parecer que o Tribunal de Contas oferece sobre as contas do chefe do Executivo, Presidente da República, governadores e prefeitos, e sobre o julgamento das contas dos demais gestores e administradores públicos.

Outras considerações dizem respeito à classificação das atividades dos Tribunais de Contas. Existe uma classificação, que é simples, entendo interessante, muito enxuta, fornecida por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, em sua obra conjunta, denominada “Improbidade Administrativa”. Os dois autores classificam as atividades dos Tribunais de Contas, à luz da Constituição Federal, da seguinte forma: segundo eles, os Tribunais de Contas exercem uma atividade consultiva, ao emitir o parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Executivo, as quais serão, afinal, julgadas pelo Legislativo. É aquela distinção que mencionei há pouco, é o parecer dos Tribunais ou que determinado Tribunal de Contas dá sobre as contas do chefe do Executivo, parecer este que posteriormente é oferecido ao Legislativo, que finalmente vai julgar as contas do Chefe do Poder, e, por outro lado, a atividade de julgamento. Então, eles classificam, Emerson e Rogério Pacheco Alves, as atividades dos Tribunais de Contas em atividade consultiva: fornecer o parecer, emitir o parecer sobre as contas do Chefe do Executivo; atividades de julgamento: que consiste em apreciar, em julgar as contas dos gestores da coisa pública, todos os gestores, menos o chefe do Executivo, podendo, aí sim, aprová-las ou rejeitá-las - não vai emitir apenas um parecer, mas vai aprovar ou rejeitar essas contas; e, por fim, a atividade sancionatória dos Tribunais de Contas, que se desenvolve quando os Tribunais de Contas aplicam aos agentes que tiveram suas contas rejeitadas multa proporcional ao dano causado ao erário, bem como a obrigação de repará-lo. Atividade que está prevista no artigo 71, inciso VIII, da Constituição Federal.

Um outro autor, também, que faz uma síntese da competência das atividades dos Tribunais de Contas, mais especificamente sobre a competência do Tribunal de Contas da União, classificando essas funções ou as atividades do TCU em quatro, é Eduardo Monteiro Lopes. Segundo ele, as atribuições ou competência do Tribunal de Contas da União dividem-se da seguinte forma: registro de contratação de pessoal para o serviço público, e também registro de procedimentos de concessão de aposentadorias e pensões. Segundo, formulação de parecer prévio sobre as contas da Presidência da República. Terceiro, julgamento de contas dos gestores públicos. Quarto, fiscalização, mediante inspeções e auditorias, de atos e contratos que correspondam a dispêndio do Tesouro Nacional.

Feitas essas considerações sobre as atividades dos Tribunais de Contas, cabe agora conceituar agente político,

pois disso também cuida o nosso tema: o julgamento de contas e a responsabilidade dos agentes políticos. O que se deve entender, portanto, por agentes políticos? E aqui vou recorrer à doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello. Ele fornece inicialmente um amplo conceito de agentes públicos para designar todos aqueles que servem ao poder público, independentemente da natureza do vínculo, estatutário, trabalhista ou contratual, e ainda que ele seja apenas ocasional ou episódico. Celso Antonio engloba no conceito de agentes públicos quem quer que desempenhe funções estatais, desde os membros de Poder, como chefes de Executivo, deputados e juízes, até os servidores de autarquias, fundações governamentais, empresas públicas, sociedades de economia mista, como também os concessionários e permissionários de serviço público. Diante do amplo conceito de agentes públicos, ele os divide em três grandes grupos: os agentes políticos, em primeiro lugar, os servidores estatais e os particulares em atuação colaboradora com o poder público. No tocante à categoria, ou à classe que nos interessa, dos agentes políticos, ele afirma o seguinte: agentes políticos são apenas o Presidente da República, os governadores, prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos chefes do Executivo, isto é, ministros e secretários das diversas pastas, bem como os senadores, deputados federais e estaduais, e os vereadores. Acrescenta, ainda, Celso Antonio: o vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política, exercem o múnus público, vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros das cívicas e, por isto, candidatos possíveis à condução dos destinos da sociedade.

Nós observamos que, nesse conceito de agentes políticos, Celso Antonio não inclui os juízes, os membros do Poder Judiciário. Ele não esclarece em sua obra “Curso de Direito Administrativo” o porquê da exclusão, mas ela se evidencia pelas próprias considerações que ele faz. Ela se evidencia por quê? Pelo menos, o juiz de carreira não se enquadra na classe agentes políticos, uma vez que ingressa na magistratura por concurso, de acordo com a sua habilitação técnica

e profissional. Um sistema de ingresso, no entanto, distinto dos que ingressam nos tribunais pelo quinto constitucional, ou dos que são nomeados ministros dos tribunais superiores e do STF. Essa discussão não nos interessa muito aqui, mas, de acordo com os conceitos fornecidos pelo mestre Bandeira de Mello, os juízes ou membros do judiciário formariam um quarto grupo, não se incluindo nem na categoria dos agentes políticos, nem na categoria dos servidores estatais públicos, pois eles são membros de Poder, tanto que estão obrigatoriamente sujeitos ao regime de subsídio, de acordo com o artigo 37, XI, e 39, parágrafo 4º, da Constituição, equiparando-se aos agentes políticos. E, além disso, têm garantias que os servidores públicos de uma maneira geral não têm.

As considerações a respeito dessas peculiaridades dos membros do Poder Judiciário podem, se não integralmente, também ser feitas a respeito dos membros do Ministério Público e dos membros dos Tribunais de Contas. Mas, enfim, podemos, para efeito da nossa discussão, sem ingressar num exame profundo desse assunto, dessas distinções ou desse conceito “agentes políticos”, aceitar o conceito fornecido pela doutrina mais cabalizada de Celso Antonio Bandeira de Mello.

Pois bem, feitas essas ponderações sobre o conceito de agentes políticos cabe assinalar, a respeito da responsabilidade dos agentes políticos diante do julgamento de suas contas, que ocorre ou pode ocorrer nos planos político, administrativo, civil e criminal. O objetivo desta exposição não é esmiuçar a responsabilidade em cada um destes planos (Este tema, como já disse inicialmente, é de uma vastidão enorme), o nosso objetivo é menos pretensioso, qual seja, examinar essa responsabilidade e suas vertentes política, administrativa e civil, com mais atenção sobre os desdobramentos que isso pode ter no âmbito judicial, seja quando se trata do julgamento pelo Legislativo, quando - lembro mais uma vez: os Tribunais de Contas desempenham atividade consultiva - seja quando se trate de julgamento das contas pelos próprios Tribunais de Contas, atividade de julgamento, seja quando se cuide de aplicação de multas e sanções pelos Tribunais de Contas. Para tais finalidades temos de dar especial atenção à questão do direito de defesa.



Quando o Tribunal de Contas aprecia as contas do Chefe do Executivo, Presidente da República, Governador, Prefeito, aprecia suas contas com a finalidade de posteriormente enviar ao Legislativo um parecer sobre a sua regularidade, ele desenvolve uma atividade técnico-administrativa. Ao Legislativo caberá acolher ou não o parecer, ou seja, julgar as contas. O mesmo acontece quando o Tribunal de Contas executa a sua atividade de julgamento, ou seja, quando delibera sobre as contas dos demais gestores públicos. Aqui, também, apesar de a própria Constituição empregar o termo “julgamento de contas”, sua atividade não é jurisdicional, mas técnico-administrativa, sujeita, portanto, à revisão do judiciário.

Este é o meu entendimento: tanto quando o Tribunal de Contas desenvolve apenas aquela atividade consultiva, tendente a fornecer um parecer para ser submetido ao julgamento do Legislativo, como quanto às contas dos demais gestores públicos, quando ele julga essas contas; em ambos os casos, a atividade do Tribunal de Contas é técnico-administrativa e não jurisdicional. E, por isso, de acordo com esse entendimento, está sujeita à revisão pelo Judiciário.

Num e noutro caso, ou seja, tanto na atividade consultiva, quanto na atividade de julgamento, é indispensável que o responsável pelas contas tenha oportunidade de oferecer o direito de defesa. Isso é decorrência pelo exposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, segundo o qual: “*Art. 5º. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*”

Por isso mesmo, aliás, a Lei Complementar nº 709, de 1993, dispõe em seu artigo 51 que: “*Artigo 51 - Em todos os processos submetidos ao Tribunal de Contas será assegurada ampla defesa ao responsável ou interessado.*” De resto, em se tratando de atividade administrativa os atos praticados em tais processos deverão se revestir dos requisitos de validade do ato administrativo, no tocante à competência, forma, finalidade e motivação.

É necessário, tendo em vista o que foi dito, que, em primeiro lugar, no processo de apreciação ou tomada de contas, o Tribunal de Contas, quando constata alguma irregularidade nas contas sob sua apreciação, dela dê ciência ao responsável, para que possa se defender. Posteriormente, por ocasião da decisão final, ou do parecer do Tribunal de Contas, é indispensável, também, que o ato esteja motivado. A motivação, principalmente quando a conclusão seja pela irregularidade das contas, há de consistir em clara exposição de motivos, fáticos e jurídicos. Em outras palavras, a motivação deve explicitar com clareza os fatos e sua subsunção às normas legais de regência. A motivação não se trata de requisito que se satisfaz

com preenchimento meramente formal, mas deve ser observada, tendo em conta aquela já mencionada necessidade de clareza dos fatos e precisão na subsunção às normas legais pertinentes, tudo para possibilitar revisão do ato, seja na própria via recursal administrativa, seja em via judicial. A ausência de motivação, ou falha da motivação, que impeça essa revisão do próprio assédio administrativo ou judicial podem induzir à nulidade do ato.

Sabemos que, enquanto o julgamento de contas dos demais administradores e gestores públicos termina, como já dissemos, nos Tribunais de Contas, isso não ocorre com o julgamento das contas dos Chefes de Executivo. Reitero, mais uma vez, em relação a estes, o Tribunal de Contas emite um parecer, que deverá ser votado pela respectiva Casa Legislativa. Seja este parecer pela regularidade ou pela irregularidade das contas, ele poderá ser acolhido ou rejeitado pelo Legislativo, cumprindo assinalar que, no âmbito dos municípios, o artigo 31, § 2º, da Constituição dispõe que “*o parecer prévio (...) só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.*”

Temos, então, a seguinte indagação que já suscitou e suscita muita controvérsia na jurisprudência: uma vez instaurado o processo de julgamento do Legislativo será necessário conceder novamente oportunidade para defesa do chefe do Executivo, sabido, necessariamente, como dissemos, que tal direito já teria sido exercido perante o Tribunal de Contas?

O artigo 49, inciso IX, da Constituição Federal estabelece que a competência do Congresso Nacional é “*julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre execução dos planos de governo*”. Pois bem, compete ao Congresso Nacional julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República. No âmbito dos Estados, a competência para julgar as contas do governador é da Assembléia Legislativa, e, no âmbito dos Municípios as contas dos prefeitos são julgadas pelas Câmaras Municipais. E isso, repito, sempre com o auxílio do respectivo Tribunal de Contas, que dará o seu parecer, estou falando dos Tribunais de Contas Estaduais, excetuados, no caso dos municípios, as prefeituras de São Paulo e Rio de Janeiro.

O ato final desse julgamento, pelo Legislativo, é a edição de decreto legislativo acolhendo ou rejeitando o parecer do Tribunal de Contas, pelo Congresso Nacional, pela Assembléia Legislativa ou pela Câmara Municipal, conforme o caso. A elaboração de decretos legislativos, por outro lado, dá-se mediante processo legislativo, conforme expresso no artigo 59, inciso VI, da Constituição.

O que se indaga é se nesse “processo legislativo” o Chefe do Executivo, que, necessariamente, como já disse, terá tido oportunidade de defesa perante o Tribu-

nal de Contas, deve ter novamente a oportunidade de defender-se agora perante a Assembléia Legislativa ou perante a Câmara.

No Supremo Tribunal Federal a matéria ensejou controvérsia, e, talvez, seja até prematuro dizer que está pacificada. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inclusive a 10ª Câmara do Direito Público, a qual integro, a matéria é bastante controvertida até hoje.

Os que entendem que o exercício do direito de defesa só tem lugar perante o Tribunal de Contas consideram que, recebido o parecer do Tribunal de Contas pela Casa Legislativa e deflagrado o processo legislativo tendente à edição de decreto legislativo não cabe falar em direito de defesa, que é só garantido e oportuno nos processos judiciais ou administrativos. Ainda, segundo esse raciocínio, como atividade desenvolvida pelo Legislativo não ostenta tal natureza, ou seja, não é um processo judicial, nem administrativo, mas um processo legislativo, não cabe, segundo os que assim pensam, falar em direito de defesa. Inaplicável, portanto, a essa hipótese, o artigo 5º, inciso 55, da Constituição Federal.

Nesse sentido, existem vários julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo. No Supremo Tribunal Federal também esse entendimento foi adotado já há algum tempo, por exemplo, em agravo de instrumento, do qual foi Relator o Ministro Moreira Alves, no ano de 2000. No mesmo ano de 2000, porém, o Supremo Tribunal Federal adotou orientação diversa. Em recurso extraordinário, do qual foi Relator Ministro Hilmar Galvão, que salientou que, tendo o parecer sido pela rejeição das contas, indispensável que o Prefeito tenha oportunidade de opor-se ao referido pronunciamento técnico, de maneira ampla, perante o Legislativo, com vista à sua almejada reversão.

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal, esta no ano de 2004, Ministro Celso de Mello, é também no sentido de garantir o direito de defesa perante o Legislativo.

Na longa fundamentação de sua decisão, que faz referência a vários doutrinadores, entre eles Hely Lopes Meirelles, José Nilo de Castro, Eduardo Bottallo, o Ministro Celso de Mello consigna que, apesar do rótulo processo legislativo, cuida-se, na verdade, de um processo político-administrativo. Mas, segundo Celso de Mello, trata-se de um processo que poderá culminar na imposição de restrições à situação jurídica do chefe do Executivo, a começar pela inexigibilidade, razão porque, segundo ele, é necessário a observância da ampla defesa, nos termos do artigo 5º, LV, da Constituição, sob pena de nulidade.

Por iguais motivos, e também sob pena de nulidade, entende o Ministro Celso de Mello que é imprescindível, também no âmbito do Legislativo, a motivação do ato.

Interessante anotar que, em sua decisão, o Ministro assinala que o entendimento do STF tem sido no sentido de que em qualquer procedimento, ainda que de natureza administrativa, ou político-administrativa, que possa resultar em medida restritiva dos direitos, de caráter punitivo ou não, a atividade do Estado não pode ser exercida sem observar o devido processo legal, aí inserida a ampla defesa, sob pena de nulidade. Conclui o Ministro: “*Assiste ao cidadão, mesmo em procedimentos de índole administrativa, ou de caráter político-administrativo, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, conforme prescreve a Constituição da República.*”

Como já observei, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal parece que ainda não está cristalizada a respeito do tema mas, pela própria fundamentação da decisão mencionada, do Ministro Celso de Mello e pelos precedentes da Corte a respeito de temas semelhantes, e, ainda, tendo em vista a tendência que vem sendo notada no Supremo Tribunal Federal de reforçar, por assim dizer, os direitos fundamentais previstos na Constituição, veja-se, por exemplo agora mesmo, a decisão da Suprema Corte no sentido de afastar a possibilidade de interrogatório criminal por videoconferência, por tudo isso vislumbra-se que realmente essa será a orientação definitiva do Supremo Tribunal Federal nos casos vindouros, ou seja, penso que se exigirá sempre a observância do direito de defesa e a necessidade de motivação, não só na fase de elaboração do parecer do Tribunal de Contas, como também no processo de elaboração do decreto legislativo.

Entendo que, hoje, tal como os Tribunais de Contas se inserem na estrutura de Poder, são órgãos auxiliares do Legislativo, e dada também a natureza conferida à atividade que eles desenvolvem nos processos de julgamento de contas, atividade técnico-administrativa, entendo que, tendo em vista esses dados, é mesmo difícil afastar a necessidade de concessão do direito de defesa perante o Legislativo, mesmo porque, no âmbito do Legislativo, em se cuidando agora não de um processo meramente técnico, mas de um processo político-administrativo, outros argumentos poderão ser utilizados pela defesa para obter a reversão do parecer do Tribunal de Contas. É certo, porque aí vai entrar mais uma dificuldade, que nos assusta. Depois de considerar que já houve uma oportunidade de defesa perante o Tribunal de Contas, que já houve uma segunda oportunidade de defesa perante o Poder Legislativo, nos deparamos ainda com o disposto na Lei Complementar nº 64/90, cujo artigo 1º, inciso I, alínea g, tem a seguinte redação

“*Art. 1º. São inelegíveis:*

*I - para qualquer cargo:*

*g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregu-*

*laridade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente,” e aí vem o que assusta “salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;”*

O que realmente assusta é a ressalva contida na última parte do dispositivo. Com essa ressalva, e considerando o tempo que poderá demorar para chegarmos ao desfecho dos três procedimentos, o procedimento administrativo do Tribunal de Contas, o procedimento político no Legislativo e o procedimento judicial, em muitos casos, o gestor, cujas contas tenham sido reprovadas não precisará se preocupar muito com a questão da inelegibilidade, pois ela poderá se efetivar quando ele já estiver até um pouco além da terceira idade. Temos de considerar essa ressalva do dispositivo da lei complementar com o fato de que, no Judiciário, em eventual ação para discutir o ato de rejeição de suas contas, o agente político terá novamente todas as garantias decorrentes do devido processo legal, dentre as quais a possibilidade de ampla produção de provas, condicionadas, evidentemente, à sua necessidade, que será avaliada pelo julgador. Tudo isso, porém, essas dificuldades, esse longo caminho a percorrer, é decorrência inarredável do sistema tal como ele está previsto na Constituição da República. Hoje, eu até comentava a esse respeito antes de iniciarmos aqui a nossa intervenção, que, talvez no futuro, tenhamos que caminhar para transformar os Tribunais de Contas em verdadeiros órgãos jurisdicionais, com decisões revestidas do poder de imutabilidade, coisa julgada, constituindo, talvez, a Justiça de Contas, podemos assim chamá-la, uma jurisdição especial. O sistema atual, no entanto, tal como está posto constitucionalmente, praticamente não admite alternativas tendentes a assegurar que a reprovação de contas dos agentes políticos produza efeitos, atinja sua efetividade em prazo razoável e isso sem ignorar, evidentemente, a garantida do processo legal. Essa questão da demora merece reflexão até mesmo à luz da nova garantia introduzida no artigo 5º da Constituição Federal, pela Emenda 45/04, segundo a qual “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”. Este o texto do dispositivo. Se, como visto inicialmente, a efetividade da fiscalização dos agentes políticos é condicionante da efetividade dos próprios direitos fundamentais não há como deixar de dar maior atenção à demora de que estamos falando, atenção que, entendendo, não tem sido dada nos vários âmbitos do poder, inclusive no Judiciário, ao qual eu integro.

Além disso, quero fazer também algumas considerações, ainda que breves, sobre o controle judicial da atividade fiscalizatória de que estamos cuidando. Pelo

que já ficou aqui assinalado a possibilidade de revisão no julgamento dos Tribunais de Contas e do Legislativo pelo Judiciário é inegável, no atual sistema. Esse controle, evidentemente, tem limites, sob pena de se esvaziarem as próprias atribuições conferidas pela Constituição aos Tribunais de Contas e ao próprio Legislativo nessa matéria.

A esse respeito creio que várias cautelas devem ser adotadas pelo Judiciário quando chamado a se manifestar, seja sobre o processo em curso no Tribunal de Contas, seja no processo político do Legislativo. A primeira dessas cautelas é atentar para que sejam rejeitadas as tentativas de sustação de tais processamentos. Pessoalmente nunca me deparei com caso semelhante que versasse sobre processo de julgamento de contas, mas são muitos pedidos no Judiciário de sustação de processos administrativos em geral, sob o argumento, na maioria dos casos, de que existe desvio de finalidade ou não está sendo observado o direito de defesa e que o desfecho do processo administrativo, por si só, causará danos materiais e/ou morais, irreparáveis ou de difícil reparação, ao interessado. Minha tendência em tais casos é a de rejeitar o pedido de suspensão, mesmo porque é difícil imaginar a hipótese de danos irreparáveis ou de difícil reparação, tendo em vista que o controle judicial posterior, até mesmo mediante de tutela de urgência poderá sanar eventual ilegalidade.

Na verdade, pessoalmente, os casos com os quais me deparei, não me lembro de nenhum caso em que tenha constatado a necessidade de suspensão de um procedimento administrativo. Mas é uma estratégia que, com frequência, se tenta utilizar para procrastinar ainda mais o desfecho dessas soluções.

Isso também deve ser dito a respeito do processo de julgamento de contas. Eu entendo que é difícil imaginar hipótese que justifique eventual suspensão, medida que, se concedida, provavelmente outra consequência não teria senão alargar ainda mais o já quase interminável caminho a ser percorrido, até a efetiva responsabilização do agente cujas contas tenham sido reprovadas.

Outro ponto que considero relevante, correspondente, concernente ao controle judicial e ao julgamento de contas do chefe do Executivo é a questão da participação do respectivo Tribunal de Contas. Neste processo, por tudo que nós já vimos no processo de julgamento de contas do chefe do Executivo a atuação do Tribunal de Contas se exaure quando ele envia seu parecer ao Legislativo. A partir daí, assim entendendo, o Tribunal de Contas sai de cena. Disso decorre que, caso acolhido o seu parecer, qualquer pretensão judicial visando proteger os interesses do governador ou prefeito, enfim, do chefe do Executivo cujas contas tenham sido rejeitadas, deverá ser formulada no sentido de desconstituir o ato de julga-

mento, ou seja, o decreto legislativo que rejeitou as contas. Não existe, sim, eu entendo, interesse processual em desconstituir o mero parecer, isto porque, se rejeitado pelo Legislativo ele não produz nenhum efeito jurídico, deixa mesmo de existir juridicamente. Por outro lado, se acolhido pelo Legislativo, ele subsiste juridicamente mas, como integrante do próprio ato complexo, consistente do julgamento efetuado pelo Legislativo. Em tal hipótese, nesta hipótese de acolhimento do parecer, neste caso, processualmente falando, o agente político, de cujas contas se cuida, terá interesse em desconstituir o ato de julgamento, não um de seus elementos, que é o parecer. Quanto a este não haverá interesse de agir. E o Tribunal de Contas, segundo penso, será parte legítima em eventual ação desconstitutiva.

Quanto à extensão de profundidade do controle judicial sobre os atos dos tribunais de contas, matéria que enseja muitíssima controvérsia, entendo que ele não pode se restringir a: como afirma Eduardo Bottallo, em artigo publicado, já antigo, em 1989, e entendo que esse controle não pode se restringir a - aí são as palavras do Bottallo - “*verificação da existência de irregularidade formal grave, ou manifesta ilegalidade.*” Eu entendo que, conforme ensinam Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Afonso da Silva e outros, embora a Constituição fale em julgamento de contas, a expressão, como já disse, não significa atividade jurisdicional. O julgamento é técnico-administrativo, ato vinculado, o qual não cabe discricionariedade. Assim sendo, não apenas seus aspectos formais mas, também, o mérito está sujeito ao controle judicial. Diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição o Judiciário poderá dizer do mérito do ato, no qual se situam aspectos como o exame dos motivos, a adequação do ato à motivação, a adequada subsunção dos fatos ao ordenamento, e assim por diante.

Para pensar de outra forma entendo que só quando eventual reforma constitucional conferir expressamente aos tribunais de contas função jurisdicional, ou seja, o poder de proferir decisões com força de coisa julgada. Aliás, não fosse assim não disporíamos sequer de um órgão que em tal seara, essa seara de contas, finanças, pudesse zelar pela correta interpretação e aplicação de leis federais, de cunho evidentemente nacional, como, por exemplo, a Lei de Responsabilidade Fiscal. Essa atribuição, de acordo com a Constituição Federal, é do

Superior Tribunal de Justiça, ou seja, do Judiciário. De resto, pergunto: Como isso poderia ser feito se considerássemos que o Judiciário não pode ingressar no mérito dos atos de julgamento de contas dos agentes políticos? Outra dificuldade: não pudesse o Judiciário rever o mérito do julgamento dos tribunais de contas, esses atos implicariam verdadeira atividade jurisdicional, sem a garantia do duplo grau de jurisdição, pois existiria a possibilidade de recursos apenas para o próprio órgão julgador. Onde, sim, entendo que o Judiciário precisa ter cautela é na revisão da valorização dos fatos, já efetuada pelo Tribunal de Contas. Aqui apenas uma valoração manifestamente ilegal, ou desarrazoada, deve permitir revisão pelo Judiciário, sob pena de se esvaziar completamente a atividade dos tribunais. É o que, em síntese, Seabra Fagundes ressalva quanto ao controle jurisdicional dos atos da administração, no tocante ao mérito desses.



Aqui algumas das considerações a respeito do tema feitas por Seabra Fagundes. “*Admitido o reexame da prova coligida na instância administrativa, cumpre atentar, porém, no alcance, na intensidade com que se poderá e deverá fazê-lo. Permitir o integral, absoluto, de tudo quanto se apurou no inquérito administrativo, será desprezar, por imprestável formalidade, o que a própria Constituição teve como relevante, será esquecer a hierarquia de situações e de*

*instrumentos de constatação de ilícitos que ela mesma instituiu, estabilidade e vitaliciedade, demissão dependente de inquérito administrativo e de sentença judiciária*”. Prossegue Seabra Fagundes: “*Nem a apreciação ilimitada, pelo Judiciário, que reduziria a apuração da falta, em via administrativa, a uma formalidade quase inócua, nem redução do papel do juiz, como quer o eminente Gonçalves de Oliveira, a constatação da existência material do processo, de cumprimento de formalidades regulamentares, de sua competente autoridade, de ter ouvido o funcionário e de ter sido assegurada a ampla defesa*”. Ainda prossegue Seabra Fagundes: “*A razão nos parece estar com o ponto de vista, que, sem menosprezar o inquérito como meio de prova, e até lhe atribuindo valor especial, pelas condições de tempo e lugar em que é feito, aquiesce no exame da sua formalização extrínseca e intrínseca*” (Efetivação de defesa, que não deve ser facilitada apenas nominalmente, idoneidade das testemunhas e coerência entre o apurado e o decidido).

A essas considerações, acrescento que, nesse controle judiciário, o órgão jurisdicional não pode ignorar a presunção de legitimidade de que goza, todo ato administrativo, por mais fortes as razões, os atos, os julgamentos dos tribunais de contas e do Legislativo, no âmbito das contas. Trata-se de presunção relativa e, por isso mesmo, sob o aspecto pressuposto fático do ato, que pode ser elidida, se demonstrado que eles são incompatíveis com a realidade, ou inadequados à conclusão. É evidente, porém, que a existência de presunção, ainda que relativa, implica que o ônus da prova da inadequação ou inexistência dos fatos, motivos, incumbe a quem alega.

Mais uma consideração no tocante a provas que já tenham sido feitas no processo administrativo em geral, mas aí eu entendo que, por mais fortes as razões nos processos de julgamento de contas é uma outra cautela que o Judiciário precisa tomar, é sobre a necessidade de repetição de provas do Judiciário. Isso tudo tendo em consideração de um lado o direito de defesa, mas de outro lado que todo esse caminho tem que acabar um dia, senão fica interminável. Como nós já dissemos, direito de defesa no Tribunal de Contas, direito de defesa no Legislativo, direito de defesa no judiciário, repetição das provas no Judiciário, isso realmente fica interminável.

Pois bem, entendo que também, no tocante à repetição das provas já produzidas no âmbito do Tribunal de Contas, especialmente quanto à prova técnica, a necessidade de sua repetição, de seu refazimento na via jurisdicional deve ser vista com muito cuidado pelo Judiciário, com o objetivo de só deferi-la quando realmente imprescindível para a defesa do interessado.

E, por fim, no tocante à responsabilidade, efetivamente, nos vários âmbitos dos agentes políticos, cujas contas foram rejeitadas, temos várias delas. Pretendo apenas mencioná-las. Em primeiro lugar, já mencionada aqui, a imputação de débito ou imposição de multa pelos próprios tribunais de contas, as quais, de acordo com a Constituição, têm força de título executivo extrajudicial, possibilitando, vejam bem, também aqui, em sede de embargos à execução, o controle de sua legalidade pelo Judiciário. Outro viés de responsabilidade é a inexigibilidade, que já mencionamos, a responsabilidade penal, e a que entendo, hoje, talvez a mais importante, a mais relevante, a questão da improbidade administrativa, com as sanções civis e político-administrativas previstas na Lei de Improbidade, Lei nº 8.429, de 92.

Pretendo fazer apenas algumas observações sobre a Lei de Improbidade Administrativa. A primeira delas, no tocante ao artigo 21, inciso II, que dispõe o seguinte:

*“Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:*

*II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.”*

É, sem dúvida, circunstância que demonstra que, pelo menos, o legislador também entende que o julgamento pelos tribunais de contas podem ser revistos no mérito pelo Poder Judiciário. Não fosse assim não teria sentido o dispositivo. Mas é evidente que o julgamento do Tribunal de Contas, no sentido da aprovação ou rejeição das contas, é fato a ser sopesado no julgamento da ação de improbidade, entre outras razões, pela presunção de legitimidade, que já mencionei, de que goza o julgamento de contas. Entendo que mesmo as contas julgadas pelo Legislativo podem ser levadas à revisão judicial, principalmente em ação de improbidade. Evidente que o Poder Legislativo, até mencionei aqui que uma das razões do direito de defesa perante o Poder Legislativo é que podem ser aduzidos ou acrescentados outros argumentos, cujo exame o julgamento político admite, mas esse julgamento político tem também suas limitações, balizado principalmente pela Constituição Federal, de tal maneira que o julgamento ainda que pelo Poder Legislativo, caso, por exemplo, acabe por aprovar as contas manifestamente ilegais de determinado agente político esse julgamento não vai vincular o Judiciário em eventual ação de improbidade.

Por fim, vou mencionar pelo menos as principais penas previstas na Lei de Improbidade, que são as perdas de bens, ressarcimento do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, proibição temporária de contratar e receber incentivos fiscais e creditícios do poder público, além de multa.

Eu disse há pouco que entendo, pelo menos a percepção que temos dentro do Judiciário, que o instrumento legal que tem sido mais eficiente para responsabilizar os maus agentes políticos é a Lei de Improbidade. Por isto, também, torcemos para que essa lei não seja totalmente esvaziada por eventual decisão do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que ela não possa ser aplicada aos agentes políticos. Existe uma discussão nesse sentido, parece que a tendência do Supremo, felizmente, é a de rejeitar essa argumentação. Se nós ficarmos, neste momento, sem a Lei de Improbidade Administrativa no País, ou sem a sua aplicação aos agentes políticos, daí, realmente, as coisas vão ficar muito, mas muito difíceis, no sentido de efetivamente punir a má gestão dos recursos públicos pelos agentes políticos, sem falar também da questão do foro privilegiado, que também está sendo discutido e que todos esperamos que a decisão seja a melhor para os interesses do País.

Muito obrigado. ”



16/08/2007

## “INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÃO DIRETA POR NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO”

DR. MÁRCIO CAMMAROSANO

Advogado e Conselheiro da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP

Apresentado pelo Procurador-Chefe da ATJ - Assessoria Técnico Jurídica, Dr. Francisco Roberto da Silva Júnior, o Dr. Márcio Cammarosano, Professor, Advogado, Conselheiro da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP e autor de diversos livros de Direito, se auto definiu “um velho estudioso do tema” para enfatizar que a complexidade do mesmo vem de longe, observando que ele só se torna pacífico nos casos em que há decisão judicial transitada em julgado.

“O texto a ser interpretado é um só, mas os intérpretes são diferentes e as situações são diferentes”, disse ele, para refletir a riqueza e a diversidade dos problemas.

Falou sobre vários tipos de divergência e de interesse dos administradores, lembrando que as interpretações podem estar lastreadas tanto na boa-fé quanto na má. E que a própria formação profissional do intérprete pode determinar o caminho a seguir.

Defendeu a discricionariedade do administrador na tomada da decisão sobre uma contratação direta, desde que de boa-fé e de conformidade com o princípio da razoabilidade.

“Não seria razoável, por exemplo, contratar o arquiteto Oscar Niemeyer por notória especialização para projetar os vestiários de um campo de futebol de um time de várzea.”



“Boa tarde a todos. É uma satisfação muito grande, é uma honra mesmo ter esta oportunidade de dirigir algumas palavras aos senhores a respeito deste tema candente, dentre tantos outros, e recebo este convite, a rigor, como mais um desafio a ser enfrentado, digamos, como um velho estudioso de temas de direito público, mais especialmente de licitações e contratos.

Peço a todos os senhores que dêem o devido desconto à generosidade da apresentação, que muito me enaidece, mas vem, digamos, ofensiva ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. De qualquer forma, sempre alisa o ego uma apresentação dessa natureza, especialmente em considerando de quem vem, que se faz sempre merecedor do meu mais profundo respeito e admiração.

Supus, logo após haver recebido o convite, e que inclusive me foi facultado generosamente escolher o tema

a ser desenvolvido, que não teria de me dar ao trabalho de fazer algumas anotações, mesmo porque, deste tema, dentre outros, de licitações e contratos, tenho tratado desde antes de me formar em Direito, lá pelo final de 1968, enquanto estagiário de Direito da Prefeitura do município de Santo André, aonde vim posteriormente a exercer, a titularizar, mediante concurso público, registro no cargo de Consultor Jurídico por mais de 30 anos. E lá mesmo me aposentei.

E desde os primórdios do desenvolvimento das minhas atividades na advocacia pública, enquanto consultor jurídico, o tema de licitações era um tema sempre presente, mesmo porque havia revelado desde o início uma inclinação para tratar de questões de licitações, contratos, servidores públicos, parcelamento de solo para fins urbanos e, a rigor, o município de Santo André, a Prefeitura,

foi para mim uma grande escola, foi lá que senti a necessidade de aprofundar estudos na área do Direito Público, do Direito Constitucional, mais especialmente na área do Direito Administrativo, porque começava a enfrentar problemas para os quais nem sempre encontrava respostas que me satisfizessem, inclusive de colegas mais velhos e mais experimentados na profissão, com exceção, talvez, de um velho advogado da prefeitura, consultor geral José Ribeiro de Figueiredo, um exemplo de homem público e de exercente da advocacia pública. Mas também não encontrava respostas muito satisfatórias, mesmo folheando os livros que abasteciam uma biblioteca respeitável já àquela época, em razão mesmo da riqueza e da adversidade dos problemas com que os administradores públicos e os advogados públicos enfrentam no dia-a-dia. É claro que servia sempre de fantástica valia a obra de Hely Lopes Meirelles, que foi, em rigor, o grande sistematizador do Direito Administrativo brasileiro, que tem a sua história mais antiga, escrita antes e depois de Hely Lopes Meirelles; como me parece de um bom tempo para cá, também se escreve como sendo antes e depois de Celso Antonio Bandeira de Mello.

Pois bem, já naquela época me defrontava com questões como esta, de inexigibilidade de licitações, contratação direta por notória especialização, dispositivo da Lei nº 8666/93, que constitui reprodução do que já havia constado de legislação anterior. Sou ainda do tempo do Decreto-lei nº 200, depois o 2300, alterado pelo 2360. Dei, enquanto profissional, uma modesta contribuição quando das discussões que redundaram na Lei nº 8666/93, supunha que não havia necessidade de fazer outras anotações, mesmo porque continuo ligado ao tema ao longo de todos esses anos, agora também exercendo o magistério, que implica no desafio de um estudo e de um aperfeiçoamento constante.

Mas, à medida em que comecei a orientar um pouco o pensamento para fins da exposição, fui sentindo a necessidade de refletir uma vez mais a respeito do tema, não obstante já tivesse produzido há pouco mais de dez anos um artigo que foi publicado exatamente a respeito desta matéria. Reli, gostei do que escrevi, mas vi que havia necessidade de avançar um pouco mais. Pois bem, trago aos senhores o fruto da minha meditação.

Não consigo fugir à imperiosa necessidade de fazer algumas considerações introdutórias. E, portanto, me perdoem se estiver aqui inicialmente a fazer observações absolutamente acacias, apenas como uma exigência de método, e não, evidentemente, como uma agressão à inteligência dos senhores.

Partindo do princípio comecei a pensar da seguinte forma: A administração pública, como a conhecemos hoje, considerada no sentido mais amplo da expressão, administração direta, administração indireta, o fenôme-

no da descentralização, não pode prescindir do trabalho de terceiros. Desenvolve processos de contratação dos mais variados objetos, contratação de serviço, fornecimento, contratos para a realização de obras, tudo aquilo que estamos cansados de conhecer. Mas o processo de contratações da administração pública está sempre informado por princípios que compõem, sobretudo, o denominado regime jurídico administrativo. E a informar o regime jurídico administrativo nós temos, dentre outros, o princípio da isonomia: Se todos são iguais perante a lei, com maior razão todos são iguais perante a administração pública, que não pode se dispensar de dar o tratamento isonômico também aos eventuais interessados em disputar contratos de interesse da administração pública. Por esta razão que nós temos, embora nem necessidade houvesse de fazê-lo expressamente, assinalado na Constituição da República a obrigatoriedade, como regra geral, da realização de licitação para a eleição da proposta supostamente mais vantajosa para contrato de interesse da administração.

A licitação apresenta-se como um processo ou, como dizem alguns, um procedimento administrativo em larga medida, vinculado, obrigatório para as pessoas governamentais em geral, para a seleção de proposta mais vantajosa, para contrato de seu interesse. Costuma-se assinalar que a licitação, enquanto processo administrativo, tem por finalidade assegurar à administração a celebração do contrato mais vantajoso, assegurando igual oportunidade a todos eventuais interessados e com isto também preservando os recursos governamentais e a probidade na administração.

Nós todos sabemos que a obrigatoriedade de licitação não impede, em caráter absoluto, comportamentos ou atos de improbidade, mas pode trazer alguma dificuldade, algum empecilho para que isto ocorra, ou pelo menos fornecer instrumentos a serem objeto de apreciação quando do exercício do controle.

A licitação não proíbe, mas ela ajuda. Já há quem tenha dito também que um bom administrador - e honesto por todos os títulos - sequer precisaria estar diante de uma regra que estabelecesse a obrigatoriedade da licitação, porque com competência, parcimônia e imparcialidade saberia como firmar o contrato mais vantajoso com a maior rapidez possível. Então, se de um lado a licitação não impede atos de improbidade, por outro lado, ela pode ser sentida como algum embaraço para o administrador que se tenha como competente, honesto e dedicado ao serviço público.

Mas como nós estamos num mundo em que as pessoas são diferentes, as circunstâncias são diferentes, é preciso que todos, de boa ou de má-fé, respeitem a Constituição e a regra da obrigatoriedade da licitação, a ser levada a efeito, nos termos da lei, do edital, instrumento

convocatório do certame, informados pelos princípios assinalados, sobretudo no artigo 37 da Constituição da República e no artigo 3º da Lei nº 8666.

Nós sabemos que a licitação tem fundamento constitucional. E a própria Constituição da República, ao estabelecer a obrigatoriedade da realização de licitação, assinala no artigo 37, inciso XXI, o seguinte: - “... res-salvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure...” e segue o dispositivo.

Então, a própria Constituição prevê que a legislação venha estabelecer ou prever, por sua vez, situações em que tenha lugar contratação direta, sem licitação, sempre que isto, nos termos da lei, se revelar o mais apropriado para a realização do interesse público. E, portanto, as situações de inexigibilidade, os casos de licitação dispensada, não são algo que se ofereça ao administrador público como um cheque em branco para que ele possa dispor dessa competência como melhor lhe aprouver. Há sempre um norte, o interesse público, como tal consagrado pelo ordenamento jurídico, a condicionar o comportamento, a atuação das autoridades governamentais.

A licitação, a obrigatoriedade dela é a regra; a contratação direta é a exceção. E quais são essas exceções? Todos nós sabemos. Há, sobretudo, à luz da Lei nº 8666/93 aquelas situações previstas ou as hipóteses do artigo 17, que alguns rotulam de casos ou hipóteses de licitação dispensada, as do artigo 24, licitação dispensável e do artigo 25, licitação inexigível. E nós sabemos muito bem qual é a distinção, ou quais as distinções entre licitação dispensável e inexigível; portanto, fiquemos com os artigos 24 e 25 da Lei 8666.

A lei, no artigo 24, prevê em vários incisos os casos ou as hipóteses de dispensa de licitação. Nós temos ali um rol exaustivo, para o que pode haver alguma outra hipótese de dispensa, que eventualmente seja estabelecida em lei esparsa, e que deve ser considerada acrescida ao rol do artigo 24. Mas só é possível falar em dispensa de licitação em face de expressa previsão legal. E, portanto, se diz, parece-me com acerto, que o rol do artigo 24 da Lei nº 8666 é exaustivo, mas aí é um problema de exercício também de competência discricionária. É possível a licitação, é viável a competição, mas as situações contempladas em lei são aquelas que, a juízo do legislador, justificam uma

eventual decisão motivada do administrador em firmar contratos diretamente, não sem cautelas, extraíveis do próprio ordenamento jurídico, como aquelas contempladas expressamente no artigo 26 da 8666/93.

Os casos de inexigibilidade já apresentam algumas particularidades. O artigo 25 da 8666 diz que: “*É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial...*”

Já se sabe que o rol do artigo 25 da Lei nº 8666/93 é um rol meramente exemplificativo, ainda que a maioria das situações em que se detecta inviabilidade de competição sejam exatamente situações contempladas nos incisos I, II e III do próprio artigo 25. Mas ele diz: “*É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial...*”

Pois bem, numa primeira leitura, nós avistamos o seguinte: nos casos de dispensa de licitação não há inviabilidade de competição, talvez exceção feita ao caso das contratações, como, por exemplo, em regime de urgência ou para a preservação, digamos, da segurança nacional, em que aí realizar licitação pode colocar em grave risco a integridade do patrimônio público. E situações há, mesmo dentre as contempladas no artigo 24, em que rigor seria até desconsiderar proibida a licitação.

Mas, no que diz respeito ao artigo 25, a lei fala que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição. Então, numa primeira leitura nós partimos do seguinte pressuposto: ora, se é inviável a competição, realizar licitação será pura perda de tempo e de dinheiro, um custo desnecessário, porque só tem sentido lógico falar em licitação quando há possibilidade de competição. Se não há sequer, em tese, um universo de possíveis interessados em condições de atender aquilo que a administração necessita, realizar licitação para quê? Para realizar despesa, para perder tempo, sabendo-se de antemão que não haverá possibilidade de competição? Mas, quando nós vamos para os incisos - e é imperioso que façamos, por exigências de interpretação sistemática -, vamos verificar que esta inviabilidade de competição é algo que se apresenta ora de forma absoluta, ora de forma relativa.

O uso dessas expressões, inviabilidade de competição de forma absoluta ou relativa, ocorreu-me há apenas alguns meses a respeito da matéria, não obstante dela esteja a tratar desde 1968. E já lá se vão praticamente



quarenta anos para verificar como nós devemos ser estudiosos permanentes porque quando menos esperamos nos ocorre um outro argumento, uma outra consideração, que supostamente nos dá maior clareza quanto ao entendimento da matéria.

É por que eu digo isso? Porque o inciso I trata da exclusividade de fornecimento: *“para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo.”*

É a absoluta inviabilidade de competição. Se só um pode atender ao que a administração necessita é inviável a competição. É por essa razão que, não obstante, lá atrás, nos primórdios, chegou-se até a contratar diretamente com fundamento nesse dispositivo porque se comprava diretamente do fabricante; com o passar do tempo foi se vendo que o dispositivo não exige ou não se contenta com a exclusividade de produção, mas com a exclusividade de fornecimento; se há um único produtor mas há uma rede de distribuidores autorizados ou não, em tese é possível a competição entre eles e, portanto, não é a exclusividade de produção que autoriza a contratação direta porque não há, a inviabilidade de competição tão-somente em decorrência da exclusividade de produção, mas se exige a exclusividade de fornecimento. Aqui é inviabilidade absoluta, a hipótese contemplada é de inviabilidade absoluta.

Mas vamos ver o inciso III do artigo 25: *“para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada e pela opinião pública.”*

Aqui estamos diante de inviabilidade absoluta de competição? Parece-me que, a toda evidência, não. Se a administração resolve contratar por ocasião da comemoração do aniversário da cidade, do município, um show, franqueado ao público em geral, proporcionando lazer de forma parcimoniosa e entender que deve contratar alguém, ou um conjunto, ou uma dupla na área de música sertaneja, ainda que seja música sertaneja, digamos, mais do asfalto e não a caipira propriamente dita, há várias duplas e há vários cantores solo de todos nós muito conhecidos, não poderia haver a realização de um processo em que se estabelecesse a competição para verificar qual dessas duplas famosas (e de todas conhecidas) que se apresentaria disposta a produzir o show pelo menor preço? Em tese existe a possibilidade. Mas, embora todas elas professem, digamos, a mesma vocação, em termos de gênero musical e possam até incidentalmente vir a cantar as mesmas músicas, cada qual tem um estilo pessoal e inconfundível, uma maneira muito especial de apresentação e no meio artístico essa é uma diferença relevante, é uma singularidade relevante, cada uma dessas duplas tem o seu próprio estilo, a sua própria ma-

neira de cantar, o seu público fiel, provocando com ou maior intensidade tais ou quais emoções.

Sensível a esta realidade está prevista a inexigibilidade de licitação. Há mais de um que pode atender ao quanto deseja a administração pública, mas a lei considera, aqui, uma inviabilidade de competição, pelo menos no seguinte sentido não haveria como estabelecer critério absolutamente objetivo que fosse hábil à escolha da proposta mais vantajosa para o poder público porque nem sempre o que é mais vantajoso é aquilo que custa menos, há de ser aquilo que, eventualmente, num dado momento, possa mais agradar ao público para o qual esteja voltado aquele espetáculo a ser proporcionado pela administração pública. Pode uma dupla, e não outra, estar, digamos, em maior evidência, pode uma determinada canção estar fazendo maior sucesso ou não, enfim, “n” razões que não se pode estabelecer critérios de forma antecipada, e absolutamente objetiva, para a escolha do melhor executor do contrato. Menor preço? Geralmente os melhores profissionais desta área são exatamente os mais caros. Melhor técnica? É problema de estilo, há gosto para tudo. Conjugação de técnica e preço? Sorteio? Vejam, aqui não há uma inviabilidade absoluta de competição, mas há uma inviabilidade relativa, presumida.

O que ocorre com o inciso II do artigo 25, que é o nosso objeto de estudo? Inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição: *“II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização,”* - vejam, é interessante -, *“...vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade, de divulgação.”*

Se é inviável a competição por que é que tem de vedar para serviços de publicidade e divulgação? É que não fora a proibição da lei seria possível até mesmo a contratação direta, por notória especialização, de serviços de publicidade e divulgação porque há, à toda evidência, “n” empresas notoriamente especializadas que atuam no ramo. Mas, ainda que o inciso II do artigo 25 já comporte dificuldades de interpretação estas dificuldades crescem e é por isso que a questão continua sendo instigante quando se vai para o § 1º, que não pode ser desprezado. A lei vem e procura definir aquilo que não precisaria ser definido. Se não houvesse essa definição do § 1º perguntar-se-ia: dos requisitos da notória especialização, o que se entende por notória especialização? Se não me falha a memória, a expressão é de Hely Lopes Meirelles, a fama consagrada. Na área do Direito, por exemplo, e para que não venhamos a ser acusados de manifestar preferência, vamos nos valer além daqueles nomes que já se foram, na área do Direito, Miguel Reale, o pai; Seabra Fagundes; Pontes de Miranda; Francisco Campos. Há alguma dúvida quanto à notória especiali-

zação desses grandes nomes do Direito brasileiro, quicá, de além mar? Um Clóvis Bevilacqua, um Teixeira de Freitas, um Nelson Hungria, não precisa ser professor, um Sobral Pinto. Por que a lei teria que definir? Talvez para prevenir abusos, coisas desmesuradas.

Então, vem o § 1º e começa dizendo mais ou menos o óbvio. “*Considera-se de notória especialização*” – presumindo, portanto, que ninguém saiba o que seja isso – *o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, - em rigor, até se fosse outra construção, parar por aí, colocar um ponto, mas continua - permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato*”.

Se mal eu me lembre dos estudos de português aqui temos um superlativo absoluto a ser objeto de consideração. Pois bem, por que esse dispositivo, ainda hoje, suscita tanta polêmica? Vejam, em matéria de licitações e contratos há alguns temas que são polêmicos e há muito tempo continua rendendo, ainda há muito pano para a manga. Dispensa por urgência, problema até de urgência fabricada, de imprevidência do administrador. Inexigibilidade de licitação por notória especialização. O que dirá de aditamentos contratuais? Por que nós temos disciplina com relação a isso? É por causa do receio de abuso, de ofensa, isonomia, de improbidade, vamos usar um português claro, de corrupção. Mas, por que há tanta polêmica com relação ao dispositivo da contratação direta por notória especialização? Porque o dispositivo ou os dispositivos pertinentes à matéria, pelo menos como redigidos, ensejam interpretações variadas. Apenas um ponto, um parêntese para reflexão: Por que todos nós, formados em Direito, não temos a respeito de um mesmo texto necessariamente a mesma inteligência?

Por que não extraímos todos igualmente, preparados que somos, de um mesmo dispositivo, o mesmo sentido e o alcance? Porque o texto é um só, digamos, os intérpretes não. Os intérpretes são diferentes. No que eles são diferentes? Há uma diferença quanto aos intérpretes no que diz respeito ao interesse. E aqui, procurando

classificar, eu separei o bom e o mau interesse. O que seria o mau interesse? Alguém forçar a interpretação, um sentido e um alcance com o objetivo de lucro, de levar vantagem indevida. Nós mesmos, advogados, às vezes, sentimos uma certa, digamos, uma certa inclinação para extrairmos do dispositivo uma interpretação que melhor nos sirva à defesa da causa que abraçamos. Não que isso seja, por definição, mau. Qualifiquemos isso como um interesse bom. Que outros bons interesses há, e que são diferentes, consoante aquele que se põe a interpretar o texto? Quais são as perspectivas diferentes? O administrador público que vai aplicar a lei sempre procura interpretar o texto da lei da forma que nela vislumbre um campo mais largo de liberdade decisória. É natural, tem as responsabilidades de administração, tem que dar respostas no dia-a-dia, exige-se-lhe dele eficiência, pronto atendimento, há mandato com prazo fixo; e os administradores em geral, nem todos, uma boa parte é leiga em Direito embora conte com assessoria, e muitas

vezes parte do princípio que o assessor jurídico ao invés de ajudar atrapalha, porque tem uma visão especialmente legalista, burocrática, que atravanca a administração, sequer atuando com maior agilidade, supostamente agilidade própria das empresas da iniciativa privada.

Mas há o viés, há a perspectiva, dos órgãos de controle. Os Tribunais de Contas não têm

a responsabilidade direta e imediata de fazer funcionar a administração, de realizar o interesse público. São órgãos de controle. E, portanto, necessariamente, embora não tenham que ver, seria um absurdo, e não vejam os administradores públicos como sendo todos desonestos e corruptos, têm que ter mais cuidado, olhar com parcimônia, sentindo que pode haver tentações, até mesmo irresistíveis. Que os homens que administram são diferentes, uns são dotados de boa-fé, outros não, outros são rigorosamente honestos, outros nem tanto. Então, no fundo, no fundo, um órgão de controle acaba naturalmente partindo do pressuposto de que pode ter havido algum problema, pode ter havido uma má gestão, pode ter havido uma interpretação demasiadamente generosa, em favor da liberdade do administrador, vista por ele como maior do que na realidade é. Ninguém gosta de ser controlado. E os bons controladores sabem que devem usar de parcimônia, serem razoáveis, agirem também



com prudência, com critério. Mas o viés do controlador é um pouco diferente do viés do controlado, ainda que ambos possam ser ou devam ser considerados, em princípio, honestos, também intelectualmente.

E o Ministério Público? Parece, a experiência me tem demonstrado, eu já disse são quase quarenta anos já de exercício da profissão, o Ministério Público tem um viés um pouco mais diferente. Tenho grandes amigos no Ministério Público, professores de Direito, os que não são, que foram meus colegas na faculdade, que nunca foram, que atuam com parcimônia, que são ciosos de suas responsabilidades. Mas, assim como há entre os advogados aqueles, digamos, mais destemperados, no Ministério Público também há. Há aquele que ouve falar em administrador público e parte do pressuposto de que estão falando para ele - me perdoem a expressão - sempre, de alguém que seja ladrão. Pode ser que seja, pode ser que não. Eu não digo que seja o pensamento da maioria dos integrantes do Ministério Público, mas, naturalmente, o órgão encarregado de acusar oficialmente não pode mesmo partir do pressuposto de que todo mundo é santo, ele tem que desconfiar. Os senhores imaginaram um delegado de polícia, diante da notícia de um crime, partir do pressuposto de que ninguém o cometeu? Ele vai procurar encontrar pelo menos algum suspeito, ele tem que encontrar suspeito, como condição do desenvolvimento da investigação. E, nesse sentido, acaba sendo parcial. É preciso que haja o outro lado, o advogado.

Cada um de nós tem a sua, digamos, no bom sentido, deformação profissional. O administrador quer ser ágil. O órgão de controle fala: "*Calma! Os fins não justificam todos e quaisquer meios.*" O Ministério Público, mais contundente: "*Isso aqui em princípio não está me cheirando bem!*" Essa é uma diferença.

Há uma outra diferença, a diferença dos próprios intérpretes, no que diz respeito à própria concepção que têm do Direito. Alguns são mais formalistas, são mais dados a uma interpretação literal, apego à letra da lei. Outros, supostamente mais conhecedores do Direito, privilegiam uma interpretação sistemática, uma interpretação finalística e sabem que o significado lingüístico de cada palavra utilizada na lei pode não corresponder ao sentido que se há de extrair da norma, tendo em vista a finalidade a que ela se destina. Para que então estudar Direito? Bastaria simplesmente colocar em postos que hoje são ocupados, privativamente, por formados em Direito, pessoas alfabetizadas. Se sabem ler, se a lei é linguagem, é língua portuguesa, instrumento de comunicação, seria de se supor que todos, diante de um mesmo discurso, tivessem o mesmo entendimento.

Uma outra causa: divergências de interpretação, as expressões que não são unívocas. É preciso verificar o contexto, nós sabemos disto. Uma vez, fazendo uma exposi-

ção num curso de especialização, ocorreu-me o seguinte: Suponhamos que alguém venha lá do sertão da Bahia e que nunca tenha saído de sua terra natal, mas saiba ler e escrever e de repente está pegando uma carona pela Castelo Branco e encontra uma faixa escrita: "Instale Sem Parar na casa do usuário." A pergunta provavelmente vai ser esta: Instalar o quê, sem parar na casa do usuário? Para ele, parar aí é verbo, não é substantivo, não é o equipamento que faz abrir a cancela. Ao contrário, para instalar o Sem Parar tem que parar na casa do usuário. Quem conhece o assunto sabe disto, quem lê pela primeira vez, não; instale Sem Parar na casa do usuário. Primeiro, instalar o quê? E se eu tenho que instalar na casa do usuário, como é que eu posso instalar andando? Até num "*drive thru*" eu tenho que parar?! É proibido fumar no elevador. Agora já está diferente, fumar cigarro, cachimbo. Daqui a pouco tem que escrever que é proibido tocar fogo no jornal. Porque é conhecido, alguém entra no elevador, a ascensorista diz: "É proibido fumar." Não estou fumando, estou portando o cigarro aceso.

Ainda hoje ocorre, se me permitem, para desanuviar um pouco, a interpretação de um dos mandamentos da lei de Deus, com o devido respeito: "Não cobiçar a mulher do próximo." Se ele estiver distante, não tem problema algum. É uma interpretação literal. Se estiver distante, tudo bem, o caminho está livre. Depende apenas da maior ou menor capacidade de argumentação. Bom, não se sabe de quem.

Pois bem, falta de técnica legislativa. As leis que nós temos, todas elas, se é possível esperar disso seja um modelo de técnica legislativa? Às vezes nós nos deparamos com antinomias, não dentro de uma mesma lei, mas dentro de um mesmo dispositivo legal. Vejam, o § 1º do artigo 25 parece sugerir que integra o conceito de notória especialização a conclusão que a autoridade responsável pela contratação há de extrair do *currículo* do profissional. Se forem ver com bastante cuidado a definição, pelo menos do ponto de vista aristotélico, parece que a última parte já caminha por um caminho que não é aquele que seria, digamos, tecnicamente o mais apropriado. O fato é o seguinte: O texto é o mesmo, os intérpretes são diferentes. Ora interpreta o administrador, ora o órgão de controle, o Tribunal de Contas, o Ministério Público, advogados, juízes e tribunais, e os doutrinadores, aqueles que desenvolvem a atividade, sem ter competência decisória, mas que procuram, pelo menos em tese, explicitar o sentido e o alcance dos textos sobre os quais se debruçam, na esperança de poder contribuir para a sua adequada inteligência, por quem quer que seja.

E, diante das divergências de interpretações, como é que você vai obter a segurança jurídica? Em caráter absoluto só na decisão judicial transitada em julgado.

Como dizia Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a lei diz aquilo que o Judiciário diz que ela diz.

Para os positivistas, metodológicos e não doutrinários, como eu, que não confundem direito posto com interpretação literal ou formalística, vem sempre à mente as lições de causa na teoria pura do Direito. Nem sempre a lei conduz a uma mesma interpretação como sendo a única possível. Não raras vezes a lei é um marco aberto a várias possibilidades de interpretação. O Juiz competente decide de uma maneira, o Tribunal de Justiça decide de outra e o Supremo pode decidir de outra, e não por unanimidade de voto. Quem conhece Direito e quem é leigo na matéria? Ninguém necessariamente, é próprio do homem.

Matéria criminal: o Tribunal anular o julgamento do Tribunal do Júri, mandando a novo júri, porque a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos. Quando eu fazia júri, no segundo, eu dizia o seguinte: Como decisão manifestamente contrária à prova dos autos? Foram três Desembargadores, dois entenderam que era manifestamente contrária e um não, a decisão foi por maioria. Se para um não era manifestamente contrária, então não é manifestamente contrária. A maioria entendeu que sim, mas um entendeu que não.

Com relação a esta matéria não vamos ficar perpassando a opinião dos demais doutrinadores, dos Tribunais, dos Tribunais de Contas, mas não custa, talvez, lembrar o que está sumulado pelo Tribunal de Contas da União no que diz respeito a esta matéria. A Súmula 39 diz o seguinte:

*“A dispensa de licitação para a contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, de acordo com alínea “d”, do art. 126, § 2º, do Decreto-lei 200, de 25/02/67”, - o artigo 25, II, da Lei nº 8666 é reprodução praticamente -, “só tem lugar quando se trate de serviço inédito ou incomum”, - e há muitos autores que dizem, não, não há necessidade que seja inédito ou incomum, basta que não seja rotineiro, singelo, há de ser sofisticado, complexo, a ponto de reclamar alguém detentor de notória especialização, mas, continua, - “...capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.”*

Arrocha e solta, e fala em confiança.

No Supremo Tribunal Federal há uma decisão recen-tíssima que, evidentemente, pode não ser do agrado de muitos, do Relator Eros Grau: no Tribunal Pleno, ao ensejo de uma ação penal em que alguém era processado criminalmente por ter decidido por uma contratação direta, por notória especialização, quando entendeu o Ministério Público que não havia inviabilidade de competição, e, portanto, houve cometimento de crime, previsto lá na parte final da própria Lei nº 8666/93. Decidiu no seguinte sentido. Súmula: *“Inexigibilidade de licitação. Caracterizada pela notória especialização dos profissionais contratados, comprovada nos autos, aliada à confiança da administração por eles desfrutada. Previsão legal.”* A existência de mais de um não obsta por si só a contratação direta.

Ministério Público, alguns setores, como têm interpretado esse dispositivo? Ultimamente, parece que está ganhando corpo o seguinte entendimento: A existência de quadro próprio, na contratação de advogados, de pro-

curadores, na administração contratante, afasta a possibilidade de contratação direta, com fundamento no artigo 25, II. Se o próprio corpo de Procuradores está habilitado, não é preciso contratação de serviços de terceiro. Coloquei na minha redação. Ensaio uma resposta, eu diria, em princípio: em primeiro lugar não é isso que diz a lei. A lei não diz em momento algum que a existência de corpo



próprio de Procuradores torna obrigatória a realização de licitação, se quiser contratar, ou proíbe até mesmo a contratação de terceiros, mesmo com licitação, porque é um corpo próprio de Procuradores. Se se pudesse inferir, anotei eu, esse impedimento como implícito, o artigo 25, II, seria inócua, pois não há entidade de administração pública que não tenha, sendo de algum porte a entidade, órgão jurídico ou advogados em seus quadros e todos eles estão habilitados profissionalmente, porque inscritos na OAB, ao exercício da advocacia consultiva e contenciosa.

Como a lei de licitações é destinada à administração pública e prevê a contratação direta por notória especialização, inclusive de serviços de patrocínio de causas judiciais, se se entender que, desde que o órgão tenha procurador, tenha advogado, não pode contratar diretamente como todos os órgãos têm advogado, para que serve o artigo 25, inciso II, combinado com um dos serviços previstos no artigo 13? Para nada?

Uma outra postura de uma parcela significativa de integrantes do Ministério Público, não apenas do Ministério Público, até mesmo de um ou outro doutrinador, embora representem aí uma corrente absolutamente minoritária.

Serviço de natureza singular é aquele que só possa ser prestado por um único profissional ou empresa. Fico a pensar, o artigo 26, que se reporta ao artigo 25, refere-se à razão da escolha do executante, que tem que constar dos autos do processo de contratação. A escolha pressupõe sempre a existência de uma pluralidade de possíveis prestadores.

Vejam. A parte final do inciso II, já fiz referência, do artigo 25, veda a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação. Anotei aqui para não tropeçar nas palavras. Ora, em sendo serviços que uma pluralidade de profissionais ou firmas podem prestar, e só se pudesse falar em inexigibilidade se apenas um pudesse prestar o serviço, os de publicidade e divulgação não poderiam *ipso facto* comportar contratação direta, sendo despidendo, desnecessário, o dispositivo legal; se só pode contratar por notória especialização quando um só que tiver condição de prestar, como, para serviço de publicidade e divulgação, a toda evidência, muitos podem prestar, e detentores de notória especialização, para que dizer que vedada a inexigibilidade para serviço de publicidade e divulgação? É porque, se não houvesse a vedação, em princípio seria possível contratação direta por notória especialização, ainda que mais de um pudesse prestar.

Vamos, agora, apressando um pouco o passo, ao meu entendimento a respeito da matéria. As dificuldades com relação a esta matéria residem propriamente aonde? Em primeiro lugar, na noção de serviço técnico. Os serviços, nós sabemos, podem ser serviços comuns ou técnicos. E os serviços técnicos podem ser aqueles, em tese, que comportam especialização e outros podem ser serviços técnicos que, em rigor, não comportem especialização, ou nem reclamem especialização. Os serviços técnicos profissionais que comportam especialização podem ser considerados, em princípio, como uns tendo natureza singular e outros não. Eu já falei que, no meu modo de entender, quando se fala em singularidade ou inexigibilidade, em inviabilidade de competição, esta inviabilidade pode se apresentar, de fato, no mundo do ser, como absoluta. Exclusividade de fornecimento. Mas a inviabilidade de competição pode não ser absoluta, como no caso de contratação de profissional do setor artístico. Não há um só artista, há uma pluralidade. E observadas as disposições da lei admite-se a contratação direta. Portanto, a singularidade pode ser absoluta, objetivamente aferível, caso em que só um pode fazer o que a administração pretenda: exclusividade de fornecimento.

Como pode haver uma singularidade relativa ou subjetiva que implica considerações quanto à marca pessoal, estilo próprio, decorre da natureza e características do serviço, singularidade que corresponde ao conceito formulado por Celso Antonio Bandeira de Mello, singular não significa um só, mas significa sem equivalente perfeito, ainda que se exija singularidade relevante, não é qualquer singularidade e serviço complexo o suficiente para demandar profissional notoriamente especializado, como garantia da boa ou da ótima execução daquilo que se pretende. Serviços dotados de singularidade, todos dizem, são de natureza predominantemente intelectual. A maioria, quase unanimidade da melhor doutrina diz que não significa que outros não possam prestar. E nós podemos estar diante de situação em que não é possível identificar ou elencar critérios objetivos, absolutamente objetivos, para a seleção do melhor dentre os detentores da especialização necessária como garantia de que um serviço não rotineiro, mais sofisticado, venha a ser prestado de forma adequada.

No meu modo de entender ele não precisa ser inédito, não precisa ser a primeira vez que algum serviço, como aquele que se queira contratar, deva ser prestado. Mas também não é qualquer serviço que, mesmo correspondendo a um dos elencados no artigo 13 da Lei, que comporta, em concreto, contratação direta. Tenho dado há muitos anos o seguinte exemplo: É possível contratar diretamente, portanto, sem licitação, sob o argumento da notória especialização, um renomado arquiteto, Niemeyer, nós vamos exagerar, para elaborar um projeto arquitetônico de vestiário de um campo de futebol de várzea? Se for para construir um novo edifício público em Brasília, projetar um novo centro administrativo, que dentre outras exigências há de se apresentar compatível, em Brasília, com a qualidade que a cidade ostenta de patrimônio cultural da humanidade? Faz sentido contratar Niemeyer diretamente. Eu diria até que, sob certo aspecto, talvez seja até de se considerar obrigatória a contratação dele, pelo menos enquanto estiver no uso de suas faculdades mentais. E parece que, pelo que nós temos visto, quanto a isso não se pode ter a menor dúvida, não obstante já apontando para o seu século de idade. Seria possível contratar um renomado advogado para propor uma singela ação de desapropriação pelo poder público? É evidente que não.

A notoriedade do profissional não significa por si só que é o suficiente para que seja contratado diretamente por notória especialização. A contratação direta reclama que o serviço seja um dos elencados no artigo 13. Outra discussão é saber se o rol do artigo 13 é exaustivo ou não, e me parece que não. Dois, o serviço tem que ser complexo, sofisticado o suficiente, para recomendar prestador notoriamente especializado. É preciso que es-

teja presente a notória especialização do profissional ou empresa e a relação da sua especialização notória com o tipo de serviço a ser prestado. E, é claro, a observância, no que couber, do disposto no artigo 26 da Lei nº 8666.

Reunidos os três primeiros itens, seja um dos elencados no artigo 13, seja serviço complexo, sofisticado o suficiente para recomendar prestador de notória especialização, e a notória especialização do profissional ou empresa estarão presentes, no meu modo de entender, a singularidade relevante a ensejar contratação direta, porque a singularidade aí estará implícita.

Mas ainda não discutimos a questão propriamente dita da notória especialização, em face da definição do § 1º do 25. Fazendo um pouco de abstração da dicção do § 1º, vamos decompor notória especialização nos seus termos: especialização. Quando se pode dizer que alguém é especializado? Suponho que todos nós diremos que é aquele que tem conhecimento mais aprofundado, experiência acentuada,

uma técnica mais apurada. A notoriedade do profissional que se tem como especializado, e nem todos os especializados gozam de notoriedade, significa o quê, evidencia-se pelo quê? Pelo reconhecimento na área de atuação, até mesmo entre os seus pares. Ele merece ter uma expressão muito boa: é a fama consagrada

de quem se destaca. E se destaca de tal sorte que se faz merecedor da especial confiança da autoridade que precisa de um profissional de notória especialização para execução de um serviço mais sofisticado, que não seja rotineiro, comum, singelo, usual.

A notória especialização evidencia-se pelo exame, sobretudo, do curriculum do profissional ou empresa. Diz a lei: estudos realizados, organização e aparelhamento, equipe, infra-estrutura, suporte necessário, publicações e outros mais. A lei deixa em aberto. Afere-se a notória especialização pela visão retrospectiva, possibilitando supor, confiar em que o trabalho a ser realizado por aquele profissional ou empresa será de altíssimo nível, o que só poderá ser comprovado após a prestação do serviço, no caso concreto e não antes. Parece impossível antever, mas apenas presumir, a excelência do serviço a ser prestado, excelência que, antes da efetiva prestação, tem-se apenas como esperada, provável, em face mesmo da confiança que a fama consagrada inspira na autoridade competente para a decisão. Portanto, trabalho es-

sencial na dicção do § 1º do artigo 25 significa reconhecimento da necessidade, da adequação às necessidades da administração, não propriamente da imprescindibilidade, no sentido de que só um notoriamente especializado poderia prestar o serviço necessário. O dispositivo fala: indiscutivelmente o mais adequado. Usa o superlativo absoluto. Indiscutivelmente.

O que é indiscutível? Indiscutível significa que tenha que haver unanimidade. Como dizer que indiscutivelmente, numa dada situação, num determinado caso, em determinadas circunstâncias, o trabalho desenvolvido por um Adilson Dallari, por uma Lúcia Valle Figueiredo, por um Sérgio Ferraz, qual deles se apresenta aos olhos do administrador como vindo a ser no futuro indiscutivelmente o mais adequado, antes da prestação?! Serviços de Carlos Ari Sundfeld, serviços de Diogenes Gasparini, serviços de Barroso ou serviços de Carlos Ayres Britto, antes de ser brindado a Ministro do Supremo Tribunal

Federal?! Vejam, não estou me referindo ao que me parece ser, com o devido respeito a todos os demais, todos meus amigos, ao maior nome dentre eles, que é o de Celso Antonio Bandeira de Mello, ou haveríamos de concluir, só um, Celso Antonio Bandeira de Mello, pode ser contratado por notória especialização, para,

digamos, emitir um parecer a respeito de uma questão de complexidade com que se depare a administração pública. Tudo é discutível. O mais adequado é o superlativo absoluto, que conduziria à conclusão de que apenas um dentre os detentores de fama consagrada haveria de ser considerado, com critérios objetivos, o mais adequado, o melhor, o primeiro entre seus pares, o que é rigorosamente impossível saber de antemão.

Interpretar o dispositivo ao pé da letra, literalmente, o § 1º tornaria inviável qualquer contratação direta, com fundamento no artigo 25, II, pois é impossível, antes da prestação de serviço, dizer que este ou aquele profissional é indiscutivelmente o mais adequado, é possível dizer apenas que é de se presumir, pela confiança que o profissional inspira, que seu trabalho revelar-se-á, ao final, superlativamente adequado à consecução da finalidade da contratação.

Para encerrar, produzi um artigo a respeito desta matéria, já depois de quase trinta anos tratando dela, o artigo é recentíssimo, tem mais de dez anos, é de 1995, tratando-



se da matéria contratações sem licitação, algumas considerações quanto à contratação direta, sob o argumento da notória especialização; caiu-me nas mãos a posição de um dos integrantes desta Corte de Contas - eu tinha anotado aqui - Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho. E eu transcrevi. Está escrito da seguinte forma:

*“A certeza daquilo que poder-se-ia chamar de adequação superlativa não é uma exigência que deva ser verificada e comprovada previamente à contratação, ou seja, na fase preliminar da identificação do contratado”.*

E considerava o Decreto-lei 2300.

*“A exigência do Decreto-lei nº 2300/86 fica atendida com um simples prognóstico de que o contrato deva ou possa ser o mais adequado, devendo tal prognóstico emergir apenas do passado e profissional do contratado que, por sua vez, evidencia tão-somente a especialização notória, o prognóstico é inferido e insuficiente.”*

E me caiu às mãos, também, o que constou como anotação de um Grupo de Trabalho deste Tribunal, analisando a Lei nº 8666/93, tão-logo veio a lume. E eu transcrevi o que esse Grupo de Trabalho fez anotar:

*“O parágrafo primeiro do artigo 25 conceituou notória especialização. A redação é idêntica ao dispositivo correlato anterior, salvo pela introdução da condição de que se possa pré-avaliar, em razão do desempenho anterior, que o trabalho da empresa ou do profissional é **essencial e indiscutivelmente** o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. As expressões **essencial e indiscutivelmente** remetem a um juízo eminentemente subjetivo, de difícil aferição, pois o que é essencial e indiscutível para uma pessoa pode não ser para outra.”* (Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nº 72, setembro de 93, página 154). A lei fala: permita inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente mais adequado. Inferir - as observações são do Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, do Tribunal de Contas da União, (consoante Aurélio, inferir é extrair uma conclusão, é algo que é deduzido por raciocínio, quem há de inferir?, o agente res-



ponsável pela decisão de contratar diretamente ou não) - inferir, anotou o Ministro, envolve discricionariedade. Digo eu, claro, sempre comportando limites.

Vêem os senhores quanta coisa se pode dizer a respeito do artigo 25, inciso II, § 1º, combinado com o artigo 13 da Lei nº 8666 de 93; ainda hoje, ensejando as mais vivas discussões, a propositura de ações, algumas atabalhoadas, outras não, pelo Ministério Público. Quando tivermos de pacificar um entendimento a respeito deste dispositivo da 8666/93, antes que ela eventualmente venha a ser alterada?! E tenho receio que ficará pior. Quando tivermos de pacificar um entendimento? Nunca! Enquanto houver dispositivo legal como este haverá divergências. Enquanto os intérpretes forem advogados, integrantes do Ministério Público, doutrinadores, juízes, auditores, conse-

lheiros dos Tribunais de Contas, cada qual haverá de extrair do dispositivo, aqui e acolá, um sentido e um alcance que pode se aproximar, mas, não necessariamente se confundir com o sentido e o alcance que um outro tenha vislumbrado.

O que mais importa nesta matéria, parece-me, é a ação de boa fé, é a adoção de um entendimento que se apresente, ainda que com ele não possamos con-

cordar, como razoável, e não um entendimento forçado, para reconhecer ao administrador público fazer tudo, se me permitem a expressão, que lhe dê na telha; nem um entendimento também por outro lado tão desarrazoado que faça simplesmente negar vigência ao artigo 25, inciso II, da Lei nº 8666, na suposição inverídica de que todos os administradores que se valem desse dispositivo são desonestos, não são merecedores de confiança. É possível até errar. A questão é saber quem é o dono da verdade, senão a decisão judicial afinal transitada em julgado. E graças a Deus, pelo menos eu, não sou nenhuma decisão judicial transitada em julgado.

Muito obrigado pela atenção. ”



17/08/2007

## “ASPECTOS RELEVANTES DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA PÚBLICA”

DR. CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA

Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

Ao final da palestra do Conselheiro Cláudio Alvarenga, o apresentador, Diretor-Geral Sérgio Rossi, deu a ela a seguinte definição: “Aula Magna sobre uma jóia rara”, ainda ao som dos aplausos dos presentes, ligando a clareza da aula com uma espécie de objeto de desejo das empresas: a coleta de lixo.

O Dr. Cláudio dividiu a exposição em partes, falando da fórmula passada e ainda atual de contratação de serviços de Limpeza Pública, de contratos já com base nos novos institutos das PPPs e das Concessões e de futuros contratos de lixo, que obedecerão os ditames da Lei do Saneamento Básico, que começou a vigorar em fevereiro último.

“O objeto é o mesmo, ou seja, coleta, transporte, tratamento e deposição. Mas as formas de contratação são muito diferentes”. Visou aclarar “um tema difícil”, como dissera o Presidente Antonio Roque Citadini antes do início da palestra.

“Quero lhes dizer, afirmou o Dr. Citadini, que o Dr. Cláudio tem uma característica de grande valia para o Tribunal: a de enfrentar coisas difíceis, temas de grande complexidade, o que é pouco usual no mundo jurídico e administrativo. Este é um dos motivos pelos quais o Tribunal adquiriu o respeito que tem”.



“ Bom dia a todos. Escutei o que disse o Dr. Antonio Roque Citadini e, depois, o Dr. Sérgio Ciquera Rossi, mas quero dizer que está muito presente em mim, agora, um dos mandamentos que o meu saudoso pai me ensinou, e que sinto estar desafiando hoje, o que não é bom. O meu pai sempre dizia várias coisas e lembrome de que gostava de ditado caipira. Sempre me dizia: “*Acredito em ditado e acredito em apelido. Apelido que pega é retrato de pessoa. Ditado que se forma é lição de vida*”. Dizia-me: “*Nunca se esqueça de que, em lagoa de jacaré, pato não nada*”. Eu não devia estar aqui. Eu sou o pato nessa lagoa.

Falar de contratação de limpeza pública, aqui, é uma mistura de desobediência à lição do papai, e, acima de tudo, de audácia, porque vamos ter que fazer um trabalho interessante: conseguir sistematizar a fórmula passada de contratação de lixo, que reúne o instituto da

PPP, sobre a qual ainda não temos muito domínio, e a chamada Lei do Saneamento Básico. É tarefa para leão e que pato, talvez, não consiga fazer bem. Mas como o pato já entrou na lagoa, vamos ver como conseguimos sair dela.

Convencionemos, primeiramente, que “Lei de Concessões” diz respeito àquela clássica, comum, regida pela Lei nº 8.987, com alterações da Lei nº 9.074; “Lei da PPP” refere-se, evidentemente, à Lei nº 11.079, e a “Lei do Saneamento Básico” corresponde à Lei nº 11.445, que entrou em vigor no comecinho de 2007, objetivando instituir as diretrizes nacionais do saneamento básico. Vejamos, então, o que podemos falar sobre contratação de lixo?

A primeira coisa é assentar que os serviços de limpeza pública são indicados pela Constituição como de “interesse local”, que interpreto como “interesse pre-

dominantemente local”, cuja organização e execução cabem aos municípios. Todos nós sabemos que esses serviços são contínuos, não têm prazo para terminar, não podem ser suspensos, não podem ser interrompidos. São serviços predominantemente municipais, contínuos, essenciais porque, como sabemos muito bem, não há necessidade de estendê-los, eis que são serviços que dizem respeito diretamente à qualidade da vida. Eles têm evidentes e conhecidas repercussões, desde a estética do meio-ambiente, até a saúde e a qualidade de vida. Interferem diretamente na dignidade da vida humana, e até na sua duração. Além de contínuos, além de essenciais, eles são, exatamente pelos motivos citados, compulsórios e não facultativos. Exemplo desta compulsoriedade é notícia recentemente veiculada pela mídia no sentido de que se permitiu invasão de domicílio, contra preceito constitucional, de um pobre casal que guardava lixo em casa.

Para finalizar esse nariz de cera - além de predominantemente municipais, contínuos, essenciais e compulsórios - os serviços de limpeza pública estão ficando, progressivamente, cada vez mais onerosos, comprometendo gravemente os orçamentos do poder público. Há um estudo do Banco Mundial indicando que em vinte anos o serviço de lixo consumirá 20% da receita líquida do município, se nada acontecer.

Essa progressão do custo decorre, é óbvio, do crescimento da população das cidades, mas também de vários outros fatores. Primeiro, por problemas culturais e de composição da sociedade em que vivemos. Os habitantes estão produzindo, cada vez mais, quantidade *per capita* maior de lixo. Isso decorre da própria estrutura de sociedade de consumo em que vivemos e até de um fator positivo, que é o da integração de excluídos nessa sociedade de debilidade de vida. Então, isso é influenciado pelo aumento da população, pelo crescimento do volume *per capita* e por outros fenômenos como, por exemplo, a conurbação, que gera situações como a seguinte: há uns dez anos fiquei muito impressionado ao ler uma notícia sobre um município americano que depositava seu lixo a 500 quilômetros de distância. Tive a oportunidade de analisar, há menos de quatro meses, exame prévio de edital no qual havia previsão de que o depósito do lixo seria feito a 102 quilômetros do município, com o agravante de que não se trata de capital do interior. Trata-se do município de Fernandópolis, que conheço bem porque lá morei durante muito tempo, cujo edital previa a condução do lixo a exatos 102 quilômetros de distância, em São José do Rio Preto, por problemas de nível de recepção das usinas de tratamento. Decorre, por fim, de um outro aspecto positivo: hoje, não se aceita mais lixão, não se aceita mais tratamento absolutamente irresponsável, como existia quando eu era moço.

Hoje se exige cada vez mais a melhoria da qualidade do tratamento do lixo, o que, evidentemente, custa, além de cultura, dinheiro.

Feita esta pequena introdução para fixar alguns conceitos, vamos examinar especificamente o nosso tema.

A primeira questão que se põe é: o que vamos chamar, num primeiro momento, de serviços de limpeza pública? Mais tarde veremos que esse conceito, resumido nesta primeira passagem, é hoje um conceito legal. Eu diria que serviço de limpeza pública é, na esteira da jurisprudência do Tribunal, aquele que engloba, em suma, quatro atividades. A coleta do lixo dito domiciliar e daquele denominado por vários juristas de lixo público, porque decorrente da limpeza dos espaços e logradouros públicos; o transporte; o tratamento e a deposição. Então, é a coleta do lixo domiciliar e público, o transporte, o tratamento e a deposição. Claro que todas essas quatro atividades fundamentais podem ter subdivisões, a exemplo do transbordo e da reciclagem, mas basicamente o conceito de serviço de limpeza pública abrange a coleta, o transporte, o tratamento e a deposição.

Acresça-se lição extremamente importante extraída de nossa jurisprudência no sentido de que, quando falamos em coleta de lixo público, pressupomos algumas atividades iniciais que a coleta de lixo doméstico não tem, quais sejam, a varrição, a poda e a capinação. O resto não é serviço de limpeza pública. Às vezes, vemos contrato que prevê pintura de guia. O que isso tem a ver com aquelas quatro atividades fundamentais? Nada. Reparo asfáltico, o que tem a ver? Nada. Atividade de lixo resume-se na coleta, transporte, tratamento e deposição. É pressuposto da coleta do lixo público o trabalho de varrição, capinação e poda que, em relação ao lixo domiciliar, é feito pelo dono do domicílio. Assentado este primeiro conceito, veremos que hoje é conceito legal obrigatório.

A segunda questão, também óbvia, é meramente de encaminhamento da idéia. Como todos sabemos o Estado, ou seja, preponderantemente o ente município, pode executar o serviço de limpeza pública de forma direta ou de forma indireta. Evidentemente, não é necessário lembrar que a execução direta, hoje, fica limitada a um município muito pequeno. O volume do serviço, as atenções que o meio-ambiente exige, a necessidade de especialização, a necessidade de uma tecnologia específica, a necessidade de investimento, tudo, cada vez mais, faz com que o poder público opte pela execução indireta, delegando a terceiros os serviços de limpeza pública. As empresas que os executam progridem, crescem, multiplicam-se e dúvidas há se isso sempre atenderia à economicidade. Vemos que hoje tais serviços são executados indiretamente, sempre por meio de contratações de serviços integrados de limpeza pública. O que quero dizer

com integrados? Que há uma tendência de se cuidar da questão por meio de contrato que apanhe aquelas quatro atividades fundamentais do serviço de lixo. Este é o contrato padrão que aparece hoje no Tribunal: primeiro, o de execução indireta; segundo, integrado, no sentido de englobar todas as atividades, o que, em termos de economicidade, deveria ser objeto de reflexão, considerando que em um município pequeno devem existir algumas dessas atividades que ainda comportem ser executadas de forma direta, como é o caso, por exemplo, da atividade primeira, de coleta, que poderia ser feita diretamente a um custo menor. Mas, de qualquer forma, não é esta a tendência do Estado moderno. Prioriza-se a execução indireta, por meio de contratação integrada, pegando o lixo, a limpeza pública como um pacote. Há quem entenda que essa delegação a terceiro atende o postulado da eficiência, e há quem entenda que também atende o postulado da especialização. Essas empresas trabalham em grande escala, e a escala, sabemos, também é modo de reduzir custo.

Então, assentadas essas premissas, proponho que tentemos encaminhar a nossa conversa para o que há de importante especificamente sobre a nossa ótica de atuação no Tribunal. Eu diria que, basicamente, temos de fazer duas considerações: quais são as modalidades de contratação apropriadas para serviço de limpeza pública? O que a legislação mais recente, com menos intensidade a das PPPs, e mais a Lei do Saneamento Básico, vai influenciar nessas contratações?

Começo lembrando que, basicamente, cogita-se sobre a contratação de serviços de limpeza pública mediante a utilização de quatro modalidades de contrato: o modo corrente é fazer um contrato administrativo de prestação de serviço de limpeza pública exatamente nos termos dos contratos gerais de prestação de serviço regidos pela Lei Federal nº 8666/93. Essa contratação envolve muitas questões absolutamente conhecidas, absolutamente definidas pela jurisprudência do Tribunal, e, evidentemente, não é sobre isso que precisaríamos falar hoje.

Só gostaria de lembrar que existem questões absolutamente sedimentadas, absolutamente pacificadas. E para sintetizar, lembro sobre a tormentosa questão dos

requisitos de habilitação nas licitações que precedem esses contratos. O Tribunal cansou de examinar este assunto. Temos várias Súmulas, e todas elas, cerca de dez - Súmulas 14, 15, 17, 18, 23, 25, 26, 28 e 29 - que acabam repetindo uma mesma lição referente a um princípio básico na Lei Federal nº 8666/93, expresso nos artigos 27 a 32, que, ao dispor sobre os requisitos de habilitação, exageradamente diz que os requisitos de habilitação são mínimos, só os necessários, limitando-se àqueles expressamente previstos na Lei. A Lei usa, mais de uma vez, a palavra “exclusivamente” e a expressão “limitar-se-á”. Isso é a clássica relação casuística, taxativa. As Súmulas nada mais fizeram do que fixar um conceito, hoje dominado por todos nós, de que é assim mesmo que se faz: não se pode exigir, por exemplo, declaração de terceiro, licença prévia, certidão negativa de protesto. Significa dizer que vale o postulado sistemático de que exigência de habilitação é só aquela taxativa, expressa, e definitivamente imposta pela Lei.

Outro conceito assentado nas Súmulas diz respeito à impossibilidade de haver licitação de lixo, tipo técnica e preço, até porque seria evidentemente exagerado dizer que nessa licitação predomina o conteúdo intelectual. Evidentemente, não predomina.

Essas questões já estão pacificadas, mas existem outras, atuais,

que ainda não estão sumuladas. Cito, a título de exemplo, a questão do prazo contratual nas contratações de limpeza pública sob a égide da Lei nº 8.666/93. Existe jurisprudência absolutamente definida no sentido de que o prazo da contratação não pode exceder a um ano. Isso decorre basicamente do artigo 57 da Lei, a qual diz que a vigência dos contratos deve ficar sempre adstrita, vinculada, à vigência dos créditos orçamentários. E a vigência máxima de créditos orçamentários é de um ano, daí porque o Tribunal estabelece como jurisprudência, num caminho de absoluta consolidação, que o prazo não pode exceder a um ano, embora, evidentemente, ele possa ser prorrogável por iguais e sucessivos períodos, limitado ao máximo de cinco anos, e, em condições excepcionais, ao prazo de seis anos.

Por que o Tribunal não aceita prazo maior? Não aceita prazo maior porque acaba implicando distorções de outros preceitos: se tenho um contrato que custará dez



por ano, o cálculo de garantia de participação - 1%, garantia de execução - 5%, e capital social ou patrimônio líquido mínimo, estes exigidos como requisitos de habilitação econômico-financeiro, haverá de corresponder a um contrato de dez. Isto sem falar no cálculo do quantitativo que pode ser exigido, ou seja, nos limites da Súmula 24, só posso exigir experiência anterior correspondente a 50 ou 60% do valor total do contrato, no caso, dez. Se houver prorrogação indevida, violando o artigo 57, por cinco anos, a exigência vai passar a ser 10% de cinquenta, e não de dez, para qualquer efeito que eu precise calcular 10%. Na prática, se eu quiser contornar a exigência de que quantitativo máximo seja, digamos, 50%, e quiser fazer para 100%, para restringir a competitividade, faço o contrato por dois anos. Isso não tem sustentação, é fraude àqueles pré-requisitos que a Lei impôs, razão pela qual o prazo tem que ser de um ano, sob pena de reprovação do contrato.

Segunda questão, que, talvez, esteja menos definida. Sabemos que a Lei de licitações preconiza que, quando se faz uma licitação, você pode aferir a aptidão técnico-profissional do pretendente ao contrato, exigindo que ele prove experiência anterior, consistente em ter feito, antes, um certo quantitativo, que a nossa jurisprudência, para evitar reserva de mercado, estabelece em cerca de 50 a 60%. Se vou fazer uma licitação de lixo, é razoável e justo que eu diga que só possa licitar quem fez 50% desse serviço antes, senão vem um neófito que não sabe fazer nada.

Outra questão extremamente polêmica, hoje, no Tribunal, é a seguinte: é claro que posso pedir quantitativo, observada a restrição da Súmula 24, para impedir reserva de mercado. Pergunto: posso exigir prova de prazo da experiência? Se eu posso exigir experiência do quantitativo, posso pedir prazo? A jurisprudência do Tribunal ainda é muito oscilante a respeito, mas me parece que está começando a prevalecer uma tese, que pessoalmente me parece correta, mas está longe de ser pacífica. Eu acho que pode, sim.

Encontramos, ainda, alguma orientação, alguma corrente da jurisprudência do Tribunal, que diz não poder, sob o seguinte argumento. O artigo 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93, diz que *“é vedada a exigência de comprovação de atividade, ou de aptidão, com limitações de tempo ou época”*, então, se não se pode exigir tempo, ou época, não se pode exigir essa experiência por tempo. Isso aqui é uma exigência de comprovação de atividade com limitações de tempo ou época? Como eu faço para conciliar com o quanto disposto no artigo 30, agora no inciso II, quando ao tratar da aptidão técnico-operacional, dispõe que se pode exigir *“comprovação para desempenho de atividade pertinente, e compatível em características, quantidades e prazos”*?

Então, que posso ou não exigir? A resposta parece-me ser a seguinte: “Época”, no sentido de tempo, significa uma coisa, “prazo” significa outra coisa. Época é uma referência que se faz a um certo acontecimento. Eu não posso exigir que você tenha trabalhado no tempo do Napoleão Bonaparte, ou no tempo de Pitta, ou no tempo em que fui prefeito antes. Não se pode delimitar tempo, ou seja, sucessão de instante. Não se pode exigir que alguém esteja trabalhando agora ou, concomitantemente, tenha trabalhado há dois anos. Mas medida do tempo, prazo, pode pedir. Quando eu pensei que ia ousar falar sobre essa diferença de “prazo e tempo”, ou “época”, fui atrás de um critério melhor. E como critério melhor sobre o que a Lei diz quando cita pode “prazo”, não pode “tempo ou época” é o seguinte: você pode perguntar quanto você fez de lixo. Por quê? Porque é razoável que se a empresa só tenha feito um - fazia o lixo em Flora Rica, por exemplo, pode fazer o lixo em Santo André. Assim, não há óbice em perguntar “quanto” ou “a sua experiência é de fazer quanto?” Mas você não pode perguntar “quando”, porque, se a empresa foi capaz de fazer o lixo de Santos há três anos, é capaz de fazer o lixo de Santo André hoje. O princípio, é importante para que entendam, é o mesmo de que quem aprendeu a andar bem de bicicleta e, dizem os sábios, não esquece mais. Você pode perguntar “quanto” você andou de bicicleta, mas não pode perguntar “quando”, porque quem andou antes, nunca mais esquece.

Aí me parece que a tendência do Tribunal vai ser admitir que se exija experiência de prazo se, evidentemente, limitado esse prazo a um critério razoável, observada a Súmula 24, bem como o conjunto da Lei. Para um contrato da Lei Federal nº 8666/93, se admitimos exigência de quantitativo de cerca de 50%, vocês sabem melhor isso do que eu, evidentemente, é razoável que se exija experiência de prazo também nesse volume, e não num volume não compatível com a contratação que se vai fazer.

Terceira questão diz respeito ao que se pode aglutinar na contratação de serviço público. Já adiantei a resposta, e dá para passar bastante rápido aqui para ganharmos tempo. Não se pode colocar serviço de reparo de asfalto, de pintar guia. Por quê? Porque limpeza pública corresponde àquelas quatro atividades: coleta de resíduo domiciliar e de lixo público; transporte, com as suas especificações; tratamento, com as suas especificações; e deposição, com as suas especificações. Afora isso, você só pode incluir o que for condição necessária, como, por exemplo, a varrição, capinagem ou capinação, ou poda, porque senão você não teria como coletar e remover o lixo público. O mais é expediente, ou para depois exigir, e não se há dizer que essa atividade que entra por fora é relevante, porque é, em verdade, para excluir quem

não queremos contratar, ou, então, presta-se a dar um alargamento para esses contratos, que não suportam tecnicamente.

A quarta questão também está bem encaminhada na jurisprudência do Tribunal. Pode-se estipular distância mínima entre o município que está contratando o lixo e o local de deposição ou de tratamento dos resíduos? A jurisprudência do Tribunal entende que não, inclusive porque não se pode estipular o limite; inclusive porque esse foi o critério da Súmula que tratou da usina de asfalto. Veja bem, aqui o que vale não é a distância, o que vale é o critério do edital, que, como já dissemos incidentalmente, vai ser sempre do menor preço. Qual é a distância? Não importa. Importa que, apesar de ela poder ser mais longa, vai-se conseguir, ainda assim, o menor preço.

Agora as duas questões mais polêmicas. Na contratação de lixo pela Lei Federal nº 8666/93, podemos fazer exigência de apresentação, de metodologia da execução? Esse assunto foi muito discutido, mas entendo que já dá para afirmar que praticamente está consolidado o entendimento do Tribunal. Eu trouxe o computador, hoje, basicamente porque é um depósito de muitos julgados sobre isso. Está praticamente definido, e consolidado, que, em princípio, não pode. O que chamo em princípio é o seguinte: é claro que qualquer um de nós consegue formular um exemplo aqui mais acadêmico, em que se admita fazer metodologia. Mas, em princípio, não se pode pedir. Observem que para que se possa exigir a apresentação de metodologia de execução a lei formula duas exigências, que, a meu ver, são cumulativas. A Lei só permite que se exija metodologia de execução, em primeiro lugar, se se tratar de contratação de grande vulto, e, em segundo lugar, repito – cumulativa e não alternativa – que se trate de serviço de alta complexidade. Acho difícil, salvo hipótese acadêmica, preencher a primeira. E é difícil preencher a segunda. Veja bem, serviço de grande vulto, o que é? Serviço de grande vulto, como obra de grande vulto também, é aquela que, nos termos do artigo 6º, inciso V, da Lei nº 8.666/93, corresponda a um certo valor, que ela indica qual é, considerando os limites das várias modalidades de licitação, em que, em última análise, vem a ser de 37 milhões e quinhentos mil reais. Então, o pri-



meiro requisito para haver exigência de metodologia de execução é que o contrato tenha o valor de 37 milhões e quinhentos mil reais. Trazendo isso para a nossa realidade, que é o serviço de lixo em municípios do Estado de São Paulo, eu diria que isso implica em haver um contrato que tenha valor superior mensal a mais de três milhões de reais, por causa da questão do prazo máximo de doze meses.

Eu pedi, e o querido Sérgio, com a gentileza de sempre, levantou dados do contrato do município de Santos, que é um município expressivo, que não atinge esse valor. Talvez Campinas, Santo André, ou algum outro município de mesmo porte, como Guarulhos, atinja. Mas vejam que o contrato de Santos não preencheu o requisito. Veja como é difícil imaginar que o contrato da citada Fernandópolis, ou o contrato de Santana da Ponte Pensa, possa atingir esse primeiro requisito.

E também entendo que, fora hipóteses acadêmicas, de exemplo criado fora da realidade, daria para sustentar que o serviço de lixo seria de alta complexidade. O serviço de lixo exige, sim, especialização. É um serviço especializado, que tem de ser feito por profissional da área, mas não é um serviço que exija engenho incomum, não é um serviço que exija a criação de solução. As soluções são mais ou menos padronizadas, são mais ou menos conhecidas, vão passando por evoluções técnicas, mas não têm que ser “engenhadadas”, não têm que ser criadas a cada caso concreto. É um serviço complexo, especializado, mas não é um serviço predominantemente intelectual, um serviço de alta complexidade, porque serviço intelectual, serviço de alta complexidade, é aquele que exige dose anormal de engenho, aplicado ao caso concreto específico; é aquele que exige solução, mais exatamente, aquele que exige criação de solução.

Essa tendência absolutamente clara da jurisprudência do Tribunal, e, repito, que geralmente breca a exigência de metodologia de execução, considerando o primeiro critério do valor, é muito coerente com a Súmula do Tribunal que diz que não se poder fazer licitação de limpeza pública mediante licitação de técnica e preço, porque aqui não há predominância intelectual na atividade.

E Pregão? Pode contratar lixo por Pregão? O que está acontecendo com o Pregão é que está dando certo. O

Pregão está se revelando cada vez melhor, mais eficiente. Há uma irrecusável tendência em qualquer nível de administração de verificar que isto dá certo, isto está dando bom resultado, isto é melhor. É tão melhor que o José Eduardo Cardozo, que veio aqui nos ensinar essas coisas na terça-feira, disse que uma coisa que vai prevalecer seguramente na Lei de licitações, e que para felicidade nossa ele está ajudando a mudar, é a inversão nas fases processuais, que é o grande segredo do Pregão.

Vejam bem, exatamente porque isso está dando certo, a tendência é de que todo mundo, todo jurista, todo operador de direito, tenha boa vontade em interpretar o seguinte: o Pregão cabe, nós sabemos, quando se tratar de serviço comum e, então, a tendência é que se vá alargando o entendimento do que seja serviço comum. Esse alargamento já ensejou diversos julgados dizendo que serviço comum é tudo aquilo que está padronizado, é tudo aquilo que está “standardizado”, é tudo aquilo que está pronto, tudo aquilo que está na platéia. Então, eu diria que a tendência do Tribunal é afirmar que pode, sim, fazer Pregão, com uma definição clara, objetiva, “standardizada”, padronizada, do que se quer licitar. Claro que é fácil formular exemplos em que isso não é possível. Mas, veja bem, hoje o Tribunal já entende que, contra o que se previu na Lei de 1993, podemos fazer contratação de bens e serviços de informática por licitação de menor preço. Por que isso acontece? Porque em 1993, quando se fez a Lei, não havia como padronizar, como “standardizar” equipamentos, e menos ainda sistemas de informática, o que hoje é corrente.

Querem ver uma coisa, como a vida passa depressa? Quando cheguei no Tribunal, em 93, e aos meus queridos companheiros de gabinete, que para a minha felicidade estão comigo desde esse tempo, eu perguntei: “*Quantos computadores temos aqui?*”. “*Dois*”, responderam-me. Eu disse:

“*Então eu vou trazer o meu e teremos três*”. Disse que iríamos começar a colocar as coisas em disquete, para que fosse possível passar de um computador para o outro. Daí aconteceu que um dos funcionários trabalhava com o *wordstar*, outro trabalhava com o *word 5*, e eu trabalhava com um programa de texto que nem existe mais, chamado *Fox Writer*. Hoje isso é impensável, nós padronizamos até margem do papel, o tipo, a fonte. Por que o Tribunal trabalha com o *Courier New*? Porque tem estudo a dizer que é o que gasta menos tinta. Não é porque achamos mais bonito, claro que tem um outro lá mais bonito, é o *black*, bonito, só que gasta o triplo de tinta. Vejam bem, essas coisas andam, a fila anda.

Voltando para o lixo, digo que hoje é possível “standardizar”, hoje é possível padronizar, hoje é possível definir objetivamente várias hipóteses de contratação de limpeza pública e, quando se puder fazer isso, pode-se

fazer Pregão. Isto é o que o Tribunal tem pensado sobre essas questões mais polêmicas.

Só quero fazer uma previsão antes de mudar de assunto. Já, já, e vocês vão ver que é muito louco, o critério que vai prevalecer para decidir se pode fazer licitação por Pregão, ou não, vai ser uma evolução natural do que estamos falando. Daqui uns quatro anos todo mundo vai entender que se pode fazer por Pregão qualquer licitação que se deva decidir por menor preço, qualquer uma. Se você pode aplicar o menor preço, se você não tem peso de técnica, exclusivo ou ponderável, você vai poder fazer Pregão.

Até aqui estávamos falando da contratação, mediante o contrato ordinário de prestação de serviço administrativo, da Lei Federal nº 8666/93.

Dito isso, agora pergunto: pode fazer a concessão clássica, ou não, da Lei de concessão de lixo? Nós, de São Paulo, temos uma jurisprudência muito firme de que não pode. Todo mundo fala que a decisão pioneira foi a do processo do Dr. Renato Martins Costa, no caso de Piracicaba. Eu descobri que não foi. A decisão pioneira foi a do Dr. Renato Martins Costa num processo de Jandira. Foi a primeira que ele relatou. Ele me disse que não lembrava do precedente, mas vejam como é importante a coerência intelectual. Eu cotejei os dois votos e os argumentos, como sempre maravilhosos do Dr. Renato, são exatamente os mesmos. E ele não citou no segundo voto, de Piracicaba, o voto de Jandira, que é dele, ambos primorosos, coerentes, e na mesma linha. Depois o Tribunal já voltou a decidir isso até em consulta, que, como sabemos, tem o caráter de generalidade.

Por que não se pode contratar por meio da concessão comum, a concessão clássica? Porque, em primeiro lugar, todos os casos que vieram aqui ao Tribunal sobre concessão clássica, na verdade, quem pagava, quem remunerava o contrato, não era o usuário, por tarifa, era o próprio poder público. Então, claro que não pode. Por quê? Porque no sistema da concessão clássica, comum, quem paga é o usuário, mediante tarifa. Fazer uma concessão comum para o poder público pagar é só para violar aquelas restrições de prazo, e outras restrições, tal como a falta de garantia, que existe no contrato da administração. Isso é jurisprudência firme do Tribunal, sobre a qual não precisamos nem demorar muito. Não sei se isso não vai mudar quando apreciarmos algum caso posterior à Lei do Saneamento, mas com base na jurisprudência firme, que se aplica a situações anteriores à Lei do Saneamento, não há dúvida de que não pode. Por quê? Primeiro, porque não há previsão de pagamento da remuneração do contrato pelo usuário, a previsão de pagamento por tarifa; segundo, porque, como sabemos, o Supremo tem jurisprudência pacífica, consolidada na Súmula nº 545, no sentido

de que só se pode cobrar tarifa se preenchidos dois requisitos. Primeiramente, tarifa é facultativa. Eu pago tarifa de transporte se eu quiser; se eu não quiser, não subo no METRÔ e não pago. O lixo é compulsório, você não pode abrir mão do serviço, e não existe tarifa como remuneração compulsória. É facultativa, conforme a mencionada Súmula nº 545.

E em segundo lugar, porque nunca existiu critério legal, nacional, para fixar tarifa. Em vários critérios tentados, o Supremo disse que era inconstitucional, como, por exemplo, fazer uma parcela de IPTU. Por isso tudo, o Supremo sempre disse que lixo se cobra por taxa, a não ser que se crie alguma tarifa facultativa, o que é impossível, porque o serviço é obrigatório, e com algum critério razoável de fixação, o que até agora não foi encontrado em termos de formulação nacional de conceito de tarifa. Isso sem contar as dificuldades que existem para tornar a tarifa específica para o serviço prestado. Então, não pode fazer.

Se não pode fazer concessão comum, claro que também não se pode contratar serviços de lixo por meio de concessão patrocinada da Lei da PPP. Por quê? Porque a concessão patrocinada é uma verdadeira, autêntica, concessão comum, só com uma mudançazinha. Na concessão comum, o usuário, por meio de tarifa, paga todo o custo do serviço. Na concessão patrocinada o poder público pode ajudar. O

Tribunal já aprovou uma concessão patrocinada - concessão de operação do METRÔ - no qual o Estado prestava contribuição para complementar o custo, tendo em vista que a tarifa do METRÔ é altamente deficitária, até porque o METRÔ opera com carro extremamente caro, e que tem de ser feito a cada linha do METRÔ, levando em conta curva, declive, padronização de sistemas, e padronização de estações.

A concessão patrocinada é uma concessão comum, só que na concessão comum o dinheiro todo sai da tarifa que o usuário paga. Na concessão patrocinada o poder público tem que pôr dinheiro, porque senão ninguém vai aceitar trabalhar em troca da tarifa, porque é altamente deficitária, não permite recuperar investimento pesadíssimo, como a compra, por exemplo, de 29 trens de METRÔ feitos especialmente para o modelo daquela linha de METRÔ. Então, permite-se que o Estado ajude na remuneração, Estado *latu senso*, pagando parte da tarifa, pagando parte do custo. Se não cabe concessão

comum, não cabe concessão patrocinada, que é uma concessão comum com essa diferença, em que quem paga a tarifa é o usuário, como quem sobe no METRÔ, e o Estado *latu senso*, complementa com um quinhão de dinheiro. Se não pode concessão comum de lixo, por extensão, não cabe concessão patrocinada de lixo. O Conselheiro Robson Marinho relatou uma consulta a respeito, na qual ele proclamou esse princípio com a aprovação unânime do Pleno.

E concessão administrativa? Pode fazer? Sabemos que a Lei da PPP prevê a concessão patrocinada, que é a comum com essa diferença realçada, e a concessão administrativa. O Tribunal também já apreciou isso num caso de Osasco, e este tema é extremamente polêmico. O que é uma concessão administrativa? Patrocinada eu sei, é uma concessão comum, com a diferença de que aqui não é só o usuário que remunera mediante tarifa, o poder público pode pagar uma parte da remuneração.

A concessão patrocinada é uma concessão autêntica, verdadeira, com essa pequena alteração.

O que é a concessão administrativa? Como eu não sei, vou ler a Lei: *é contrato de prestação de serviço em que a administração pública seja usuária direta ou indireta*. Tem uma operação que me interessa na conversa: contrato de prestação de serviço em que a administração pública

seja usuária direta ou indireta. Aqui é uma delegação de serviço, que é feita só para a administração, e, portanto, quem paga é a administração. Então, pode ou não pode? Se consultarmos a doutrina, isso é um verdadeiro “saco de gato”. Nós consultamos um jurista do porte, da autoridade, da sabedoria de Celso Antonio Bandeira de Mello, seguido por Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira, e outros, que dizem: isto é absolutamente inconstitucional! Como se haveria de admitir a constitucionalidade de uma concessão que não é paga pelo usuário, mediante tarifa, tal como diz o artigo 175 da Constituição? Como se admitir que seja concessão se quem paga é a administração? Então, eles dizem que é inconstitucional, além de outras inconstitucionalidades pontuais que essa Lei teria, que não nos interessa para este macro exame. Outros doutrinadores dizem: não, é absolutamente constitucional; absolutamente não, em princípio, constitucional, o estilo, o modelo, o instituto é constitucional. O Yves Gandra diz isso, a



Dinorá Muzetti Grotti, de quem eu gosto muito, pessoal e intelectualmente falando, o Carlos Ari, o Floriano Azevedo Marques, que advoga muito aqui, vocês conhecem, têm excelentes trabalhos dizendo que é constitucional.

A distribuição de processos no Tribunal é feita mediante sorteio mas, às vezes, eu “azareio” e foi-me distribuído a licitação da concessão administrativa do lixo de Osasco, após cuja análise acabei me convencendo de que metade da inconstitucionalidade que se enxerga vem do nome desastrado, infeliz, amador, que se deu para a concessão administrativa. Se tivesse inventado qualquer nome – “contrato de anglustura”, por exemplo. O que é isso? É uma palavra que não existe, que eu inventei. Assim fosse, metade do problema estaria resolvido. Se desse um nome bonitinho, tal como “parceria administrativa com substantiva participação de investimentos”, metade do problema estaria resolvido. O que não podia é chamar esse bicho de concessão, porque na hora que você chama de concessão vem alguém e diz que isso está filiado ao artigo 175 da Constituição, que diz expressamente que tem de ser pago mediante tarifa do usuário. Como não é pago mediante tarifa do usuário, isso é inconstitucional. O que me parece que acontece é que se isso é concessão ou não, nem a Lei sabe bem, porque fala que se chama concessão administrativa, para depois dizer, tal como li no início, que é contrato de prestação de serviço. Então, eu pergunto: o que é isso? É contrato de prestação de serviço ou é contrato de concessão? Por quê? Se for concessão, ele vai pendurar no 175, e aí é inconstitucional, porque tem de ter tarifa. Se for contrato de prestação de serviço, ele vai pendurar no 37, XXI, da Constituição, que não fala que precisa obrigatoriamente ter tarifa.

A minha opinião baseia-se, então, nos ensinamentos de meu neto. Outro dia estávamos num clube, e tinha uma bóia em forma de lagarta. Eu falei ao Guilherme:

“Será que essa lagarta vai virar borboleta?” Ele respondeu:

“Não, vovô, esta lagarta é um bicho próprio”. A concessão administrativa não é uma concessão, ela é um contrato administrativo, próprio, autônomo. Ela é um “bicho próprio”, que não tem sustentação constitucional no artigo 175. Ela é um contrato de serviço administrativo que tem a sustentação no artigo 37, inciso XXI, que é o que trata das condições constitucionais mínimas dos contratos administrativos, entre as quais não figura essa exigência. Foi isso que o Tribunal decidiu nesse caso, que, aliás, não foi o pioneiro. Há também uma outra decisão anterior, da lavra do Conselheiro Robson Marinho, num caso de licitação versando sobre produção de água no sistema alto Tietê, tudo depois consolidado na consulta de Piracicaba, que abordou também essa questão.

Em suma, apesar da infeliz, da desastrada denominação, esse contrato é, a meu ver, “bicho próprio”.

Quem vai contratar lixo, então, tem duas opções, porque as outras duas eu excluí, por enquanto. Depois vem a Lei do Saneamento. Pode-se fazer um contrato de prestação de serviços ordinário, regido pela Lei Federal nº 8666/93, ou pode fazer uma concessão administrativa. Como se exerce essa opção? É falar: “Opa, vou ver o que é melhor para mim!” Não! Só se pode fazer concessão administrativa se forem preenchidos certos requisitos que estão na Lei e que são indispensáveis para se fazer concessão administrativa.

Quando me foi distribuído o processo de Osasco, passei muito tempo sem entender nada do que estava falando, se pode ou não pode. Cada livro que eu lia era como Chacrinha, vinha para confundir, não para esclarecer, até que me ocorreu a seguinte pergunta: o que nós todos, operadores do Direito, fazemos? Em última análise, queremos melhorar o mundo. É o nosso sonho. Pensei assim: a situação do lixo, hoje em dia, está tão boa, tudo tão arrumadinho, que é melhor não mexer; aqui está bom demais, deixa quieto, não se mexe no que está bom e quieto. Ou está caótica? Evidentemente que está caótica. Dizer que está bom o sistema de limpeza pública municipal hoje disponível é não enxergar a realidade.

A verdade é que a chamada Parceria Público-Privada pode ajudar muito. Por quê? Porque o Estado *latu sensu* não tem dinheiro para investir em tecnologia, não tem dinheiro para investir em equipamento, e também não consegue ter tecnologia de ponta em tudo. A empresa que é direcionada só para uma coisa acaba tendo agilidade, rapidez, mais velocidade na execução, e não raro consegue fazer engenharia econômico-financeira, que traz aporte para isso.

Então, pergunto se é bom ou ruim o seguinte: imaginem um contrato de concessão administrativa de lixo, que é que o Tribunal quer, um contrato sério onde o empresário se dispõe a antecipar toda a qualidade de vida, toda a melhoria de saúde, toda a melhoria de meio-ambiente, de tratamento de água, que um bom trato da limpeza pública pode gerar. Anteciparia o dinheiro necessário, o aterro, o tratamento, todos aqueles requisitos da moderna tecnologia de lixo. Não seria bom para a sociedade que um empresário, ou um conjunto de empresários, mediante uma engenharia financeira, se comprometesse a pegar a importante cidade de Pacaembu e antecipar tudo, fazendo usina, tratamento, preservação da água, da saúde, do meio-ambiente, preservação, enfim, da qualidade de vida? Haveria antecipação do dinheiro e a comunidade devolveria em 35 anos. Eles vão ganhar bastante dinheiro, só que nós começaríamos a viver muito melhor agora, não daqui a cinquenta anos.

Ou seja, esse instrumento é absolutamente importante. Eu sou a favor de que ganhem bastante dinheiro, desde que, repito, desde que melhore tanto ou mais a qualidade de vida que isso enseja. Desvio, fraude, roubo pode ser que venha a ter nesse contrato, como há em outros, e quem mexe com os nossos processos sabe o que o pessoal arma, mas a fiscalização existe.

O importante é que a concessão administrativa só seja feita nos casos que, basicamente, traga maciça antecipação de investimento, e quando traga tecnologia adequada, tecnologia de ponta. A Lei aqui permite que o contrato dure até 35 anos. Por quê? Porque, às vezes, isto é necessário para a obtenção de devolução. Relembrando o caso do METRÔ, quem vai comprar 29 trens feitos especificamente para uma linha se não tiver bastante tempo para recuperar o que investiu, recebendo “pingadinho”, mês por mês?

Também importante é que a concessão administrativa é “bicho próprio”, não é concessão e, por isso, como o Tribunal decidiu, é constitucional.

Também é importante que só se faça a concessão quando couber, ou seja, quando houver maciço investimento e quando trazer uma antecipação de qualidade de vida daquilo que é feito. Isso se traduz, em termos legislativos, em verificar se estão presentes vários requisitos: valor mínimo de 20 milhões, prazo de até 35 anos, ter sistema

de garantia, porque banqueiro não põe dinheiro se não tiver garantia de retorno, com vantagem. Como dizem todos os professores de Direito Comercial, se vocês se depararem com um banqueiro, um investidor, pulando do 30º andar do prédio, corre e pula atrás, porque lá embaixo tem dinheiro. Veja bem, se quiserem investimento da iniciativa privada, tem que dar garantia de retorno, que exige prazo prolongado, e que exista um sistema de garantia, como a Lei prevê. O que não tem cabimento é admitirmos que se dê roupagem de concessão administrativa àquilo que, na verdade, é só um contrato administrativo de prestação de serviço, que queremos estender por 35 anos, porque daí faremos um bom acordo com o prestador de serviço.

Último item. O que a Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico - a Lei nº 11.445, de 2007 - que entrou em vigor no finzinho de fevereiro, *vacatio* de

45 dias, tem a ver com tudo isso que estamos falando? Tem a ver, e tem a ver bastante. O Tribunal vai ter que mudar o enfoque sobre certas questões. Essa Lei foi editada com fundamento no artigo 21, inciso XX, da Constituição, que diz competir à União expedir uma lei sobre diretrizes - é textual - Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico. Começa, evidentemente, dizendo quais são as atividades consideradas de saneamento básico: o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, o tratamento das águas pluviais urbanas, enchente, essa coisa e tal, e a limpeza pública. Então, essa Lei afeta a nossa conversa porque ela trata da limpeza pública. Depois, ela tem preceitos. Veja bem, essa abrangência de atividades está no artigo 3º, e no próprio artigo 3º, combinado com o artigo 7º, que diz o que considera limpeza pública. Ela diz, com um pouquinho mais de detalhes, aquilo que já falei: que é a coleta, o transporte, o tratamento e a deposição de lixo domiciliar e do chamado lixo público. Lixo público

não é o lixo da administração pública, é o lixo dos logradouros, das vias públicas. A lei diz também quais são as atividades que são compreendidas e que veio a confirmar a jurisprudência do Tribunal. São aquelas quatro atividades básicas às quais já me referi.

Como sabemos, o lixo imprópriamente chamado de lixo industrial, e propriamente chamado, agora,

de lixo empresarial, deve ser dado cabo não pela administração, mas pelo usuário-poluidor. Só que a Lei introduziu aqui uma novidade: disse que a administração pode se entender com o particular para ela, administração, assumir esta tarefa e isso é extremamente relevante, como vocês verão, para ela assumir o lixo empresarial, que não seja de manejo obrigatório. Em outras palavras, a administração pode passar a operar o lixo empresarial-domiciliar, mas não pode passar a manobrar o lixo empresarial/tóxico necessitado de manejo especial. Isto decorre de uma convenção, que talvez se chame contrato entre a administração e o empresário, que, evidentemente, vai ter de ressarcir esse serviço, através de taxa, pois quem executa o serviço é a administração, ou através de tarifa, se quem executar for um particular. Isto aqui é chave para entenderem o sistema da Lei.



A Lei nº 11.445, sendo uma Lei federal e, segundo critérios que nos foram dados pelo José Eduardo Cardozo, se aplica aos Estados e Municípios? Quando uma Lei é federal, ou seja, só se aplica à União, e quando é uma Lei nacional, que se aplica também a Estados e Municípios. Temos a Lei de Saneamento Básico, que é uma Lei federal, que se aplica, portanto, à União, e eu quero saber se ela se também aplica a Estados e Municípios. A resposta vai depender do seguinte: se ela for uma Lei de normas gerais, ela se aplica aos Municípios; se ela for uma Lei de normas federais, ela não se aplica aos Municípios. Aí vocês me perguntam como pode uma Lei federal se meter em limpeza pública se a União não faz limpeza pública? Pode, sim. Ela só fixa as normas gerais, e deixa a organização, e a execução, com as administrações municipais.

Eu tinha me preparado para falar mais sobre isso, e agora estou com problema de relógio, a não ser que o relógio do João Eduardo Miguel não funcione. Essa questão é muito tormentosa, mas estou bastante convencido de que essa é uma Lei nacional, de maneira que ela se aplica, sim, a Estados e Municípios. Por quê? Em primeiro lugar, porque ela é uma Lei que traça diretrizes nacionais, não diretrizes federais. Em segundo lugar, observem o que a Lei diz no artigo 1º, e ementa: *“Esta Lei estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, e para a política federal de saneamento básico”*. Ela tem normas federais, que são aquelas normas sobre a política federal de saneamento básico, e tem normas nacionais, que se aplicam, portanto, a todos os entes nacionais.

Segunda coisa, se pegarmos a Lei, verificamos que vai indo bonitinha, fala uma porção de coisas bonitas, e tal, chega num capítulo que diz: *“Da política federal do saneamento público”*. É bem evidente que isto aqui não é nacional, isto aqui é federal, mas o resto é nacional, até porque a palavra que mais aparece aqui é a palavra titular. Titular do quê? Titular do serviço de saneamento, aqueles quatro, água potável, água de chuva, esgotamento e limpeza, aquelas quatro atividades, que são basicamente exercitadas por titulares, administração titular, e via de regra o Município ou o Estado. O motivo é o seguinte: O José Eduardo Cardozo explicou melhor, e nem consigo falar melhor do que ele. O que é uma norma geral? É uma norma que trata direito sobre direito. Olha que coisa interessante! Se pegarmos o que tem de fundamental aqui na Lei, observamos que o que ela traz é uma série de regras de como vai fazer o exercício da titularidade do serviço. Então, ela diz que os titulares do serviço formam a respectiva política pública de saneamento, observando o seguinte: quem falava eu não sei, mas observam-se as regras. E assim vai: adotar por árbitros para garan-

tir o atendimento, considerando os seguintes critérios. Ou seja, ela é direito sobre direito. Ela, basicamente, o que faz é tratar do exercício da titularidade, prevendo, inclusive, as normas que o titular do serviço tem que expedir para cumprir a sua função. É, pois, direito sobre direito, como tal lei geral, que se aplica, portanto, a Estados e Municípios.

Outro critério que o José Eduardo nos deu outro dia é o de que resolvemos bem essa questão da seguinte maneira: o problema que se trata é um problema só da União, ou é um problema de Estados e Municípios? Limpeza pública e saneamento é problema muito mais local do que problema da União, logo a Lei é de norma geral, e ela vale para a gente.

Agora chegando no que vai influenciar os nossos contratos. A Lei disciplina consórcio de prestação de serviço de limpeza pública regionalizado. Esses consórcios, que hoje já existem, como o consórcio da região de Jundiaí, municípios contíguos, ou não, reunindo-se para fazer o serviço, vão ser agora melhor formulados de acordo com critérios que estão na Lei, e que já não dá mais tempo para ler. Segundo, quem vai administrar consórcio municipal, consórcio público municipal de lixo, é quem for escolhido pelo consórcio. No caso de região metropolitana, e São Paulo tem três, se houver consórcio que é voluntário, quem administra, nos termos da Constituição, é o Estado. Isto em região metropolitana, porque é preceito do artigo 25, § 3º.

Para terminar: o que isso influencia no dia-a-dia do operador de direito de licitação e contrato? Primeiro, em matéria de licitação, não há imposição direta. O que há é imposição reflexa do que se altera no sistema de contrato. Falo daqui a pouco. Em matéria de licitação a única regra que interessa, especificamente de licitação, e não por reflexo do contrato que se está fazendo, é que se cria uma possibilidade nova de dispensa de licitação, no artigo 57, que acrescentou o inciso XXVII para dizer que podem ser contratadas, mediante dispensa, essas entidades de catadores de lixo, sem fins econômicos, desde que haja sistema de coleta seletiva, para que possam fazer aquele manejo que fazemos hoje de reciclagem, de uso. Isso é de pequeno porte, como diz expressamente a Lei “está voltada para associação de catador de lixo”. Disposição direta sobre licitação não tem mais nenhuma. Disposição que vai apanhar licitação, mas é direta sobre contrato, há várias.

A Lei estabelece vários requisitos de validade da contratação de saneamento básico e, por tabela, vários requisitos de validade dos contratos de serviço de limpeza pública, com repercussão inclusive no anexo do edital; o contrato há de ser orientado por plano de saneamento básico, que deve ter sido feito antes. A Lei diz que são condições específicas de validade dos con-

tratos de prestação de serviço de saneamento básico. Precisa ter previamente plano de saneamento básico, estudo de viabilidade técnico-econômico e normas de regulação, ou seja, vamos passar a ter atuação de agência reguladora, nos moldes desde a ARTESP, das Rodovias de São Paulo, que funciona mais ou menos bem, até a ANAC, que sabemos como funcionou; vai haver agência de regulação em contratos de prestação de serviço da espécie e com algumas disposições absolutamente malucas.

Olha só uma, só como exemplo de como isso é importante. Há um dispositivo que fala que, quando o serviço é municipal, como

no nosso caso, a agência reguladora pode ser qualquer agência reguladora sediada no Estado. Faço contrato de lixo de Queluz e coloco agência regulatória do Município de Panorama, pode? Segundo, posso colocar não uma agência regulatória de lixo, mas uma que, lá em Panorama, é uma agência regulatória de es-

goto para controlar a qualidade de serviço e direito do consumidor no contrato de lixo de Queluz, que cuida do contrato de saneamento? O que acontece aqui, isso é de duvidosa inconstitucionalidade, mas não é inconstitucional o estabelecimento de entidades e normas regulatórias, que são requisitos de validade do contrato e que repercutem de forma indireta na licitação.

Vou falar mais duas coisas embora, confesso, gostaria muito de discorrer se isso afeta a concessão. Mas não vou cometer essa indelicadeza, falaremos sobre isso em outra ocasião. É bastante sustentável que possa ter afetado a possibilidade de fazer concessão pura, mas isso não vai dar para tratar hoje, vou tratar de uma última coisa. Uma hora eu gostaria muito que conversássemos sobre esse assunto.



Existem exigências de contrato que não existiam antes, de validade do contrato. O que fazer com as licitações que começaram antes e cujos anexos de contrato evidentemente não preenchem estas condições para contratar lixo? É regular ou irregular? Veja bem, o Município de Sergiópolis, ao lado de Tabatinga, fez uma licitação bonitinha para contratar lixo. Só que não previu na minuta anexa ao edital estes requisitos específicos de validade. O contrato para valer tem que preencher os requisitos genéricos que estão lá na Lei de Saneamento Básico, no artigo 58, que tem requisito específico para estes contratos. Pergunto o seguinte: saiu a Lei tem

que fazer tudo outra vez? Ou posso fazer o contrato?

Penso que o Tribunal terá que achar um jeito de aproveitar o que foi feito, em homenagem à seguinte reflexão: a contratação de lixo passa por uma série de etapas, por uma série de atos. Eu creio que o Tribunal vai ter que considerar cada ato, por exemplo, a licitação feita com as exigên-

cias que apareceram depois, um ato jurídico perfeito. Por quê? Porque se não fizermos assim, vamos violar princípios constitucionais muito importantes, tal qual o chamado Princípio da Licitação que, na verdade, vai embutir afronta à moralidade e à economicidade, porque vamos forçar o Prefeito a não fazer licitação, a fazer contratação por emergência, o que priva a exigência constitucional de licitação, priva a exigência constitucional voltada para assegurar economicidade. O Prefeito vai ser impelido a fazer contratação direta que, como sabemos, tem severa restrição à economicidade e à impessoalidade.

Obrigado. ”



## ENCERRAMENTO SOLENE DA 5ª SEMANA JURÍDICA PELO PRESIDENTE ANTONIO ROQUE CITADINI



“Excelentíssimo Sr. Ministro Carlos Ayres Britto, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, nosso conferencista de hoje; Excelentíssimo Ministro Walton Alencar Rodrigues, Presidente do Egrégio Tribunal de Contas da União; Excelentíssimo Conselheiro Victor Faccioni, Conselheiro do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, Presidente da ATRICON; Excelentíssimo Sr. Conselheiro Antonio Júlio Bernardo Cabral, do Tribunal de Contas do Amazonas; Excelentíssimo Presidente do TCE de Sergipe, Conselheiro Carlos Pinna de Assis; e nosso Diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Excelentíssimo Professor Dr. João Grandino Rodas; senhoras e senhores, demais Conselheiros.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, na sequência dos trabalhos da 5ª Semana Jurídica, vai certamente encerrar, nesta tarde, com chave de ouro este ciclo de palestras do mais alto nível, que tem caracterizado, felizmente, a nossa iniciativa de promover encontros com a apresentação de proposições de grande interesse para a fiscalização orçamentária, financeira e patrimonial que compete às Cortes de Contas. Tais certames, abertos aos técnicos da Casa, a advogados, administradores públicos, a eminentes membros das Cortes de Contas do País, universitários, membros do Ministério Público, integrantes dos Três Poderes, das três esferas políticas, têm sempre um duplo escopo: de um lado, trazer a experiência de especialistas no campo universitário, jurídico, judiciário, político, legislativo e administrativo para aperfeiçoa-

mento da fiscalização exercida pelas Cortes de Contas; e de outro, divulgar cada vez mais a missão e o trabalho do nosso Tribunal no cumprimento de suas competências constitucionais e legais, sempre e constantemente alargadas, visando o correto emprego dos recursos públicos, como é imperativo de um regime democrático de Direito. Enfim, para usar a expressão tradicional, obter-se a boa aplicação dos dinheiros públicos no atendimento das necessidades e anseios da coletividade que contribui com esses recursos.

Nessa linha de objetivos ressalte-se da maior importância o tema que logo mais será exposto: “A Judicatura de Contas e seus novos Desafios Hermenêuticos”. Não só pelo tema, mas principalmente pelo eminente expositor, Juiz da mais alta Corte de Justiça do País, Excelentíssimo Sr. Ministro, Professor Dr. Carlos Ayres Britto, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que tanto honrou o nosso Tribunal ao aceitar o convite e aqui comparecer para nos brindar com os seus reconhecidos conhecimentos jurídicos e com o brilho de sua personalidade e inteligência. Judicatura de Contas, ou seja, julgamento de contas, funções jurisdicionais das Cortes de Contas no estrito campo da fiscalização orçamentária, financeira e patrimonial da Administração Pública, seus novos desafios na interpretação desta função do exercício de julgar as contas públicas. Eis, na verdade a matéria que o Excelentíssimo Dr. Ministro Carlos Ayres Britto vai enfrentar e desdobrar entre nós.

Não podia haver melhor coincidência com a nossa Semana Jurídica, por dois motivos: ela se realiza no mês da criação, em 1827, dos cursos jurídicos no Brasil quando a nossa Faculdade de Direito do Largo São Francisco completa 180 anos, e se encerra com a participação de quem melhor pode representar, neste instante particular, ao mesmo tempo, o ensino jurídico e a função jurisdicional, o professor universitário, o juiz de mais alto grau judiciário do País, o eminente Professor e Ministro Carlos Ayres Britto.

Renovo, neste momento, os melhores agradecimentos ao Ministro Carlos Britto e homenagem ao seu Tribunal, o nosso, de todos os brasileiros, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em meu nome e em nome do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e de seus integrantes. ”

17/08/2007

## “A JUDICATURA DE CONTAS E SEUS NOVOS DESAFIOS HERMENÊUTICOS”

DR. CARLOS AYRES BRITTO  
Ministro do Supremo Tribunal Federal

Para realçar a importância da missão dos Tribunais de Contas, o Dr. Carlos Ayres Britto afirmou, na palestra de encerramento, que depois da Constituição, o diploma mais importante a ser seguido no Brasil é a Lei Orçamentária – e perguntou: “Quem é o guardião da Lei Orçamentária?”, respondendo ele próprio: “É o Tribunal de Contas”, acrescentando que o desempenho dos TCs junto à Administração, bem como do Ministério Público e do Poder Judiciário, é um dos caminhos do País para melhorar a vida da população.

O Ministro também destacou em sua aula que a Constituição de 1988, que qualificou como virtuosa (“Não há mais virtuosa”), dá clara independência aos TCs em relação ao Poder Legislativo (“O parâmetro é o Judiciário”) e também atribuições de alta significação, “que vão além do controle de receitas e despesas”.

Observou que a Judicatura de Contas tem muito peso (“É parente próxima da Jurisdição”), lembrando das imposições pecuniárias e da função consultiva-preventiva, bem como do acionamento do Ministério Público para a abertura de ações, especialmente de improbidade administrativa.

No final deu também uma aula de humanismo, sugerindo que todas as pessoas que se dão para a vida, que se esforçam em favor da vida, recebem da vida retribuições que muitas vezes jamais imaginaram.

Na platéia estavam os Conselheiros do TCE/SP Dr. Eduardo Bittencourt Carvalho, Dr. Fulvio Julião Biazzi, Dr. Cláudio Ferraz de Alvarenga e Dr. Renato Martins Costa e o ex-Presidente da OAB, Rubens Aprobato Machado.



“Muito boa tarde para todos. Já cheguei aqui honrado pelo convite de participar deste Congresso, deste Seminário ou Ciclo de Palestras, e ao ser tão carinhosa e efusivamente saudado pelo Presidente Antonio Roque Citadini, meu sentimento de honra ainda ficou mais denso, mais encorpado. Quero fazer uma saudação a todo público presente, que sei que se constitui de eminentes Conselheiros, Procuradores de Contas, Auditores, Técnicos, Servidores Administrativos, Estudantes, e de modo especial, ao Presidente do Tribunal de Contas da União, Dr. Walton Alencar Rodrigues, e ao Dr. Carlos Pinna de Assis, meu Conselheiro lá do Tribunal de Contas do Sergipe, Presidente daquela Casa, meu conterrâneo e amigo pessoal de tantos anos, a quem não perco

a oportunidade de render minhas homenagens, meu afeto e minha admiração. Ao Dr. Vitor Faccioni, que é Presidente da ATRICON, também querido amigo de longa data, aliás, todos aqui são amigos, como o Dr. João Grandino Rodas, Diretor da Escola de Direito da USP e Desembargador aposentado, e o Dr. Antonio Bernardo Cabral, que é do Amazonas. Enfim, acho que fiz a saudação a todos os membros da Mesa, inclusive ao Presidente, e começo dizendo aos Senhores o seguinte: há uns bons cinco ou seis anos fui procurado pelo Dr. Carlos Pinna de Assis e, com toda cortesia - tão da natureza do eminente Conselheiro - ele me pediu para escrever um texto sobre o regime jurídico dos Tribunais de Contas, dizendo que estava convencido, como eu pessoalmente

estava, de que o Tribunal de Contas era um grande desconhecido do País.

A partir da Constituição de 88, sempre se estudou o Tribunal de Contas, pois foram tecidas aos Tribunais de Contas pelo seu eminente papel institucional, personalidades intelectualmente brilhantes e civicamente admiráveis passaram pelas Cortes de Contas, mas o fato é que o Tribunal de Contas recebera, como efetivamente recebeu da Constituição de 1988, uma formatação inovadora, transformadora, para não dizer revolucionária, e ele me dizia que amiúde percebia que as Cortes de Contas continuavam a merecer uma teorização ou uma referência dogmática, como se a Constituição de 88 não existisse e não introduzisse na arquitetura do Estado Brasileiro essa grande novidade chamada Tribunal de Contas da União, com seus êmulos nos Estados e nos Municípios. E resolvi aceitar o desafio. Eu partilhava dessa preocupação do eminente Presidente, Carlos Pinna de Assis, e escrevi um texto, que vai roteirizar minha exposição de hoje. Não que eu pretenda ler o texto integralmente, fiquem tranqüilos, sei que a conferência lida não tem o teor de atração de uma totalmente oralizada, mas farei as duas coisas.

Trouxe o texto que escrevi, foi publicado em muitas revistas científicas, trouxe aqui um exemplar de uma revista editada pela Escola Superior da Magistratura de Sergipe, com o título “Temas de Direito na Modernidade”. Nesse texto começo por dizer que o Tribunal de Contas da União - eu falarei do Tribunal de Contas da União como se estivesse a falar de todos os demais Tribunais de Contas, porque sabemos que a Constituição, no artigo 75, estende seu tratamento normativo sobre o TCU a todos demais Tribunais, com a cláusula “no que couber”, que é um equivalente semântico do *mutatis mutandis*, mudando o que tiver que mudar – então, digo aqui que o Tribunal de Contas não é órgão integrante do Congresso Nacional, não se confunde com ele, não faz parte das Casas do Congresso Nacional; embora regrado na Constituição, no capítulo versando sobre o Poder Legislativo da União, o Tribunal de Contas atua ao lado do Congresso Nacional, porém, não dentro dele. Não há que se confundir Tribunal de Contas da União com Congresso Nacional. A Constituição, no artigo 44, diz que o Congresso se compõe de dois órgãos, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal; em nenhum momento falou dos Tribunais de Contas, o TCU, mais de perto. Então, da estrutura organizacional do Congresso Nacional, desenganadamente não faz parte o TCU. Os Tribunais de Contas no Brasil inteiro não fazem parte do Poder Legislativo, eles atuam em paralelo ao Poder Legislativo, cumprindo a mesma função de controle externo, mas sempre do lado de fora das Casas Legislativas de qualquer nível federativo.

Agora, mantém o TCU, e lembrem-se sempre que ao falar do TCU estou falando dos outros Tribunais, man-

tém o TCU com o Congresso Nacional um vínculo funcional ou operativo. Ambas as instituições, Congresso Nacional e TCU estão a serviço de uma causa comum, o controle externo de toda a Administração Pública Brasileira, tanto a direta como a indireta, e de quantos venham a aplicar recursos públicos.

É certo que o Congresso tem mais de uma função, ele legisla sobre tudo, ele é chamado de Poder Legislativo porque sua principal função é legislativa. A função legislativa empresta seu nome ao órgão Congresso Nacional. Porém, no que o Congresso Nacional atua enquanto *dominus* senhor do controle externo, conta com a participação do Tribunal de Contas da União; uma só função, digamos assim, controle externo com dois exercentes, o Tribunal de Contas da União e o Congresso Nacional.

Para confirmar esse juízo, essa proposição de que o TCU não se integra na estrutura organizacional do Congresso Nacional, não se acantona na intimidade estrutural do Congresso Nacional, basta lembrar que a referência organizativa operacional do TCU, na Constituição, não é o Congresso Nacional; é, num primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça, o STJ, porque a Constituição diz no artigo 73 que os Tribunais de Contas exercerão, “no que couber”, as atribuições dos Tribunais Judiciários, e que os Ministros do TCU terão garantias, impedimentos, prerrogativas, direitos dos membros do Superior Tribunal de Justiça; e quanto aos auditores do TCU, quando no exercício em substituição ao Ministro, eles serão equiparados em tudo e por tudo ao Ministro eventualmente substituído; quando no exercício da própria auditoria, ou seja, fora da substituição, os auditores do TCU terão direitos, vantagens etc., que são próprios de Juiz de Tribunal Regional Federal. Logo, o parâmetro ou a referência de organização e de funcionamento do TCU não é o Congresso Nacional, é o Poder Judiciário; para dissipar toda e qualquer dúvida quanto a essa pretensa idéia de que o Tribunal de Contas faz parte do Congresso Nacional; equívoco, aliás, no que incide as leis com frequência, até mesmo a Lei de Responsabilidade Fiscal, que dá um tratamento aos Tribunais de Contas como se eles fossem parte integrante do Poder Legislativo, e o fato é que eles não são parte integrante do Poder Legislativo.

Também se diz amiúde, com muita frequência, que os Tribunais de Contas desempenham uma função meramente auxiliar do Poder Legislativo, no caso do TCU, uma função meramente auxiliar, com papel secundário, subalterno em relação ao Congresso Nacional, e isso é outro equívoco. Quando a Constituição diz que o controle externo a cargo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do TCU, na verdade ela está dizendo que não pode haver controle externo, do âmbito do Congresso Nacional, senão com o auxílio do TCU, senão com a obrigatória participação do TCU. Um paralelo ajuda a esclarecer as coisas,

a Constituição também diz, no artigo 127, que o Ministério Público é instituição permanente essencial à jurisdição, e com isso está dizendo que não pode haver jurisdição sem a participação, o contributo, do Ministério Público. Mas assim como o Ministério Público não é subalterno, não é hierarquicamente inferior ao Poder Judiciário, o TCU também não é subalterno, não é hierarquicamente inferior ao Congresso Nacional. Em verdade, são instituições independentes e harmônicas entre si, se ajudam naquilo em que a Constituição indica, consagra como competências partilhadas, e no que não houver competência partilhada os dois atuam em separado, em apartado, sem dar satisfação um ao outro, em última análise.

O Ministério Público faz parte do Estado, claro, mas sem a mediação de nenhum poder, ele não pertence a nenhum dos três poderes. O Tribunal de Contas faz parte do Estado, é órgão estatal, órgão de proa, órgão de existência necessária, de berço diretamente constitucional, com toda a dignidade que é própria dos órgãos diretamente estruturados pela Constituição da República. Porém, não passa o Tribunal de Contas para se atrelar ao Estado, no caso do Tribunal de Contas da União para se atrelar à pessoa jurídica da União, o TCU não passa por nenhum Poder da República, não há intercalação institucional, não há mediação institucional. A característica do Tribunal de Contas da União é fazer parte do Estado diretamente, sem a intermediação de nenhum dos Poderes. Tribunal de Contas e Ministério Público, eles não fazem parte dos Poderes e nem precisam disso para lhes ser reconhecida essa altíssima dignidade constitucional e essa inerência à pessoa do Estado. Logo, essa expressão “com o auxílio do Tribunal de Contas da União” é enganosa, e quantos Tribunais de Justiça, inclusive o Supremo Tribunal Federal, são levados de roldão nesse engano, e freqüentemente ouvimos votos ou lemos textos dizendo que os Tribunais de Contas são meros auxiliares do Poder Legislativo. Nada mais equivocado. Essa auxiliaridade não tem nada a ver com subalternidade, tem a ver, sim, é com o fato de ser uma necessária auxiliaridade, e, portanto, o papel dos Tribunais de Contas é essencial ao exercício do controle externo pelas Casas Legislativas.

Prossigo no estudo para lhes falar que são as duas instituições, as Casas de Contas e os Parlamentos, independentes e harmônicas entre si, volto a dizer, atuando as

Cortes de Contas não do lado de dentro, mas do lado de fora, em paralelo à atuação das Casas Legislativas. Não há coincidência rigorosa em todos os pontos entre as respectivas competências. Das competências que o Tribunal de Contas partilha com o Congresso Nacional, a mais importante delas é o julgamento das contas do Chefe do Poder Executivo. Evidente que o Tribunal de Contas não julga, ele emite um Parecer, quem vai julgar é o Poder Legislativo. O Tribunal de Contas lavra em seara alheia, porque quem vai colher o produto dessa lavra opinativa é o Parlamento, mas em quase todas as outras competências arroladas pelo artigo 71 o Tribunal de Contas atua absolutamente *à latere* do Poder Legislativo, não precisa dele para desempenhar seus misteres constitucionais. O que é de um não é de outro, por isso que a Constituição chega a ser minudente, tanto no indicar as competências do Congresso Nacional, quanto no indicar as competências do TCU; uma indicação, que não é exauriente, porque a lei vai retomar, mas já sinaliza, do ponto de vista dogmático, do ponto de vista científico, que o regime jurídico central do TCU, e por extensão, dos demais Tribunais de Contas, é eminentemente constitucional.

E aqui eu faço uma afirmativa que também não é, pelo menos há uns anos atrás, até quando escrevi, não era corrente fazer: “nenhum Tribunal de Contas é um órgão simplesmente administrativo, todo Tribunal de Contas é um órgão geminadamente ou concomitantemente político-administrativo; político, nos

termos da Constituição, administrativo, nos termos da lei, porque o político está para a Constituição assim como o administrativo está para as leis”. Por isso que Seabra Fagundes dizia que administrar é aplicar as leis de ofício. Seabra Fagundes, de tão pranteada lembrança, amigo pessoal nosso, meu e do eminente Presidente da OAB e advogado brilhante aqui presente, Rubens Aprobato Machado, que convivemos tanto com ele, com aquela doce figura de sábio, ele dizia que administrar é aplicar a lei de ofício. Já Canotilho, o portentoso constitucionalista português, diz o seguinte: a Constituição é o estatuto jurídico do fenômeno político, assim como Rei Midas tornava ouro tudo o que tocava, a Constituição torna político tudo a que se refere. A metáfora é minha, viu? Não é do Canotilho, porque se ele souber disso pode até não gostar do desdobramento que estou dando ao pensamento dele.



Da esq. Conselheiros TCE/SP Fulvio Biazi, Cláudio Alvarenga, Eduardo Bittencourt Carvalho e Conselheiro Joaquim Kennedy Nogueira Barros, do TCE/PI.

A politicidade está para a Constituição assim como a administração pública está para a lei. No artigo 18, a Constituição, ao falar das pessoas políticas, de base territorial, as pessoas federadas, União, Estado, Distrito Federal e Municípios, a Constituição diz que todas elas são organizações político-administrativas. Assim é o Tribunal de Contas. O Tribunal de Contas é uma organização político-administrativa, política nos termos da lei, tem uma estatura de governo, e administrativa nos termos da lei. Sabemos que há uma lei orgânica para cada qual dos Tribunais de Contas, mas o regime jurídico nuclear, nodal, eidético, ou central, de cada Casa de Contas decola diretamente da Constituição Brasileira. Por isso que os Tribunais de Contas são órgãos de existência absolutamente necessária. Mas, para melhor compreensão das Cortes de Contas, também faço uma distinção entre competências, funções e atribuições. Nada é difícil. Vou explicar, espero que numa linguagem bem acessível e didática.

Função, numa linguagem biológica, é atividade típica, é a atividade própria de um órgão. Não há órgão sem função. Não há função sem órgão, função auditiva, função renal, função digestiva, intestinal. E por aí vai. A cada órgão corresponde uma função. A função é a atividade do órgão, com a característica de colocar o órgão em movimento. Quem põe o órgão em movimento é a função. Por exemplo, o Congresso Nacional é um órgão. Qual a sua função? A primeira, legislativa. E a segunda? De controle externo. São essas funções que tiram o órgão da inércia e põem o órgão em estado dinâmico, em funcionamento, que é um estado operativo.

A função é um fim, o órgão é um meio. Por exemplo, o Tribunal de Contas é meio, e o controle externo é fim. A dignidade do Tribunal de Contas não é inata, é derivada. Ele é digno de toda admiração cívica e de todo o regramento constitucional legal, porque está a serviço de uma função da mais alta importância, que é o controle externo.

Então, o Tribunal de Contas vale porque a função de controle externo vale. Diga-se o mesmo do Congresso Nacional. O Congresso Nacional vale porque as suas duas funções valem. O Judiciário vale porque a jurisdição vale. O prestígio do Judiciário é derivado também, porque o que há de finalístico, de fundamental, é a jurisdição.

Todos nós, e o Desembargador Grandino bem sabe disso, todos nós estamos a serviço dos jurisdicionados, estamos a serviço da jurisdição. Nós somos servidores públicos, e, mais didaticamente, servidores do público. Aliás, se eu fosse deputado, eminente Presidente, se eu fosse deputado ou senador, alteraria o nome de servidor público para servidor do público. Acho que ficaria muito mais preciso, muito mais didático. Ficaria mais fácil o servidor público, até o Presidente da República, internalizar que ele é um servidor do público, da população. Enquanto servir a

população é digno de respeito, a partir do momento em que já não serve a população, já não é digno de respeito. Nenhum de nós, Ministro do Supremo, Ministro do TCU. O nosso prestígio é absolutamente derivado. A população é que é o alvo de nossa atividade.

Acontece que para o bom desempenho da função é preciso se dotar cada um desses órgãos de poderes instrumentais, de meios de ação, meios de atuação. Nós chamamos, juridicamente, a esses meios instrumentais, ou de ação, para o desembaraçado exercício da função, ou para o preciso exercício da função, nós chamamos de competências. As competências estão a serviço da função. Arrolam-se competências. A Constituição se dá ao trabalho de por conta própria listar as competências do Tribunal de Contas, da União, do Congresso Nacional, do Supremo Tribunal Federal, para que eles desempenhem a sua função nos termos das competências, que lhe são aquinhoadas, ou adjudicadas.

O desempenho da função passa pelo exercício das competências. É uma lógica. Há um vínculo operacional lógico. A função é adjudicada a um órgão, com as respectivas competências. Então, qual é o meio de desempenhar a função? Exercendo competências. Porém, para que essas competências sejam exercidas de modo desembaraçado, facilitado, a Constituição cria atribuições. Por exemplo, o TCU tem a atribuição do autogoverno, ele elege seus órgãos diretivos, para que melhor o TCU cumpra as suas competências, e desempenhe suas funções, ou sua função.

Então, a atribuição é prerrogativa, é predicamento, voltada à atribuição iniciativa de lei, por exemplo, inicial, do processo legislativo. Atribuição é para que a competência seja desembaraçadamente exercida. E assim como a competência se atrela a função, a atribuição se atrela à competência. Não há confundir função, competência e atribuição.

Função é atividade própria de um órgão. Pressupõe o órgão, tanto quanto o órgão pressupõe a pessoa, até biologicamente, não só juridicamente. Não há pessoa que não seja um feixe de órgãos, que lhe são interiores, internos. Então, na origem das coisas está a pessoa, com os seus órgãos. A cada órgão corresponde uma função, que será exercida nos termos de cada competência. E para que a competência seja desembaraçadamente exercida é que a Constituição cerca todas elas de atribuições. Toda a capacidade de autogoverno, de auto-administração, organizar seus serviços auxiliares, fazer concurso, abrir licitação, ou nomear servidores, ou exercer atividade correcional, tudo isso é atribuição para o bom exercício da competência.

Agora, não confundir também prerrogativas do órgão, TCU, com prerrogativas dos Ministros do TCU. Os Ministros têm prerrogativas. Por exemplo, inamovibili-

dade nem se fala, irredutibilidade dos vencimentos, vitaliciedade. Essas prerrogativas não são do órgão, são do agente do órgão, para que o agente exerça o seu cargo altivamente, sem subalternidade, com independência, sobretudo perante os demais colegas, os mais antigos, e perante o Presidente da República, ou o Governador do Estado, conforme o caso. Com essas prerrogativas, com esses predicamentos, com esses super direitos subjetivos, fica mais fácil o exercente de um cargo de estatura constitucional agir com total independência do poder político, inclusive perante aquele que o nomeou, porque uma coisa é gratidão pessoal pela nomeação, e outra coisa é gratidão funcional, ou institucional. Por exemplo, no âmbito da magistratura, ninguém chega a um Tribunal Superior, ao Supremo Tribunal Federal, sem ser nomeado pelo Presidente da República. Mas não se paga isso com a toga, jamais. É preciso separar bem as coisas.

Depois eu avanço no texto - o Presidente Carlos Pinna sabe de cor e salteado esse texto. Nós já conversamos muito sobre ele - para dizer que há uma judicatura de contas, porque os Tribunais de Contas julgam, julgam os administradores. Os Tribunais de Contas, na verdade, têm muitas funções, aliás, muitas competências. Função é uma só, controle externo, mas tem competência sancionatória, tem competência corretiva, de equívocos, tem competência judicante, tem competência consultiva. São muitas competências a serviço de uma só função, que é de controle externo.

Quando julga, o TCU, assim como os Tribunais de Contas quando exercitam essa competência do julgamento, nenhum deles exerce jurisdição propriamente dita. Eles não exercem a jurisdição, porque o típico da jurisdição é o seu impulso externo, não é ex-ofício. O Judiciário trabalha por provocação das partes, do Ministério Público. Ele não tem o auto-impulso, quem tem o auto-impulso é a administração pública. Os Tribunais de Contas também laboram no plano do auto-impulso.

Não há necessidade da presença do advogado nos Tribunais de Contas, em linha de princípio, porque a Constituição, quando fala da imprescindibilidade do labor advocatício, é no âmbito da jurisdição, tanto que diz, no artigo 133, que o advogado será inviolável no exercício de suas atividades. Porém, antes, deixou claro que a advocacia é atividade essencial à jurisdição.

A jurisdição se dá, em boa verdade, a partir dos juízes, dos promotores e procuradores, dos advogados, e, mais

recentemente, dos defensores públicos, dos advogados públicos. Mas o fato é que a judicatura de contas é uma judicatura, mas não é uma jurisdição; entretanto, tem a jurisdição várias características. Por exemplo, quando os Tribunais de Contas julgam o mérito de uma despesa, ou de uma receita; quando eles emitem um juízo de legalidade, ou de regularidade de contas, no plano da gestão patrimonial, contábil, orçamentária, financeira, operacional; quando os Tribunais de Contas decidem nesse plano de mérito, quanto a essas cinco gestões, e mais, quanto à economicidade, à eficácia, à eficiência. Quando o Tribunal assim labora, o TCU, no plano federal, os outros laboram no plano estadual e municipal, no caso daqueles onde houver Tribunais de Contas dos Municípios.

Então, quanto ao mérito de suas decisões, os Tribunais de Contas decidem em última instância. A característica é a da, própria desses julgamentos de mérito. O que se pode é acionar o Poder Judiciário para a defesa do que nós

chamamos de garantias constitucionais do processo. Por isso que a Constituição diz, ainda, quanto ao TCU, que cabe junto ao Supremo, competência originária do Supremo, e contra o TCU, *habeas corpus*, mandados de injunção, mandados de segurança e *habeas data*. São essas as ações constitucionais previstas junto ao Supremo contra atos do Tribunal de Contas da União. Mas para quê? Para rever o mérito das decisões tribunalícias de Contas? Não, para assegurar às partes as chamadas garantias constitucionais do processo, direitos subjetivos à ampla defesa, ao contraditório.

Quando os Tribunais de Contas, nos processos de contas, que não são nem processos parlamentares, nem processos judiciais, nem processos, singelamente, ou secamente administrativos, há uma antologia; os processos de contas têm assento constitucional, previsão constitucional, com regulação a partir da Constituição, e não se confundem. Não são processos administrativos, não são processos parlamentares, não são processos jurisdicionais.

Quando, no curso de um processo de contas, alguém já se coloca na condição de acusado, ou litigante, aí, sim, é preciso abrir o contraditório, é preciso abrir a ampla defesa. A garantia do devido processo legal, que só será devido se incorporar o contraditório e a ampla defesa, aplica-se também aos Tribunais de Contas. Onde houver um litigante, onde houver um acusado, há que se instaurar o devido processo legal, antes disso não. Mas os



Da esq. Dir. Geral Sérgio Rossi, Conselheiro TCE/SP Renato Martins Costa e Conselheiro Maurício Faria Pinto, do TCM/SP.

Tribunais de Contas ainda têm um parentesco consanguíneo com o Poder Judiciário. Então, a judicatura de contas é parente próximo da jurisdição. É que os juízes decidem por critérios objetivos de – nós chamávamos assim antigamente. – subsunção, de fatos, pessoas, documentos, às normas em abstrato, às normas objetivas.

Enquanto o parlamento, por exemplo, julga por critérios de conveniência e oportunidade, que são critérios discricionários, e, portanto, subjetivos, nenhuma Corte de Contas tem discricionariedade nesse ponto. Todas só podem julgar, só podem exercer a sua função, auditoria, inspeção, tendo em conta a technicalidade, ou a objetividade das normas, sob as quais as Cortes de Contas atuam. O Conselheiro, o Ministro de Contas, todos são juízes no seu *modus operandi*. Eles não podem emitir julgamentos, exarar julgamentos, senão objetivamente. E nisso há também uma identidade entre a judicatura de contas e a jurisdição propriamente dita. Não há juízo de conveniência, de oportunidade, de necessidade, no âmbito dos Tribunais de Contas, só há juízo de legalidade, de constitucionalidade, agora, sob o ângulo da gestão patrimonial, contábil, operacional, financeira, orçamentária.

Mas há um terceiro ponto de contato entre a judicatura de contas e a jurisdição. É que os Tribunais de Contas não governam, eles não são órgãos de governo, eles não gerem, não conduzem os interesses da sociedade como um todo, absolutamente. O Judiciário também não governa. Quem governa é essa dupla: Poder Legislativo, Poder Executivo. Esses dois poderes são eminentemente políticos, e político-eletivos. Eles se investem nos respectivos cargos, depois de ungidos na pia batismal do voto. Não há voto no âmbito dos Tribunais de Contas como condição de investidura. Não há voto popular no âmbito do judiciário como condição ou requisito de investidura.

Juízes, Conselheiros e Ministros de Contas, Juízes de Direito, Desembargadores, Ministros Judiciários, eles não têm do governo a função, mas eles têm do governo a força, a força de impedir o desgoverno. Eles são instâncias impeditivas do desrespeito às leis, e à Constituição. E não há desgoverno maior do que o que afronta, ofende, a Constituição. As duas instituições, a jurisdicional e a de contas, elas são guardiãs da Constituição, e da legalidade. E tem mais, tanto o Judiciário quanto as Cortes de Contas não se limitam, depois da Constituição de 88, a examinar a legalidade de despesas e receitas públicas, vão além.

O primeiro parâmetro, ou o primeiro controle de aferição da legalidade e da regularidade, vamos chamar, para simplificar, de contas, o primeiro parâmetro é a Constituição, depois a lei. Mas é preciso ver o modo como a lei foi administrativamente aplicada. Os Tribunais de Contas fazem isso, e o Judiciário também faz isso, porque tem que ser um modo impessoal, público,

eficiente e moral. É a cabeça do artigo 37, que diz que são princípios regentes de toda a atividade administrativa, a legalidade, mas não só ela, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Esse artigo 37 é revolucionário, porque tornou o Direito maior do que a lei. “O Direito começa com a lei – logo abaixo da Constituição – mas não se esgota na lei.” É preciso que a lei seja aplicada por este modo, impessoal, moral, eficiente e público. Sem falar na igualdade, que está no artigo 19 da Constituição e no artigo quinto, cabeça. De maneira que há, no artigo 37, a consagração de um princípio que poderíamos chamar de juridicidade. É um continente. E quais são os conteúdos desse princípio da juridicidade? A legalidade, a impessoalidade, a moralidade etc. E os Tribunais de Contas velam por tudo isso, tanto quanto a magistratura. Logo, há pontos de contatos, muitos, entre a jurisdição de contas e a atividade propriamente judicante, que é típica do Poder Judiciário. Mas é preciso lembrar que no âmbito dos Tribunais de Contas, dos processos de contas, há o impulso externo. Aliás, o Tribunal de Contas pode agir por impulso externo, mas não precisa dele. E a presença dos advogados também não é rigorosamente necessária.

Em Portugal, os Tribunais de Contas fazem parte do Poder Judiciário. Vocês já perceberam isso, não é? Quando a Constituição portuguesa cuida do Poder Judiciário embute os Tribunais de Contas. A nossa não fez assim.

Bem, vou terminar esta parte, dizendo que há um vínculo, também, muito lógico, entre os Tribunais de Contas e o sumo princípio da República, o princípio republicano. Os Tribunais de Contas existem porque o princípio republicano existe, porque os Tribunais de Contas exercem o controle externo da administração pública, e de todos quantos, nos termos do artigo, acho que é o 71, lidem com receitas públicas, verbas públicas, dinheiros públicos, valores públicos.

Em última análise, o que faz o Tribunal de Contas nesse mister é tomar satisfações de todos que tenham, ou permanentemente, ou eventualmente, cuidado dos interesses da coletividade. Quem cuida de tudo, o que é de todos, ainda que eventualmente, quem cuida de tudo, o que é de todos, submete-se ao controle dos Tribunais de Contas. E República é isso, *res publica*, coisa pública, coisa de todos. E um elemento conceitual da República é a responsabilidade pessoal, a responsabilidade rigorosamente pessoal. Chega a ser um dado conceitual da República.

Quando da monarquia, a nossa Constituição dizia o seguinte: a pessoa do Imperador é sagrada, inviolável, irresponsável. E irresponsável juridicamente, lógico, senão seria uma ofensa muito grande. Então, a pessoa do Imperador era irresponsável, inviolável, e sagrada. Na República, ninguém é irresponsável juridicamente,

ninguém é sagrado, ninguém é inviolável. Por isso que a Constituição, cuidando da República, desse elemento conceitual da República, que é a responsabilidade pessoal, teria que fazer, como fez, da prestação de contas um princípio, um princípio que, se não cumprido, acarreta uma pena duríssima no âmbito federativo, que é a intervenção, artigos 34 e 35. A prestação de contas está lá, dos Municípios e dos Estados, como um princípio, e uma prestação de contas que há de se dar nos termos, rigorosamente, da lei orçamentária, porque a lei orçamentária, versando sobre receitas e despesas públicas, é a mais importante das leis infraconstitucionais no cotidiano da administração pública. Depois da Constituição, é uma lei que para a administração pública é superior a todas as outras, tanto que, se o Presidente da República descumprir a lei orçamentária incide em crime de responsabilidade. Acho que é o artigo 85, nº. 6, crime de responsabilidade, no que diz respeito à lei orçamentária. E quem é o guardião por excelência da lei orçamentária? O Tribunal de Contas. Então, vejam como o Tribunal de Contas está a serviço dos mais excelso princípios de estatura constitucional.

Teoricamente, vivemos no melhor dos mundos. O Brasil é rigorosamente primeiro mundista. Se o Brasil não é primeiro mundista, segundo categorias econômicas, sociais, ou tecnológicas, ou científicas, juridicamente, o Brasil é um país de primeiro mundo, e não deve nada a ninguém.

A nossa Constituição, estruturante do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, de modo assim tão obsequioso, da moralidade, da eficiência, da publicidade, da impessoalidade, legalidade, essa nossa Constituição é superior à própria Constituição Portuguesa de 1976. Não há Constituição no mundo mais virtuosa do que a nossa. É a Constituição que melhor tratou a democracia; seja a democracia formal, ou procedimentalista, também chamada de Estado Democrático de Direito; seja a democracia substancialista, do Estado de Direito Democrático; seja a democracia fraternal, a moderníssima democracia fraternal. Ninguém supera a Constituição Brasileira; pelo contrário, todas as outras

Constituições do mundo civilizado ficam aquém da nossa Constituição.

Vivemos no melhor dos mundos, melhor aparato jurídico impossível, entretanto o nosso país deixa muito a desejar no plano da distribuição de renda, no plano da moralidade administrativa, no plano da dependência externa da nossa economia, digamos assim, uma economia ainda muito financeirizada, que privilegia muitos rentistas e não os investidores, mais os especuladores do que os investidores. É uma economia que convive com a informalidade. Temos uma economia informal, bem encorpada, que cresce sem a menor cerimônia. Passeamos pelas ruas das grandes cidades, e encontramos debaixo das marquizes, e dos semáforos, mendigos, levas de mendigos, moradores de rua, dividindo com a sarjeta as suas últimas sobras de gente. Inclusive em Brasília, a capital do país, prostituição infantil, essa ignomínia, há trabalho escravo, trabalho infantil. É um país que

maltrata a macro maioria de sua população, que vive de péssimo para ruim. Só uma micro minoria que vive de bom para ótimo. Não há como esconder essas assimetrias, até obscenas e imorais, da nossa sociedade brasileira. Não há como também negar que o Brasil é renitente no patrimonialismo, patrimonialismo que confunde o espaço público com o privado, não faz a distinção entre o que é do público e do privado. É um patrimonialismo que tem no nepotismo uma das suas piores manifestações. No Brasil se

confunde tomar posse no cargo e tomar posse do cargo. Não há como esconder que a corrupção responde pela exclusão social da maioria do povo. As coisas estão associadas.

Vou ler um pequeno trecho de Marcelo Neves. É um jurista pernambucano da mais forte compleição intelectual. Diz ele: “A corrupção sistêmica se associa ao problema da exclusão. De um lado, a sub inclusão significa que amplos setores sociais dependem das exigências dos subsistemas da sociedade mundial complexa. Tem conta no banco, educação formal, saúde etc., mas não tem acesso aos respectivos benefícios, os sub incluídos.” Diz ele: “No campo do Direito, isso implica subordinação aos deveres



*Da esq. Presidente do TCU, Ministro Walton Rodrigues, Conselheiro/SP Fulvio Biazzi, Ministro Ayres Britto, Presidente Roque Citadini, Conselheiros/SP Cláudio Alvarenga, Eduardo Bittencourt Carvalho e Renato Martins Costa e ex-Presidente da OAB Rubens Aprobato Machado.*

impostos pela ordem jurídica, mas falta de acesso a direitos básicos. De outro lado, a sobre inclusão significa que certos setores privilegiados têm acesso aos benefícios dos sistemas sociais, mas não se subordinam às suas imposições restritivas, o que implica em exercícios dos direitos sem subordinação a deveres.” É um artigo publicado na Folha de São Paulo, do dia 27 de junho de 2007.

Também Eduardo Lins da Silva, num rompante de santa indignação, bradou: “A corrupção é nefasta, não apenas por ser imoral. Ela é uma das causas mais profundas da ineficiência, de aumento de custos em qualquer organismo no qual ocorra.” Folha de São Paulo – 10 de junho de 2006.

O Padre Antonio Vieira, no século XVII, ele, vendo que os portugueses vinham para aqui enriquecer, para praticar um verdadeiro saque no nosso patrimônio, nas nossas incipientes finanças, ele disse o seguinte... Isto aqui era chamado de Índias Ocidentais, porque Cristóvão Colombo pensava que havia chegado a Ásia, e chamou a América de Índias Ocidentais. Então, num trocadilho muito bem posto, o Padre Antonio Vieira dizia: “os Governadores chegavam pobres às Índias ricas, e saíam ricos das Índias pobres.” Nada mais atual do que isso.

O fato é o seguinte: há um paradoxo. Nós temos a melhor Justiça do mundo em abstrato, e uma das piores do mundo na prática. O que está faltando? Por que esse fosso, esse abismo, esse descompasso? Por que tantas assimetrias entre um discurso belíssimo e uma prática muito feia, que nos deprime, que desalenta a própria cidadania, desgasta até o nosso sentimento de patriotismo, de brasilidade? Bem, eu diria o seguinte: nós temos historicamente fatores negativos, e muitos. São superáveis, mas resistem. Mas são negativos. Enquanto nos Estados Unidos a colonização se deu por efeito de uma empreitada da iniciativa privada, religiosos, ungidos por dissidências da Inglaterra foram fundar uma nova pátria na América do Norte, portanto romperam o cordão umbilical com a metrópole, e ali chegaram para ficar, construindo a nova pátria, os portugueses chegaram aqui ao Brasil para enriquecer no menor espaço de tempo possível, e retornar à metrópole. E a colonização se deu por meio de uma empreitada governamental, oficial, estatal. Tudo é bancado pelo governo português, todas as terras foram declaradas públicas. Todos os cargos aqui eram públicos. Implantamos uma burocracia estatal para índios. Imaginem o que ao longo do tempo não foi surgindo de delação, de autoritarismo, de corrupção com as autoridades centrais, morando não no Brasil, mas lá, em Portugal.

Quando proclamamos a nossa Independência, não optamos pela República. Os Estados Unidos optaram pela República e nós optamos por uma forma concentracionária de poder, muito mais autoritária, muito mais elitista. O Império, a Coroa. Nós tivemos reis. O Brasil é

o único país da América Latina que teve reis, com todos os títulos nobiliários, que sabemos que são próprios da monarquia: duques, condes, duquesas, marqueses etc. As casas dos príncipes, dos reis, eram chamadas de palácios. Não Casa Rosada, como da Argentina. Não Casa Branca, como dos Estados Unidos. E não optamos por uma forma de Estado também descentralizado, optamos por um centralizado. O Estado Brasileiro era unitário. Diferentemente dos americanos, o Estado era federal. Eles experimentaram a Confederação em 1776, mas em 1787 a Federação. E há resquícios de monarquia, resquícios de império, resquícios de autoritarismo aqui no Brasil, que resistem. Há até uma estrutura jurídica de tão boa concepção, como a brasileira, de 1988.

O nosso desafio é superar essas deficiências históricas, a partir de uma postura que na última copa do mundo se tornou recorrente. Dizem que o Brasil perdeu a copa do mundo, mesmo sendo desenganadamente o melhor time de futebol, perdeu por falta de atitude, de empenho, de disposição para buscar o resultado, e o troféu. Então, nós, operadores do Direito, líderes jurídicos, intérpretes do Direito Constitucional, das leis, não temos, na minha opinião, essa gana, essa raça, esse ímpeto de fazer a justiça em abstrato, que é muito boa, uma realidade, algo concreto: fazer da melhor normatividade a melhor experiência. Eu acho que uma característica central de todos nós, operadores jurídicos, é uma certa leniência, é uma certa frouxidão. Precisávamos de mais firmeza de compromisso, uma disposição permanente para descobrir nos dispositivos jurídicos franjas que sejam de normatividade, agasalhadoras, do justo real, do justo concreto.

E os Tribunais de Contas têm um papel insubstituível nisso. Enquanto os magistrados dos Tribunais são de notável saber jurídico, é o que diz a Constituição, pelo menos devem ser, a Constituição exige muito mais para os Conselheiros e Ministros de Contas. A Constituição exige conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros, contábeis, de administração pública, para que no exame da legalidade e regularidade das contas este nosso país seja passado a limpo. Há um espaço de cidadania, um espaço de atuação jurisdicional, à espera das Cortes de Contas. Elas ainda não têm preenchido na devida conta, sem trocadilhos, esse espaço. Há um êmulo, há um paradigma, há uma referência, o Ministério Público. O Ministério Público foi tão bem tratado pela Constituição quanto os Tribunais de Contas, mas os Ministérios Públicos têm se alçado à admiração da coletividade mais do que os Tribunais de Contas. O Judiciário está a meio caminho, também deve muito à sociedade.

Eu também entendo - é uma opinião rigorosamente pessoal e me exponho a todas as críticas - sem querer destilar conhecimentos originais e muito menos sapiên-

cia, mas eu entendo o seguinte: que nós, da área jurídica, e aí eu incluo todos os Conselheiros, nós somos muito cartesianos, lidamos muito com a razão, com a lógica, o cálculo, o método, a análise. Nós usamos muito esse lado esquerdo do cérebro. O cérebro tem duas dimensões, uma esquerda, que é racional, onde se aloja a mente, a inteligência, o intelecto, três palavras sinônimas, inteligência, mente e intelecto, tudo aqui do lado esquerdo, que é o lado do cálculo, do planejamento, do pragmatismo, o lado da segurança. As pessoas primam muito por segurança, e gostam desse lado esquerdo. É o lado do lucro, é o lado da competição, da competitividade, às vezes até predatória, no mesmo ambiente de trabalho.

E há o lado direito do cérebro, que é o lado do sentimento, que é sinônimo de alma, o coração. Não é o coração esse músculo cardíaco, é o coração neurônio. Há uma dimensão coração aqui no cérebro. E essa dimensão do sentimento, da alma, do coração, é intuitiva, não é reflexiva. A mente existe para refletir, o sentimento existe para intuir. E pela intuição nós chegamos muitas vezes com mais facilidade à justiça real, material, carne e osso, à justiça do caso concreto. Páris e Menelau disputando o amor de Helena, mais do que com o lado esquerdo. E quando nós sabemos manejar os dois lados do cérebro com equilíbrio, partejamos um rebento, que se chama consciência. Essa consciência de que falava Pascal: “ciência sem consciência é a ruína da alma.” E antes ele disse: “O coração tem razões que a própria razão desconhece.” Uma das frases mais recorrentes da cultura ocidental. E Saint Exupéry dizia: “o essencial é invisível aos olhos.” Com isso o coração é que percebe. E Vinicius de Moraes dizia assim: “a vida só se dá para quem se deu.” Ou seja, a vida só se dá por inteiro a quem por inteiro se dá à vida. Por inteiro, ou seja, manejando os dois lados do cérebro, o racional, que é o cartesiano, e o emocional, que é poético, é místico, é criativo. Toda a criatividade vem do lado direito. A mente é o espantinho da criatividade, é o espantinho do novo. Ela descobre coisas pré-existentes, mas o virginalmente novo só acontece por efeito da criatividade, que vem do coração, vem do sentimento, vem da alma.

Mas nós, operadores, temos vergonha de operar o nosso lado talvez melhor, o nosso lado feminino, que é o lado direito, é o lado da sentimentalidade. Isso não prejudica em nada a nossa masculinidade. Sucede – e vou terminar – que para usar o lado direito é preciso coragem, porque quem usa o sentimento perde o controle das coisas. Quem não perde o controle das coisas é o puramente lógico, racional, cartesiano. Este controla tudo. Mas quem usa, e se abre para os mistérios da vida, os apelos do justo concreto, que tudo é vivo, e o justo concreto é vivo também, tem voz, e apela, corre muito risco. Em francês, “courage” significa coragem,

vem do substantivo “Ker”, coração, mais o sufixo ágil, o agir do coração significa coragem. Aquele que abre seu coração, que solta as amarras do navio, que é o coração, ele é como uma casa sempre aberta. E o que sucede com uma casa sempre aberta? Pode entrar um vento mais forte a qualquer momento, digamos assim, a chuva, o vento mais furioso, a chuva mais forte, a mais fria madrugada. Mas a pergunta que interessa é a seguinte: de que serve uma casa sempre fechada? Vamos correr riscos, perder mesmo o controle das coisas. Vamos nos expor às críticas. Mas o nosso compromisso é com o justo, o concreto, é com a moralidade administrativa, é com a eficiência administrativa, é com o combate ao desperdício. Neste país chega-se até a dizer que 30% de tudo que faz é desperdício. Que coisa impressionante!

Bem, os desafios hermenêuticos são esses: primeiro, essa pré-disposição para compreender o Tribunal de Contas, o sistema de contas, os sistemas dos Tribunais de Contas; o Carlos Pinna disse “o sistema Tribunais de Contas”. É preciso entender esse sistema, buscar na Constituição a ontologia, a funcionalidade dos Tribunais de Contas, item por item, ponto por ponto, e se orgulhar da condição de Auditor, Procurador de Contas, Conselheiro, Técnico, funcionário de contas. E se orgulhar disso, que é uma maneira cívica, incomparável e ética de servir ao país. E ver, com essa pré-disposição, para passar o país a limpo, ver o Direito com um novo par de olhos.

E a história que vou contar para me despedir dos senhores é a seguinte. Eu li em Eduardo Galeano. “Um garoto queria conhecer o mar, e o pai prometeu que um dia o levaria para conhecer o mar. Assim aconteceu, dentro de oito ou dez dias. Andaram, andaram, por um areal, o pai queria proporcionar ao garoto uma ante-sala arenosa. Foram lá, subiram numa duna muito alta, e de repente o garoto e o pai passaram a divisar aquele colossal, monumental, aquela monumental estrutura líquida, que é o mar. E o garoto ficou mudo de tanta beleza. Ahn! Cambaleante o corpo e tremendo cada corda vocal, disse: “Pai, ajude-me a ver.” É este par de olhos que leva um garoto a se admirar do que é admirável, a beleza do mar. Aliás, as crianças se admiram de tudo, porque tudo é admirável. É com esse novo par de olhos que precisamos ver a Constituição Brasileira, e as leis brasileiras, e assim realizarmos aqui no nosso país o mais ansiado de todos os sonhos, uma população verdadeiramente feliz, um país decente.

Muito obrigado. ”











editoração, ctp, impressão e acabamento

**imprensaoficial**

Rua da Mooca, 1921 São Paulo SP  
Fones: 6099-9800 - 0800 0123401  
[www.imprensaoficial.com.br](http://www.imprensaoficial.com.br)

