

ISSN 012-7751

REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

REVISTA EDITADA PELA SEÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO

SUPERVISÃO

Conselheiro Paulo César de Ávila e Silva

COORDENAÇÃO

Vânia de Fátima Pereira

(Chefe da Seção de Documentação)

ORGANIZAÇÃO

Lilia Marcia Pereira Vidigal de Oliveira

(Bibliotecária)

REVISÃO

Carmen Regina Oliveira de Souza Cremasco

(Bibliotecária)

Toda correspondência deve ser dirigida a esta Seção - TRIBUNAL DE
CONTAS DO DISTRITO FEDERAL - 70070-500 - SEÇÃO DE
DOCUMENTAÇÃO - Praça do Buriti - Ed Costa e Silva - Subsolo - Brasília-DF
- dsg.sedoc@tc.df.gov.br

Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal,
nº 1 - 1975 -

Brasília, Seção de Documentação, 2003

CDU 336.126.55(81)(05)

ISSN 012-7751

TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

COMPOSIÇÃO DE 2003

Conselheiros:

Manoel Paulo de Andrade Neto - Presidente
Paulo César de Ávila e Silva - Vice-Presidente
Marli Vinhadeli
Ronaldo Costa Couto
Jorge Caetano
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Antônio Renato Alves Rainha

Auditor

José Roberto de Paiva Martins

Ministério Público

Márcia Ferreira Cunha Farias - Procuradora-Geral
Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira
Demóstenes Tres Albuquerque
Inácio Magalhães Filho

SUMÁRIO

DOCTRINA

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES

Principais argumentos de defesa nos Tribunais de Contas 9

Princípio da ampla defesa e do contraditório nos Tribunais de Contas:
uma visão prática 25

INÁCIO MAGALHÃES FILHO

O instituto do estágio probatório e da estabilidade em face da promulgação
da Emenda Constitucional nº 19/98 33

O interesse público, o Ministério Público e os Tribunais de Contas 39

MARCUS ABREU DE MAGALHÃES

O estatuto dos servidores públicos: identificação do Direito positivo
vigente no DF 41

PARECER

JULIANO RICARDO DE VASCONCELLOS COSTA COUTO

Decisão judicial - pagamento de dívida - respeito à parcela prescrita 65

Isenção de imposto de renda no pagamento de aposentadoria tendo
em vista enfermidade prevista na Lei nº 8.541/92 71

Ressarcimento por despesas médicas (acidente em serviço) 73

RODRIGO SIMÕES FREJAT

Aposentadoria por invalidez qualificada - pedido de reconsideração 77

CONTRIBUIÇÃO

VALMIR CAMPELO

O Tribunal de Contas no ordenamento jurídico brasileiro 83

FRANCISCO TEODÓSIO JACINTO

Da responsabilidade dos titulares de cargos públicos, dos funcionários e agentes do estado e das demais entidades públicas 95

LUCIANO WAGNER FIRME

O procedimento de tomada de contas especial na Administração Pública do Distrito Federal 135

DOCTRINA

PRINCIPAIS ARGUMENTOS DE DEFESA NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Conselheiro do TCDF

Tema que vem assumindo relevância, na prática administrativa, são as ações dos Tribunais de Contas relativas as exceções substanciais que dirigem-se ao mérito da demanda e objetivam o julgamento pela regularidade das contas. Isto distingue o procedimento dessas Cortes de qualquer outro tipo de julgamento feito pelos órgãos do Poder Judiciário, que deveria ensejar permanente atenção dos administradores e gestores públicos, a preservarem a instância especial de julgamento de seus atos.

Efetivamente, tendo como missão avaliar a legalidade, em seus julgamentos, essas Cortes especializadas se aproximam das que integram o Poder Judiciário. Apreciando a legitimidade, a economicidade, a eficiência e a eficácia, colocam-se em plena consonância com as mais nobres aspirações da sociedade, que não se conformam com o desperdício, negligência e ineficiência de setores da Administração Pública.

Para o administrador, esse amplo espectro constitui uma garantia de valoração da sua conduta à vista da realidade e das dificuldades em que se encontra o agente na realização de atos concretos para a satisfação do interesse público.

Além de sustentar a regularidade da conduta, podem os envolvidos expender considerações e trazer à defesa argumentos de outras ordens.

Alguns exemplos de defesas substanciais evidenciarão a nobreza da atuação das Cortes de Contas.

1.1. regularidade da conduta

Pode ainda o agente apresentar defesa demonstrando que, nas circunstâncias, não era exigível, juridicamente, outra conduta, ou que a sua não era injurídica.

Tal hipótese apresenta seu fundamento jurídico no art. 188, do Código Civil Brasileiro¹.

Esclarece o art. 929: “se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”.

A norma civilista deve ter flexibilizada sua rigidez ao ser transportada para a órbita do Direito Administrativo. Embora não caiba ao agente público deliberar pelo sacrifício de um bem para salvar outro bem ou resguardar um valor jurídico, é ilógico pretender que só sirva de excludente quando a causa do perigo for uma conduta da própria Administração, porque estar-se-ia inviabilizando a excludente de responsabilidade civil.

Nesse largo campo, há uma realidade inafastável: a necessidade de conhecer os fatos, para que a concretização da norma resulte em Justiça.

Um caso elucidará melhor essa defesa: um motorista de uma ambulância, atendendo chamado de emergência, necessitando imprimir maior velocidade em face da gravidade noticiada, acaba por perder o controle do veículo, trazendo prejuízos ao erário pela danificação². É ilustrativo considerar inúmeros aspectos

¹ Que tem a seguinte redação: Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. Vide também arts. 929 e 930.

² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 3486196. Processo nº 6.816/94. Parecer do MP/TCDF 521196, de 26 de abril de 1996. Relator: Auditor Osvaldo Rodrigues. Brasília, 07 de maio de 1996. *Diário Oficial do Distrito Federal*, 14 maio 1996, p. 3891 a 3902. Parecer do MP: não publicado.

subjacentes ao fato: se, de um lado, um percurso que deveria ser feito com excesso de velocidade justifica o dano, de outro, nada autoriza a imprudência que a pretexto de socorrer um acidente, justifique causar outros acidentes. Só o caso concreto, a perícia e as declarações do agente poderão fazer o julgador efetivar a Justiça.

1.2. quitação

Outra exceção substancial, ou defesa de mérito, é a quitação do débito.

Na ocorrência de um dano ao erário, o agente espontaneamente decidiu pagar o valor correspondente, fazendo jus à declaração de *quitação* pelo Tribunal de Contas.

Na tomada de contas especial, por exemplo, a quitação é um dos principais objetivos, tanto que a citação é feita para o agente pagar ou se defender, mas a sua ocorrência não implica, necessariamente, no julgamento pela regularidade, conforme já foi dito.

A alegação de quitação deve vir acompanhada do respectivo comprovante de ressarcimento do dano.

1.3. outras alegações de defesas

Considerando o amplo conjunto de fatos que justificam a instauração de processo de contas especiais, por exemplo, é possível asserir que a cada um deles corresponderá uma possibilidade de defesa pela correspondente negativa.

Em todas as hipóteses, deve a defesa esmerar-se em trazer aos autos todos os argumentos que possam beneficiar o agente, em virtude do princípio da eventualidade, e juntar as provas das alegações³.

1.3.1. na omissão do dever de prestar contas

Na TCE instaurada por omissão no dever de prestar contas, por exemplo, deverá o agente demonstrar que não foi omisso e as contas foram prestadas, ou que houve uma justa causa para a omissão.

³ No Processo, que gerou a Decisão nº 17/1996, a defesa foi rejeitada porque veio aos autos desacompanhada de documentos que comprovassem as alegações do interessado: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 17/1996 – Segunda Câmara. Processo nº TC-279.100/93-0. Relator: Ministro Iram Saraiva. Brasília, 08 de fevereiro de 1996. *Diário Oficial da União*, 22 fev. 1996, Seção 1, p. 2927.

A jurisprudência abaixo elucidará melhor a sistemática de julgamento das Cortes de Contas.

Num processo de TCE, em que se discutia a omissão no dever de prestar contas, o relator do feito, em face do longo decurso de prazo entre o repasse de verbas e a cobrança da prestação de contas e, especialmente, porque o órgão instrutivo não demonstrou que de fato ocorreu o repasse de verbas, decidiu considerar as contas ilíquidáveis sem imputação de débito⁴.

Ainda na defesa, pode o interessado provar que a omissão não pode ser a si imputada. Tal ocorre quando, por exemplo, determinado Prefeito recebe recursos para serem aplicados em um trabalho que se protraí no tempo, transferindo-se para a gestão seguinte. Nesse caso, a responsabilidade pela prestação de contas nasce, não havendo disposição em contrário, com o encerramento da atividade, devendo o Prefeito sucessor providenciar o cumprimento⁵. Muitas vezes, no entanto, continua inscrita como responsável a autoridade signatária do ajuste, que deve, diante da omissão de seu sucessor, argüir o fato em sua defesa⁶.

Nesse último caso, no processo judiciário, a exceção seria peremptória, porque acarretaria a extinção da relação processual pretendida pelo autor, mas, em sede de TCE, é exceção substancial, vez que os autos da TCE terão curso normal até alcançar o responsável omissor.

⁴BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 48/1996 – Primeira Câmara. Processo nº TC-724.095/93-4. Relator: Ministro Humberto Guimarães Souto. Brasília, 19 de março de 1996. *Diário Oficial da União*, 03 abr. 1996, Seção 1, p. 5542.

⁵BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria nº 486-GP, de 26 de outubro de 1998. Aprova o manual de recursos do Tribunal de Contas da União. *Boletim do Tribunal de Contas da União*, 27 out. 1998 - edição especial. Segundo registro constante à p. 30 do Manual de Recursos do Tribunal de Contas da União, aprovado pela portaria retromencionada, ao Prefeito sucessor cabe a aplicação e a comprovação dos recursos a ele transferidos pelo ex-Prefeito, e por eles responder, dado o princípio da continuidade administrativa. Precedentes nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 27/1992 – Plenário. Processo nº TC-005.082/91-9. Relator: Ministro Homero Santos. Brasília, 12 de fevereiro de 1992. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 fev. 1992, Seção 1, p. 2591. No mesmo sentido sumulou o TCU: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula 230. Compete ao prefeito sucessor apresentar as contas referentes aos recursos federais recebidos por seu antecessor, quando este não o tiver feito ou, na impossibilidade de fazê-lo, adotar as medidas legais, visando ao resguardo do patrimônio público com a instauração da competente Tomada de Contas Especial, sob pena de co-responsabilidade. *Diário Oficial da União*, 03 jan. 1995.

⁶Nesse sentido, o Processo que gerou o acórdão 6/1996: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão 6/1996 – Plenário. Processo nº TC-349.076/93-6. Relator: Ministro Homero Santos. Brasília, 31 de janeiro de 1996. *Diário Oficial da União*, 22 fev. 1996, Seção 1, p. 2908.

Ainda é possível que o agente venha a ser citado para se defender de omissão no dever de prestar contas quando já as tenha prestado. De fato, eventualmente, órgãos repassadores de recursos extraviam processos, ensejando instauração de TCE. Possuindo o responsável prova protocolar de haver entregue os documentos relativos à prestação, mesmo que já não possua mais cópias dos comprovantes, pode apresentá-la em sua defesa⁷.

1.3.2. ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico

Se o processo foi instaurado por dano ao erário decorrente de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, deverá o agente comprovar que:

- inexistiu o dano; ou
- o ato era legal, revestindo-se de legitimidade ou economicidade; ou
- houve um motivo jurídico ponderável para a violação da lei ou da economicidade.

As exceções substanciais, ou contestação de mérito, dirigem-se precisamente para o mérito da demanda, e na medida em que o agente acusado tem a adequada noção do que a Corte considera irregular, poderá elaborar com mais eficácia sua defesa.

Para ilustrar o assunto, citam-se os seguintes casos:

- o TCU, reconhecendo que uma questão jurídica era de alta complexidade, sendo razoável a adoção de interpretações diferentes, oriundas de pareceres jurídicos, deixou de aplicar multa e punir os agentes envolvidos⁸;
- como ato antieconômico pode ser citado o fato em que determinado agente recebeu recursos para o cumprimento de um convênio em valor insuficiente para o cumprimento das metas a serem atingidas, alegando que promoveu contatos junto ao órgão repassador, com vistas à devolução dos créditos, deixando o valor depositado em conta vinculada, sem qualquer movimentação. Examinando a defesa, o Ministério Público junto ao TCU, na autorizada palavra do Dr. Ubaldo

⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 667/95 – Plenário. Processos nºs TC-007.590/90-3; TC-279.038/94-1; TC-279.093/94-2; TC-279.103/94-1 e TC-279.145/94-2. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. Brasília, 12 de dezembro de 1995. *Diário Oficial da União*, 28 dez. 1995, Seção 1, p. 22566.

⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 326/1995 – Plenário. Processo nº TC002.521/95-1. Relator: Ministro Homero Santos. Brasília, 12 de julho 1995. *Diário Oficial da União*, 1 ago. 1995, seção 1, p. 11513.

Alves Caldas, obtemperou que “há excludente de responsabilidade, gerada a partir da não movimentação da conta bancária [...] provando que o dinheiro não foi retirado da conta sem movimentação - de 30.01.90 a 12.07.94 - até que, com a inflação, desvalorizou-se totalmente, zerando em julho de 1994”. A Corte, apreciando a omissão no dever de prestar contas, e tendo em consideração o princípio da economicidade, julgou regular, com ressalvas, o presente caso⁹;

- como atos ilegais, ainda podem ser citados casos em que os recursos foram aplicados em finalidades diversas das estabelecidas pela lei ou ajuste promovido entre os órgãos, como o convênio. Esse é um dos pontos em que a jurisprudência ainda não se consolidou definitivamente, havendo pelo menos três vertentes de pensamento nos Tribunais em geral, inclusive no TCU. A primeira, sustentando que se os recursos foram empregados em proveito da comunidade, sem que haja qualquer indício de locupletamento, deve ensejar a regularidade com ressalvas¹⁰; a segunda, exigindo que sejam aplicados em objeto semelhante¹¹; a terceira, inadmitindo o desvio de finalidade e julgando irregulares as contas¹².

1.3.3. ausência de comprovação da irregularidade, cerceamento de defesa e contas ilíquidáveis

Conforme ficou assentado, o ônus da prova compete à administração, como regra, devendo o agente, porém, provar os atos de gestão documentadamente, guardando os comprovantes e os termos de guarda de

⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão nº 24/96 – Segunda Câmara. Processo nº TC-399.114/94-7. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Brasília, 08 de fevereiro de 1996. *Diário Oficial da União*, 22 fev. 1996, Seção 1, p. 2927.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão nº 387/1995 – Segunda Câmara. Processo nº TC-224.036/91-2. Relator: Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. Brasília, 30 de novembro de 1995. *Diário Oficial da União*, 13 dez. 1995, Seção 1, p. 20842.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão nº 1/1996. Processo nº TC-020.570/92-9. Relator: Ministro Homero Santos. Brasília, 23 de janeiro de 1996. *Diário Oficial da União*, 06 fev. 1996, Seção 1, p. 1922.

¹² O TCU já deixou assentado que, mesmo quando os recursos são insuficientes para cumprir o programa, não é possível à entidade que recebe, promover o desvio. Nesse sentido, a relevante manifestação da SECEX/PI, acolhida pelo Ministro-substituto Lincoln Magalhães da Rocha: “7. Quanto à alegação inicial acerca da insuficiência dos recursos para o atingimento pleno do objeto pactuado, à constatação deste fato deveria ter sido proposta pelo conveniente a reformulação do Plano de Trabalho previamente definido, a fim de regularizar tal situação, conforme preceitua o subtítulo 14 da IN/SFN 03, de 27.12.90, vigente à época. A inexistência de tal procedimento torna a situação irregular, vez que à entidade executora não compete a alteração unilateral do plano de trabalho”. Foi julgada irregular a TCE e ordenada a devolução dos recursos gastos com desvio de finalidade. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 58/1996 – Primeira Câmara. Processo nº TC-549.017/94-1. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 26 de março de 1996. *Diário Oficial da União*, 11 abr. 1996, Seção 1, p. 6007.

material. Já averbou o Ministro Adhemar Paladini Ghisi: “vale lembrar que, em se tratando de recursos públicos, cabe ao responsável comprovar sua boa e regular aplicação, ou seja, é dele o ônus da prova¹³”. Na área de licitações e contratos, do mesmo modo, a demonstração da regularidade dos atos praticados cabe aos agentes envolvidos, por força de expressa previsão legal¹⁴.

Tendo por dever a guarda de bens, não pode prosperar a alegação de defesa. Um exemplo: “se não foram encontrados os documentos que possibilitariam o controle, essa falta não pode ser atribuída ao então Secretário, que não tinha competência para a prática de atos nessa área”, porque o agente público fica responsável pela guarda dos documentos, devendo estar sempre atento a esse fato. Só uma cultura subdesenvolvida justificaria que alguém, recebendo recursos de terceiros, não se preocupasse com o momento lógico subsequente: a prestação de contas.

É comum, notadamente quando há mudança de ordenador de despesa na unidade, que a autoridade, deixando o cargo, procure eximir-se do dever de prestar contas sob o singelo argumento de que os comprovantes estão no órgão, ou que não lhe compete mais qualquer ato. Em verdade, o ordenador de despesas só se exonera de sua responsabilidade após julgadas as contas pelo respectivo Tribunal de Contas¹⁵.

O Tribunal de Contas da União tem dado tratamento diferenciado ao tema segundo as circunstâncias, havendo até matéria sumulada a respeito, fato que não inibe a particularização de determinados casos, segundo suas peculiaridades. Assim, a alegação, desprovida dos respectivos comprovantes, equivale à ausência de prova, ensejando a condenação em contas irregulares¹⁶. Já a alegação que indica o local onde se encontram os comprovantes, inacessíveis ao defendente por razões justificáveis, pode autorizar que o julgamento seja convertido em

¹³ Excerto do voto proferido no processo BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão nº 383/1995. Segunda Câmara. Processo nº TC-424.021/93-5. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Brasília, 30 de novembro de 1995. *Diário Oficial da União*, 13 dez. 1995, Seção 1, p. 20842

¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.666/93, art. 113.

¹⁵ Nesse sentido: BRASIL. Decreto-lei nº 200/67, art. 80.

¹⁶ No Processo a seguir a defesa foi rejeitada porque veio aos autos desacompanhada de documentos que comprovassem as alegações do interessado. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 17/1996 – Segunda Câmara. Processo nº TC-279.100/93-0. Relator: Ministro Iram Saraiva. Brasília, 08 de fevereiro de 1996. *Diário Oficial da União*, 22 fev. 1996, Seção 1, p. 2927.

diligência para que sejam colhidos¹⁷. Deve o interessado, portanto, comprovar a boa aplicação de recursos, precavendo-se contra a omissão de seu sucessor no cargo, guardando a prova em arquivo público e, dependendo das circunstâncias, até em seu particular acervo.

O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que a prova da regularidade das contas é da pessoa que gere a entidade, ao tempo da aplicação dos recursos. No TCU, o entendimento é o seguinte: “o dever de prestar contas, no caso, não é da entidade, mas da pessoa física responsável por bens e valores públicos, seja ele agente público ou não”¹⁸.

Não só a principiologia do Direito Público se encontra nessa linha de entendimento. Várias normas dispõem no mesmo sentido¹⁹.

Mas pode ocorrer que, no curso das apurações, a instrução faça inferências, como, por exemplo: o veículo trafegava em alta velocidade; o agente, reiteradamente, é negligente na guarda da coisa pública; o recibo é falso; os recursos foram movimentados na conta particular do agente. Mesmo que não constitua motivo capital para a condenação, integrando apenas o contexto da conduta, tem direito o defendente de argüir a irregularidade pela insatisfação do ônus da prova e pleitear o arquivamento dos autos por “ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo”²⁰.

Outra alternativa: o defendente requer à Corte, no prazo para contestação,

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão nº 106/1992 – Plenário. Processo nº TC-014.161/87-7. Relator: Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. Brasília, 02 dezembro de 1992. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 dez. 1992, Seção 1, p. 18341; Em especial, o despacho de 5 de setembro de 1991, transcrito no voto do Ministro Néri da Silveira *in* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Civil. Mandado de Segurança nº 21.644-1. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 10 de setembro de 1993. *Diário da Justiça*, 08 nov. 1996, Seção 1, pp. 6303-6305.

¹⁸ *Ibidem citatum supra*.

¹⁹ Dispõe o Decreto-lei nº 200/67, no art. 78, § 5º: “Os documentos relativos à escrituração contábil dos atos de receita e despesas ficarão arquivados no órgão de contabilidade analítica e à disposição das autoridades responsáveis pelo acompanhamento administrativo e fiscalização financeira e, bem assim, dos agentes incumbidos do Controle Externo, de competência do Tribunal de Contas (*opus citatum* nota de rodapé 95). No mesmo sentido o Decreto federal nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. 24 dez. 1986. Art. 139, § 4º.

²⁰ Nesse sentido: Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, art. 163, em vigor.

a indicação precisa dos fatos em que se baseia a acusação, pedindo reabertura do prazo para defesa²¹.

1.3.4. falhas estruturais

Como regra, todos os agentes públicos têm responsabilidade funcional perfeitamente definida. Os superiores hierárquicos recebem um acréscimo pecuniário pelo maior nível de responsabilidade no desempenho de suas funções.

Pode ocorrer, no entanto, que a estrutura da organização ou a quantidade ou qualidade do efetivo no órgão sejam incompatíveis com a atividade. Desse modo, a causa da irregularidade seria imputável à deficiência da “estrutura” do serviço (falha estrutural). Para que tal se caracterize é necessário verificar/demonstrar que a falha é causa da irregularidade e condição insuperável à vontade do agente.

É possível, portanto, a isenção quando o agente toma, formalmente, junto ao superior hierárquico, providências para o resguardo do erário e, periodicamente, reitera-as, cientificando-o, por exemplo, da necessidade de colocar vigilantes em determinado ponto do estabelecimento, colocar fechaduras em uma porta, baixar instrução obrigando realização de perícia quando houver acidente com veículos da repartição. Com tal providência, o agente demonstra zelo, ao cobrar dos seus superiores hierárquicos as providências cabíveis, e transfere o vínculo da responsabilidade funcional.

Nesse contexto, no desempenho das funções institucionais do Ministério Público, inadmitimos, em princípio, a alegação de que a irregularidade das contas possa ser atribuída a deficiências estruturais do órgão - carência de recursos humanos e materiais etc -, pois constituiria um contra-senso pagar pelo maior nível de responsabilidade e permitir que o agente, no momento de responder pelos fatos, exima-se de suas obrigações. Ademais, tal possibilidade constituiria porta aberta para infundáveis alegações e exculpação plena.

No âmbito do Tribunal de Contas do Distrito Federal, sistemática orientação nesse sentido resultou em providências eficazes em relação aos furtos em escola pública: alguns diretores, administrando o serviço de vigias e sendo compreensivos com eventuais dificuldades desses servidores, acabavam por liberá-los algum dia do serviço; noutros casos, os diretores eram omissos em requerer “folguista” para suprir as férias de um vigia. Passando o TCDF a cobrar

²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão 56/1996 – Primeira Câmara. Processo nº TC-575.992/90-5. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 26 de março de 1996. *Diário Oficial da União*, 11 abr. 1996, Seção 1, p. 6007. No relatório há referência à decisão que dilatou o prazo para que a defesa tivesse acesso às informações necessárias para instrumentalizar sua resposta.

dos diretores as providências para a regular guarda dos bens, inclusive a formalização junto aos superiores hierárquicos e, noutra etapa do trabalho, as providências desses superiores junto aos seus superiores, a ação do Controle Externo percorreu a linha hierárquica e obteve, de fato, extraordinária redução dos furtos nas escolas.

Outro exemplo relevante de aplicação da defesa “falha estrutural” ocorre em relação aos convênios envolvidos em repasse de recursos. Além de descumprir a promessa formal do repasse, a falta de orientação e assistência técnica, quando compromissadas, podem exonerar inclusive o dever de ressarcir.

Com a habitual acuidade argumenta o Ministro-substituto Lincoln Magalhães da Rocha:

Assim, considerando que os novos elementos trazidos aos autos deixam claro que a ausência de ressarcimento da dívida contraída se deve ao fracasso do empreendimento implantado com a importância recebida, sendo certo que a ausência da prometida assistência técnica por parte do órgão repassador concorreu para esse desfecho e coerente com os inúmeros julgados (acórdãos 15/97 – 2ª Câmara – TC 700.029/96-6; 75/97- 2ª Câmara – TC – 700.460/95-0; 304/95 – 2ª Câmara TC 649.014/94-4; 662/97 – 2ª Câmara – TC 700.015/96-5; 120/98 – 1ª Câmara – TC 012.097/96-9 e 19/8 – 2ª Câmara – TC 000.989/97-5), excusando-me por dissentir do posicionamento da douta Procuradoria, acolho o parecer da SECEX/MT e voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à consideração desta 1ª Câmara²².

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas, após exonerar de responsabilidade os agentes envolvidos, decidiu por determinar correções, visando inibir a repetição do voto²³.

É importante notar que a formalização da requisição de providências não pode ser elidida com a afirmação de que o servidor sabe que, se assim tivesse procedido, nenhum resultado alcançaria. Pelo contrário, tal atitude revela acomodação, incompatível com a função daqueles que têm o dever de zelar permanentemente pelo interesse público.

²²BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão nº 31/2001 – Primeira Câmara. Processo nº TC-425.034/1998-4. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2001. *Diário Oficial da União*, 15 fev. 2001, seção 1, p. 109.

²³BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 1135/2002 – Plenário. Processo nº TC-007.407/2001-3. Relator: Ministro Iram Saraiva. Brasília, 04 de setembro de 2002. *Diário Oficial da União*, 13 set. 2002, seção 1, pp. 97/101.

Daí porque chegam a ser raros os casos em que as Cortes de Contas acolhem a alegação de falha estrutural ou carência de recursos humanos ou materiais para isentar o servidor.

Em algumas oportunidades, reconhecendo a falha estrutural, o Tribunal tem relevado a irregularidade e ordenado as providências tendentes à correção²⁴.

Registra-se, a título ilustrativo, voto do Ministro Adhemar Paladini Ghisi, na qualidade de revisor de acórdão:

Parece-me, assim, que, ante a possibilidade então aventada, não restava a este Tribunal outra alternativa a não ser sobrestar estas contas. Mas, uma vez afastada qualquer hipótese de locupletamento, após rigorosas investigações tanto em nível da Justiça Federal como da Receita, injusto, entendo, seria punir o recorrente por fatos que sofreram influência direta da carência dos recursos humanos e materiais disponíveis naquele serviço, o que, sem dúvida alguma, concorreu decisivamente para a verificação das diversas falhas formais apontadas²⁵.

Em outra oportunidade, o TCU, no voto do Ministro Humberto Guimarães Souto, ponderou a questão da falha estrutural como possibilidade de excluir a culpa do agente pela inobservância de prazo, valendo transcrever o seguinte excerto:

Constata-se, destes autos, que o principal motivo alegado pelo recorrente para o não cumprimento do prazo assinalado pelo Tribunal foi a fragilidade estrutural do FNDE.

Observo que o fato de a autarquia apresentar falhas em sua estrutura não elide e nem justifica o não atendimento das solicitações dos órgãos responsáveis pela fiscalização dos recursos públicos. Prevalendo esse entendimento, a ação fiscalizadora do Tribunal ficaria prejudicada à vista de particularidades administrativas de cada órgão e/ou entidade da Administração Pública.

²⁴ *Ibidem citatum supra*.

²⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas. Acórdão nº 27/1996 – Plenário. Processo nº TC-674.018/85-0. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 13 de março de 1996. *Diário Oficial da União*, 26 mar. 1996, seção 1, p. 5005. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas. Acórdão nº 145/1994 – Plenário. Processo nº TC-625.131/93-2. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 07 de dezembro de 1994. *Diário Oficial da União*, 29 dez. 1994, p. 20989; BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 345/1994 – Primeira Câmara. Processo nº TC-600.429/91-1. Relator: Ministro Olavo Drummond. Brasília, 06 de setembro de 1994. *Diário Oficial da União*, 21 dez. 1994, p. 20146; BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Decisão nº 914/1999 – Plenário. Processo nº TC-002.096/1998-6. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Brasília, 08 de dezembro de 1999. *Diário Oficial da União*, 21 dez. 1999.

Por outro lado, verifico que o Sr. [...] somente tomou posse no cargo em janeiro de 1995, sendo compreensível que não tivesse pleno conhecimento da denúncia tratada nestes autos, acrescentando-se o fato relevante do número de processos que dependem de informações daquele órgão.

Considerando que o recorrente demonstrou, em seu recurso, toda a sua preocupação acerca da necessidade de um pronto atendimento às solicitações dos órgãos fiscalizadores [...].

Decidiu o Tribunal:

[...]

b) dar ciência ao interessado desta decisão, alertando-o que a fragilidade estrutural do órgão não justifica o favorecimento de atitudes e ações que possam impedir a fiscalização e a análise do emprego dos recursos públicos²⁶.

É importante notar, porém, que a pretensão de eximir-se da culpa, transferindo-a para a incompetência dos órgãos de assessoramento ou técnicos não tem sido acolhida, especialmente quando é o defendente que pode discricionariamente nomeá-los.

O Tribunal de Contas da União vem condenando gestores inclusive por culpa *in eligendo*²⁷.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Denúncia. Acórdão nº 9/1996 – Plenário. Processo nº TC-019.878/93-1. Relator: Ministro Humberto Guimarães Souto. Brasília, 31 de janeiro de 1996. *Diário Oficial da União*, 22 fev. 1996, seção 1, p. 2908.

²⁷ Culpa *in eligendo* que se traduz na má escolha de preposto ou responsável. Nesse sentido, condenando o gestor que afirma ter decidido com base em informações de assessor ou técnico: a) "... No caso de se tratar de contratos de grande complexidade, o ordenador de despesas deve cercar-se de agentes idôneos com aptidão técnica suficiente, para que estes o auxiliem corretamente na execução do Contrato. Entretanto, os pareceres elaborados por tais agentes não têm força de legitimar a ação do ordenador de despesas que estará agindo, no mínimo, com culpa "in eligendo". E, no caso em comento, competia ao Recorrente, na condição de Presidente, designar o representante da Administração para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato e os membros da Comissão da Construção do Fórum, como demonstra, respectivamente, o art. 67 da Lei nº 8.666/93, e o art. 122 do Regulamento Geral do TRT da 2ª Região ...": BRASIL. Tribunal de Contas da União. Pedidos de Reexame. Acórdão nº 298/2000 – Plenário. Processo nº TC-001.025/1998-8. Relator: Ministro Adylson Motta. Brasília, 29 de novembro de 2000. *Diário Oficial da União*, fev. 2001; b) "... 9.6 as arguições insertas no item 42, fls. 194, não isentam o responsável, pois este deve escolher bem seus auxiliares, do contrário, responder por 'culpa in eligendo' ...": BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão nº 238/1996 – Segunda Câmara. Processo nº TC-399.127/93-3. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Brasília, 02 de maio de 1996. *Diário oficial da União*, 15 maio. 1996, p. 8454; c) ademais, a delegação de competência não implica a delegação de responsabilidade, cabendo ao recorrente a fiscalização dos atos de seus subordinados, pois o gestor não pode isentar-se da responsabilidade pelo exercício do trabalho de seus subordinados, devendo escolher bem seus auxiliares, do contrário, responde por culpa *in eligendo*, consoante dispõe o art. 932, inciso III, do Código Civil: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Pedido de Reexame. Acórdão nº 19/2002 – Plenário. Processo nº TC-006.260/1999-3. Relator: Benjamin Zymiler. Brasília, 06 de fevereiro de 2002. *Diário Oficial da União*, 06 mar. 2002.

1.3.5. força maior e caso fortuito

A jurisprudência do TCU prevê também a possibilidade de arquivamento do processo, com baixa de responsabilidade do agente, nas hipóteses de força maior ou caso fortuito²⁸, ou quando verificada irregularidade formal que não importe em débito ou multa²⁹. Essas hipóteses não podem ser consideradas como exceção peremptória, porque exigem o exame de mérito da conduta do agente.

Argüida uma das exceções peremptórias, haverá o julgamento e, com o acolhimento, uma decisão terminativa.

1.3.6. decurso de tempo

Entre os meios de defesa sustentáveis, um que também parece possível, é aquele referente ao longo decurso de tempo que impede a parte de desincumbir-se do ônus da prova que lhe foi imposto.

Mesmo reconhecendo que o dever de ressarcir o erário pode ser considerado imprescritível³⁰ e que compete ao administrador público e ao particular, que gere recursos públicos, o ônus da prova pela regularidade, é possível admitir que o longo decurso de tempo entre a prática do ato e a citação tornem impossível o exercício da defesa.

Essas hipóteses particularíssimas foram por nós consideradas, no desempenho das funções de Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, independentemente de alegação do interessado, e mesmo em casos de revelia, ou até antes mesmo de proposta a citação, em casos como os seguintes: prova de quebra de estoque em supermercado estatal, quando o pedido de citação é sugerido pela unidade técnica após oito anos do fato, especialmente

²⁸ Cf.: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 03. O arquivamento é a solução indicada para as hipóteses em que as contas de responsáveis por dinheiros, valores e bens públicos se tornarem ilíquidáveis, por causas fortuitas ou de força maior. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 dez. 2000.

²⁹ Cf.: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 142. Cabe a baixa de responsabilidade e o arquivamento do processo, quando nas contas de ordenador de despesa, dirigente ou administrador de entidade ou qualquer outra pessoa sob a jurisdição do Tribunal de Contas da União, for apurada infringência de disposição legal ou regulamentar aplicável ou verificada irregularidade de caráter formal, que não permita o julgamento pela regularidade e quitação ou tampouco por não ser suficientemente grave ou individualizada sobre a conclusão pela irregularidade e cominação da multa prevista em lei, conforme Enunciados nºs 10, 11, 51 e 91, da Súmula da sua Jurisprudência. *Revista do Tribunal de Contas da União*, a. 10, nº 21, jun nº 1980, p. 162. *Diário Oficial da União*, 14 jan nº 1980.

³⁰ Será imprescritível se concorrente à prática de ilícito penal, por força do art. 37, § 5º da Constituição Federal que dispõe: Art. 37. (...) § 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

em se tratando de produtos perecíveis; de igual modo quando se trata de bens públicos, em grande quantidade e de pequeno valor, porque inviável o controle não sistemático³¹; irregularidades em recebimento de prédio público, cuja citação é proposta após nove anos do fato. Em tais casos, o ônus da prova repousa exclusivamente sobre prova testemunhal, inibindo tão só pelo decurso do tempo a certeza, até, da própria irregularidade.

1.3.7. falecimento do responsável

O falecimento do responsável pelo dever de prestar contas pode ser motivo de defesa pelo sucessor ou substituto, na medida em que só vai responder pelas irregularidades a que tiver dado causa.

Embora o controle do rol dos ordenadores de despesas esteja bastante aperfeiçoado e a mudança de titularidade dos órgãos públicos venha sendo comunicada aos Tribunais de Contas, é fato que, muitas vezes, o falecimento do responsável não é considerado no julgamento da causa, exceto por iniciativa da própria parte ou dos sucessores.

Sobre o falecimento do responsável, é importante notar:

- não prejudica o interesse dos sucessores de promover a defesa de mérito;
- isenta os sucessores, do dever de pagar multa, em face do caráter personalíssimo de que essa se reveste³²;
- não inibe o dever de recompor o erário, quando já comprovada a irregularidade, até o limite das forças da herança³³;
- deve ser documentado, com a juntada, à defesa, da respectiva certidão de óbito.

³¹ Quem detém carga patrimonial de bens públicos deve proceder à periódica verificação dos bens. O decurso de tempo inviabiliza a imputação de débito quando se trata de expressiva quantidade, de variada espécie, como em caso que enfrentamos: cerca de oito mil bens, como um vaso, um grampeador, um porta copos etc. O desaparecimento foi verificado no inventário, mas a responsabilização só veio a ser pedida após dez anos.

³² Nesse sentido, veja o voto do Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, acolhido pela 2ª Câmara, que reflete uniformidade de jurisprudência: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas. Acórdão nº 58/1996 – Segunda Câmara. Processo nº TC-425.042/93-6. Relator: Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira Brasília, 15 de fevereiro 1996. *Diário Oficial da União*, 28 fev. 1996, seção 1, p. 3283.

³³ BRASIL. Constituição (1988), art. 5º, (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

- não podem os sucessores procrastinar a abertura do inventário para evitar o pagamento³⁴.
- se anterior à citação, poderá implicar em arquivamento do processo, por ausência do pressuposto de desenvolvimento válido e regular³⁵.

O tema, na forma como hoje se apresenta na jurisprudência, ainda não encontrou seguro equacionamento. Aliás, pouco servem as noções do direito civil e penal, nesse ponto, à esfera do controle, mas é possível assentar que:

I - em relação a penalidades, é regra que a mesma não passa da pessoa do condenado;

II - em relação ao dever de reparar o dano, o mesmo estende-se aos herdeiros e sucessores apenas até o limite das forças da herança, se:

- o falecimento ocorre após garantida a ampla defesa e o contraditório.
- houve apropriação indébita.

O “limite de forças da herança” restringe o pagamento da dívida até o limite do patrimônio ou renda transferido.

Em relação ao desconto em pensão, muitas vezes, acaba sendo tratado sem a devida análise técnica, inclinando-se os agentes a desonerar os sucessores do ônus de recompor o erário. O ordenamento jurídico estabeleceu certas premissas, a fim de proteger os familiares, não sendo possível agravar ou beneficiar a situação dos mesmos. Está última situação ocorreria se o óbito desonerasse dívidas e pagamentos.

Desse modo, pode ser ordenado o desconto na pensão em todas as mesmas hipótese em que seria lícito promover desconto compulsório nos salários e aposentadoria³⁶.

1.3.8. boa-fé

Independentemente do pagamento do débito, é possível oferecer defesa com o único objetivo de demonstrar a *boa-fé* na prática do ato.

³⁴ O TCU entende que os sucessores não podem deixar de não abrir inventário para eximirem-se de ressarcir o prejuízo causado ao Erário; a União deve compeli-los os sucessores a recolherem o débito. O fundamento dessa obrigatoriedade encontra-se no princípio da indisponibilidade dos bens públicos. Precedente: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 170/1998 – Segunda Câmara. Processo nº TC-474.019/1994-2. Relator: Ministro José Antonio Barreto de Macedo. Brasília, 30 de julho de 1998. *Diário Oficial da União*, 20 ago. 1998, seção 1, p. 200-01.

³⁵ Sobre essa hipótese, consultar o *Diário Oficial da União*, 03 abr. 1996, p. 5561, na parte intitulada: Processos remetidos à deliberação do Plenário e voto complementar, visto na p. 5572.

³⁶ Consultar, a propósito do tema, minucioso trabalho do Ministro-auditor: CAVALCANTI, Augusto Sherman. O processo de contas no TCU: o caso de gestor falecido. *Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 81, a. 99, jul./set., p.17-27.

É consabido que a quitação não afasta a possibilidade de o julgamento ser pela irregularidade da conta, ensejando inclusive a inelegibilidade do agente para cargo público³⁷.

A boa-fé pode não elidir diretamente o dever de pagar o erário pelo dano experimentado, mas certamente constituirá elemento importante em relação ao *animus* do agente e permitirá à Corte contextualizar as várias dificuldades e pressões de toda ordem que foram sopesadas pelo agente no momento da decisão.

Nesse sentido, existem vários julgados em que a parte, mesmo após o julgamento pela irregularidade, decidiu quitar o débito e recorrer com o único objetivo de comprovar, nos autos, a boa-fé³⁸.

É interessante notar que na maioria dos casos, a boa-fé não constitui condição suficiente para afastar a irregularidade até porque, no caso de contas, o ônus da prova é do agente que gere os recursos públicos³⁹.

Essas são as principais peculiaridades que distinguem o tema no âmbito dos Tribunais de Contas em relação ao direito processual comum.

³⁷ Nesse sentido, uniforme jurisprudência do TCU. Destaque para o voto do Min^o Iram Saraiva em: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 47/1997 – Plenário. Processo nº TC-004.157/90-7 (sigiloso). Relator: Ministro Iram Saraiva. Brasília, 19 de março de 1997. *Diário Oficial da União*, 08 abr. 1997, p. 6811.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão 384/1995 – Segunda Câmara. Processo nº TC-224.021/91-5. Relator: Ministro Iram Saraiva. Brasília, 30 de novembro de 1995. *Diário Oficial da União*, 13 dez. 1995, p. 20842; v. também: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão 391/1995. Processo nº TC-724.038/93-0. Relator: Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. Brasília, 30 de novembro de 1995. *Diário Oficial da União*, 13 dez. 1995, p. 20842.

³⁹ “12. A boa fé é, em princípio, uma presunção a militar em favor dos gestores de recursos públicos. É, todavia, uma presunção relativa, que pode ser afastada em determinadas situações, como ocorre, por exemplo, quando um gestor deixa de prestar contas de recursos sob sua guarda ou colocados à sua disposição. 13. A prestação de contas é um dever de todo administrador, não existindo, salvo caso fortuito ou força maior devidamente comprovados, justificativa para o descumprimento de tal obrigação. O gestor imotivadamente omissivo na demonstração dos resultados de sua administração viola expressa determinação constitucional, fere o princípio republicano e, conseqüentemente, perde todo o benefício conferido pela presunção de boa-fé.” (Voto do Exmo. Sr. Ministro Relator Bento José Bugarin nos TCs 524.066/92-2 e 524.078/92-0 – Acórdão 063/94 – Plenário *in ata* 31/94). BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 16/2001 – Primeira Câmara. Processo nº TC-010.868/1999-2. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, 13 de fevereiro de 2001. *Diário oficial da União*, 22 fev. 2001, seção 1, p. 94.

É o que se extrai do Acórdão nº 226/93 – 1^a Câmara, relatado pelo Ministro Homero Santos. Naquela assentada, asseverou o Relator que, para que seja reconhecida a existência da boa-fé, na aplicação da regra do § 2º do art. 12 da Lei Orgânica do Tribunal, “devem ser observadas as seguintes condições: a) que o ato ilegal, ilegítimo e antieconômico gerador do débito tenha se consumado sob imperiosa necessidade do serviço ou de razoável interpretação da lei; b) que o reconhecimento do débito para ser considerado tempestivo seja feito logo após a primeira notícia sobre a glosa da despesa; e c) finalmente, que não tenha havido caracterização de qualquer outra irregularidade no cometimento do fato”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão 83/2001 – Primeira Câmara. Processo nº TC-474.085/1994-5. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 20 de fevereiro de 2001. *Diário Oficial da União*, 8 mar. 2001, seção 1, p. 104.

PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS: UMA VISÃO PRÁTICA

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Conselheiro do TCDF

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes¹.

O princípio do contraditório, comumente resumido na antiga parêmia latina - *audiatur et altera pars* -, consiste na obrigação do Juiz, em razão do seu dever de imparcialidade, de ouvir a outra parte do processo sobre as alegações deduzidas por uma parte. Também é chamado de princípio da audiência bilateral.

Esse axioma dá sustentação a toda teoria geral do processo, e sua inobservância acarreta a nulidade do ato, ressalvadas as exceções expressamente admitidas em lei, como a medida liminar sem oitiva da parte adversa, que, por isso mesmo, constitui-se instrumento restrito.

Com o descortino superior que lhe é peculiar, obtempera o Dr. João Bonifácio Cabral Jr. que, no Direito comparado, em especial na doutrina alemã, é reconhecido que, subjacente ao direito de defesa, estão presentes três outros direitos, quais sejam:

¹ Art. 5º, LV.

a) *direito de informação*

- pelo qual se garante que o interessado, num processo administrativo disciplinar, por exemplo, tenha acesso a todas as informações relativas ao andamento e aos atos do processo²;

b) *direito de manifestação*

- pelo qual se garante o direito do interessado manifestar-se oralmente ou peticionando por escrito no processo;

c) *direito de ver suas razões consideradas*

- vale dizer: no caso de uma sindicância ou processo administrativo disciplinar, a comissão, em seu relatório final, não está vinculada a acatar como procedentes as razões de defesa; todavia, isto sim, está obrigada, sob pena de nulidade, a considerar as razões de defesa, enfrentando-as, quer para acatá-las, quer, principalmente, quando for o caso, para mostrar, fundamentadamente na prova colhida na instrução, a improcedência ou inconsistência das mesmas.

Desafio relevante consiste em avaliar como os princípios da epígrafe afetam os diversos tipos processos que estão submetidos no plexo de competências, dos Tribunais de Contas.

O tema desafia a inteligência porque exige profundo conhecimento da natureza das diversas funções que essas Cortes exercem e como, quando e em favor de quem devem ser concretizados tais princípios.

Para melhor compreensão didaticamente divide-se o estudo em tópicos.

d) *Sujeitos à jurisdição*

Os princípios em tela aplicam-se diretamente e em favor daqueles que estão sujeitos à jurisdição, estrito senso, do Tribunal de Contas.

² Controvérsias existem sobre a possibilidade de vistas fora do Tribunal de Contas pelo interessado ou seu Advogado, regularmente constituído. No sentido afirmativo tem-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Mandado de Segurança. MS nº. 22.314-6. Relator: Ministro Octávio Gallotti, Brasília, DF, 05 de setembro de 1996. *Diário de Justiça* 07 de fev. de 1997, p. 01340 e DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas. Pedido de Retirada de Processo de TCE. Processo nº 750/97B. Relator: Conselheiro-Auditor Osvaldo Rodrigues de Souza, 22 de abril de 1997. *Diário Oficial do Distrito Federal*. 29 mar. 1997, p. 3033-3039.

E estão nessa condição, é consabido, apenas aqueles que tem o dever de prestar contas, na forma preconizada pelo parágrafo único do art. 70 da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19.

Desse modo, para exemplificar, o servidor que se aposenta e tem o ato de inativação considerado ilegal pelo Tribunal não pode pretender anular o julgamento porque não participou da relação processual³.

O Tribunal, nesse caso, está integrando o ato complexo de inativação, com o registro e, ao mesmo tempo fiscalizando a autoridade que praticou o ato. Assim, podem ocorrer três hipóteses:

1 - o Tribunal registre o ato, considere regular a despesa;

2 - o Tribunal negue o registro, ordene a nulidade do ato, com ou sem recomposição do erário;

3 - o Tribunal negue o registro da aposentadoria, ordene a nulidade do ato e inicie o contraditório com vistas a aplicação de multa a quem praticou o ato de inativação *se verificar erro crasso, dolo ou má-fé*.

Em nenhuma das hipóteses o aposentado será alcançado pela decisão do Tribunal, diretamente. Desse modo quem deve garantir a ampla defesa e o contraditório, nas hipóteses h" e h"" é o ordenador de despesas do órgão, que vai dar cumprimento à decisão da Corte. Nas mesmas duas hipóteses, compete, porém, ao Tribunal de Contas se ordenar a recomposição do erário ou visar a aplicação de multa garantir ao ordenador de despesas à eficácia desses dois princípios⁴.

³ Nesse sentido: "No tocante aos atos do Tribunal de Contas, que anularam atos de concessão pendentes de registro, não parece razoável, cogitar-se de inobservância do contraditório, vez que se trata aqui do procedimento unilateral do Tribunal de Contas na apreciação da legalidade, sem necessidade de intervenção do interessado." Ministro Sydney Sanches do STF. RTJ 150/403, extraído do brilhante voto do Ministro Guilherme Palmeira BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 015.260/95-0. Relator: Ministro Guilherme Palmeira, Brasília, DF, 8 de agosto de 2000. *Diário Oficial da União* 17 ago. 2000. Seção 01, p. 59-60.

⁴ Contraditório – pensão. Não cabe ao Tribunal de Contas assegurar ampla defesa e contraditório em processo de aposentadoria e pensão entendimento STJ: "...Ministro Sydney Sanches, Na presidência do Supremo Tribunal Superior, em processo de suspensão de segurança (RTJ 150/403)." " não parece razoável cogitar-se de inobservância do contraditório, vez que se trata aqui de procedimento unilateral do Tribunal de Contas na apreciação da legalidade, sem necessidade de intervenção do interessado."

e) *Terceiros interessados*

No processo cível comum o terceiro que possua legítimo interesse pode intervir no processo para resguardar direito próprio ou que pela lei esteja legitimado a defender.

Nos Tribunais de Contas inexistente como regra esse direito porque, também como regra, terceiros não são diretamente alcançados pela ação dessas Cortes. É sobre agente público ou particular jungido ao dever de prestar contas, - sujeitos da jurisdição, - que o controle externo atua. Pode ocorrer, porém, que em decorrência do exame do ato, a ordem expedida, ainda que indiretamente alcance terceiro. Aqui, a expressão “indiretamente” deve ter a conotação de “por pessoa interposta”. Ao ordenar, por exemplo, a declaração de nulidade da aposentadoria e a recomposição do erário, a ordem implicará que o agente público responsável pelo ato, observada a ampla defesa e o contraditório, promova a anulação e inicie os procedimentos administrativos ou judiciais para a repetição do indébito.

Nesse momento, porém, o aposentado, - terceiro interessado, - cientificado do novo ato, do mundo jurídico, - decisão do Tribunal de Contas, - exerce sobre ele o princípio do contraditório, sustentando a legalidade, independente da legitimidade concorrente da própria autoridade que praticou o ato. Ambos terão legitimidade, a luz dos princípios em tela, para recorrer.

O que causa estranheza aos que se iniciam na advocacia perante o Tribunal é que o terceiro não sujeito à jurisdição pode recorrer, mas não pode integrar a relação processual desde o início. A explicação lógica é que só os jurisdicionados são alcançados pela ação do controle e todos os terceiros não serão, como regra, alcançados.

O mesmo raciocínio aplica-se ao exame das licitações, contratos, e demais atos administrativos.

De *lege ferenda*, parece admissível que os Tribunais de Contas *notifiquem* os possíveis terceiros interessados para acompanhar o processo em que por via indireta possam ser atingidos pela decisão da Corte⁵.

Mesmo sem lei facultando, esse procedimento parece desde logo válido.

⁵ Notificação e não citação, porque inexistente, ainda, ato concreto e imputação de irregularidade que exija defesa.

f) *Tomada de Contas Especial*

Dada a singularidade desse procedimento carecem que sejam expedidas breves considerações sobre o mesmo:

A rigor, os processos de julgamentos de contas nos Tribunais de Contas só assumem a natureza de *processo* a partir do seu ingresso na Corte, na chamada fase externa. Antes dessa fase não apresenta *partes* ou *litigantes*, porque inexistente uma lide, mas somente uma unidade dos atos investigatórios rumo à verdade material⁶.

No relatório final de uma comissão de tomada de contas especial, por exemplo, poderá essa firmar a irregularidade das contas, hipótese em que, após a manifestação do órgão de controle interno e da autoridade em nível de Ministro ou de Secretário de Estado, ou equivalente, remeterá os autos ao Tribunal de Contas para julgamento. Precisamente nesse momento, a TCE assume a condição de *processo*, quando o órgão instrutivo, apreciando a apuração promovida pela comissão e os demais elementos dos autos, destacará os principais aspectos, passando diretamente ou após a deliberação do Colegiado das Cortes de Contas – plenário ou câmara - para manifestação do Ministério Público, que funciona em caráter especializado junto ao Tribunal.

Nesse momento, presenciando a existência de indícios, formaliza-se a acusação, seguindo-se a citação, defesa e julgamento pelo Tribunal de Contas.

Essa mudança de *procedimento* para *processo*, guardadas as devidas proporções, pode ser equiparada às duas fases do processo penal - inquérito policial e ação penal propriamente dita -, é também o marco essencial à plena satisfação dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Em decorrência desse princípio, autoriza-se o servidor ou responsável a contradizer os fatos apurados pela comissão de TCE, se agasalhadas pelo Tribunal e inseridas na proposta de citação. Para demonstrar a diferença entre a TCE e o processo administrativo disciplinar, cabe assinalar que, no primeiro, não há nulidade se a prova é constituída sem observância do princípio. A citação

⁶ Para disciplinar o tema, o Tribunal de Contas da União, expediu a Resolução nº 36 - TCU. Resolução nº 36, de 30 de agosto de 1995. Estabelece o procedimento sobre o exercício da ampla defesa no âmbito do TCU. *Diário Oficial União.*, 05 set. 1995. Seção 1, p. 13790-92.

posterior, realizada pelo TCU, simplesmente sana o processo, na medida em que assegura a mais ampla defesa, inclusive com integral possibilidade de rever provas.

Efetivamente, todo o juízo de mérito a ser desenvolvido no âmbito do Tribunal de Contas é apenas antecedido pela coleta de informações, documentos e outros elementos de convicção, para sustentar as expressões da comissão de tomada de contas especial e, mais tarde, amparar a acusação. A garantia do contraditório assume lugar perante o próprio TCU, que não tem rejeitado solicitações para revisão das provas produzidas pelas comissões quando a parte ampara-se em justificativa ponderável. Não há qualquer prejuízo a esse procedimento que, *mutatis mutandis*, corresponde ao momento do indiciamento do processo administrativo disciplinar.

Nesse sentido, em mais de uma oportunidade se manifestou o Plenário do TCU, averbando que “a ciência do processo pelo responsável possibilita o ajuizamento do mérito”⁷.

Em plena consonância com o aqui exposto, é imperioso destacar a seguinte preciosa lição⁸:

Também são princípios constitucionais o contraditório e a ampla defesa, assegurados aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, com os meios e recursos inerentes.

No exercício do direito em foco, os indigitados apresentam a documentação constante de três volumes a este anexo (15-7), nos quais tentam provar que aplicaram na Unidade os recursos de cujo desvio são acusados.

Para o controle Interno, os documentos em questão só corroboram as conclusões que apresentamos até o momento. Não provam que não houve desvio de recursos. A documentação é confusa e de origem duvidosa. Visa tão-somente (ainda que sem sucesso) à prova de que os recursos desviados foram aplicados em benefício da União. Pouco passa isto de uma simples confissão.

⁷ V. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Processo TC nº 020.944/91-8. Decisão 358/92. Interessado: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Relator: Ministro Bento José Bugarin, Brasília, 08 de julho de 1992. *Diário Oficial da União* 21 jul. 1992. Seção 1, p. 9626.

⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Processo TC nº 015.332/93-4. Acórdão 180/87. Interessado: 4º Comando de Fronteira e 4º Batalhão Especial de Fronteira. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, Brasília, DF, 06 de agosto de 1997. *Diário Oficial União*, 20 ago. 1997. Seção 1, p. 18074-6

Outra passagem que me parece digna de nota é esta:

3.10 Requer com insistência o O.D.⁹ que a averiguação das irregularidades cometidas tenha por base uma comparação, entre a situação patrimonial da Unidade anterior à sua chegada e aquela da época da TCE. Para tanto, nos envia, outras coisas, as fotos constantes dos Anexos 13 e 14.

Ora, todo o processo mostrou que os registros/controles patrimoniais da UG¹⁰ são de quase nenhuma confiabilidade. Ou devido à negligência com que foram tratados, ou pelo fato de terem sido adulterados (ou mesmo forjados), com vistas a aparentarem situação irreal. Proceder a levantamento da situação patrimonial da UG para determinar se houve ou não lesão ao Erário seria inútil. Igualmente incorreto seria ver atenuadas as graves ocorrências em vista da simples apresentação de fotos que demonstraram, na melhor das hipóteses, que os responsáveis pela UG cumpriram com a obrigação de zelar pelo Patrimônio imobiliário e pelas viaturas que lhes foram confiados.

As Passagens destacadas têm por escopo demonstrar vícios que afetam diretamente os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois estes não importam simples oportunidade de autorizar a produção de prova, mas algo mais, qual seja, a de ver essas mesmas provas contrastadas e racionalmente aparecidas. Ademais, também é princípio processual o de que o ônus da prova cabe a quem alega. Se foi alegado que as provas apresentadas seriam imprestáveis para afastarem-se as suspeitas, deveriam ser apresentadas contraprovas objetivas e não avaliações eivadas de subjetivismo.

Assim, não me restou suficientemente provado que os recursos não foram aplicados em benefício da unidade, e mais: quer-me parecer que as fotografias apresentadas são indícios fortes a autorizarem a presunção e a veracidade da defesa visto que a impossibilidade da averiguação da real situação *ante factum*, em confronto com a *post factum* ali retratada, se não autoriza a conclusão de que as benfeitorias foram realizadas com os recursos em questão, também não autoriza conclusão em contrário, *máxime* em face do princípio *in dubio pro reo*.

Outro ponto fundamental do princípio do contraditório e da ampla defesa é a possibilidade de a parte assistir ao julgamento de suas contas, fato que deve prevalecer mesmo em se tratando de processos confidenciais ou sigilosos. Nesse particular, a processualística dos Tribunais de Contas não se encontra suficientemente desenvolvida. De qualquer modo, a publicação da pauta de julgamento é o único meio juridicamente adequado de preservar a integralidade desse princípio. A propósito, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de enfrentar a questão quando a parte argüiu a nulidade do julgamento do Tribunal de Contas da União por ausência de pauta. No caso concreto, o TCU havia

⁹ Ordenador de despesa

¹⁰ Unidade gestora

procedido à regular publicação, fato desconhecido da parte porque o processo entrou em pauta especial, essa também regularmente publicada¹¹.

Ao ensejo, cabe registrar que o Supremo Tribunal Federal não tem anulado os julgamentos dos Tribunais de Contas, quando garantida a ampla defesa e o contraditório. Por outro lado, de juridicidade questionável, tem levado ao extremo, a exigência de satisfação desse princípio até para o caso em que os Tribunais de Contas têm por função apenas emitir parecer prévio¹².

No processo submetido à jurisdição dos Tribunais de Conta, após a determinação da citação ou audiência chega o momento da resposta do réu, gênero maior, onde se insere o exercício do direito de ampla defesa, do contraditório e da revelia.

Assim, como no processo judiciário, ao ser citado ou chamado em audiência, o agente pode assumir uma das seguintes atitudes:

a - responder à citação:

a.1 - reconhecendo a procedência do que lhe é requerido;

a.2 - apresentando defesa, que poderá ser:

a.2.1 - contra o processo; ou

a.2.2 - contra o mérito;

b - deixar o processo correr ao acaso, não respondendo à citação.

No processo de julgamentos de contas, notadamente os de tomada de contas especial, quando o citado reconhece a procedência dos fatos articulados na citação, pode, desde logo, efetuar o pagamento do débito que lhe é imputado, obtendo, *ipso facto*, direito à *quitação*. Na atualidade, existe dissenso doutrinário acerca do julgamento decorrente ser ou não pela regularidade das contas.

Produz o mesmo efeito que o reconhecimento do fato ou do dever de reparar o dano, o pedido de parcelamento do débito¹³.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Civil. Mandado de Segurança. MS nº. 21.644-1. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 04 de novembro de 1993. *Diário de Justiça* 08 nov. 1996. Seção 1, p. 6303- 6305

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo Suspensão de Segurança. SS nº. 1.197-9. Requerente: Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília 27 de junho de 1997. *Diário de Justiça da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF. Seção 1, 22 set. 1997, p. 46243/45

¹³ Conforme expressamente consagra o art. 168, § 2º, do Regimento Interno do TCU.

O INSTITUTO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO E DA ESTABILIDADE EM FACE DA PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98

Inácio Magalhães Filho
Inspetor da 4ª ICE do TCDF

Introdução

O objetivo deste singelo trabalho é a análise de uma indagação que vem suscitando algumas dúvidas no seio jurídico, principalmente na Administração Pública, ou seja, qual é o período do Estágio Probatório, 24 ou 36 meses?

Tal discussão surgiu após a promulgação da Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998 - denominada Reforma Administrativa - que modificou o prazo para aquisição da estabilidade passando a ser de três anos de efetivo exercício em cargo de provimento efetivo, e não mais de dois anos, como antes.

Quando a estabilidade era adquirida em dois anos, parecia cristalino que a duração do estágio probatório fosse, também, de dois anos - a Lei nº 8.112/1990 determina, na verdade, a duração de 24 meses. Assim, dois anos após o ingresso do servidor no serviço público, havendo aprovação no estágio probatório, era simultaneamente adquirida a estabilidade e confirmada a aptidão do servidor para o exercício daquele cargo.

O estágio probatório tem o objetivo de avaliar o desempenho do servidor no exercício da função pública. Após o período de dois anos, a Administração, com base neste desempenho, apurará a conveniência ou não da permanência de determinado servidor no serviço público. Caso seu desempenho não seja satisfatório poderá ser justificadamente exonerado.

A estabilidade tem como característica principal o critério objetivo, isto é, o transcurso do tempo, enquanto o estágio probatório o critério subjetivo: aferição da aptidão e capacidade do servidor para o cargo.

Estágio probatório

É o período de exercício do servidor durante o qual é observado e apurada pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade. Referido instituto é revestido de interesse público pois o servidor deve demonstrar aptidão moral, psicológica, mental e física para o exercício das funções inerentes a seu cargo.

No período do estágio probatório, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por Comissão instituída para essa finalidade, sendo esta condição acrescentada pela EC n° 19/1998.

Assim, tem-se que o estágio probatório visa aferir se o funcionário apresenta capacidade para o exercício do cargo, referentes à moralidade, assiduidade, disciplina e eficiência, estando inexoravelmente ligado ao instituto da estabilidade, e como comprovação destas aptidões o estágio probatório deve ser seguido de uma avaliação especial, realizada por uma Comissão instituída para esse fim.

Estabilidade

A estabilidade, no direito brasileiro, tem sido entendida como a garantia de permanência no serviço público, assegurada, após dois anos de exercício, ao servidor nomeado por concurso, que somente pode perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa¹.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo, Atlas, 2002. p. 479.

O instituto estabilidade sofreu várias modificações com a Emenda Constitucional nº 19/1998, tornando-se conceitualmente como a garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada ao servidor que, nomeado para o cargo de provimento efetivo, em virtude de concurso público, tenha transposto o estágio probatório de três anos, após ser submetido à avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade².

Estabilidade X Estágio probatório

Até a EC nº 19/1998, a estabilidade e o estágio probatório possuíam o mesmo prazo de dois anos, o que causava uma certa confusão entre estes. Todavia, os dois institutos, embora intimamente ligados, possuem conceitos diferenciados, o que faz alguns interpretarem que a Emenda Constitucional nº 19/98 alterou somente a Estabilidade, permanecendo o Estágio Probatório, nos termos da Lei nº 8.112/90, pelo prazo de 24 meses.

Essa corrente fundamenta seu entendimento na doutrina que estabelece a diferença entre os dois institutos. A começar pela natureza jurídica destes, a estabilidade é um direito constitucional, visa a garantia de permanência no cargo, salvo pelas razões estabelecidas pela própria Constituição em seu art. 41, § 1º.

Já o Estágio Probatório tem natureza jurídica de ordem administrativa, indicando um período de teste para o servidor, visando avaliar a capacidade de adaptação do servidor às necessidades do cargo, trata-se de mais uma etapa de aferição do indivíduo que assume cargo público efetivo. Daí sua natureza administrativa, devendo seu regramento ser estabelecido por legislação infraconstitucional; ao contrário da estabilidade, que é matéria constitucional, objeto da atividade do Poder Constituinte, sendo alterado por emendas constitucionais, como ocorreu quando da EC 19/1998.

Com fundamento nestes argumentos acima relatados, parte dos juristas entendem serem a estabilidade e o estágio probatório institutos completamente diferentes; assim, essa corrente defende a tese de que o estágio probatório permanece pelos 24 meses estabelecidos pela Lei nº 8.112/90, só podendo ser alterado pelo advento de nova lei infraconstitucional que trate do assunto.

Nessa linha, a Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão exarou parecer não atrelando os dois períodos, esclarecendo que a estabilidade é uma característica da nomeação e adquirida pelo decurso

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. São Paulo, Malheiros, 2002. p. 417.

do tempo, e o estágio probatório serve para a aferição da aptidão e capacidade do servidor, sendo aplicado desde o instante em que se entra no exercício do cargo. Ainda neste parecer, apresentou que a estabilidade tem caráter objetivo, adquirido pelo decurso do tempo, enquanto o estágio probatório tem critério subjetivo, observando a aptidão e capacidade do servidor.

Data máxima vênua, esse entendimento está dissociado dos objetivos da EC nº 19/1998; nesta o legislador pretendia assegurar a eficiência do serviço público, enumerando um nova condição à aquisição da estabilidade no § 4º do art. 41 da CF, tornando obrigatória a avaliação de desempenho para a aquisição da estabilidade durante o período de três anos que a antecede. Vê-se, assim, que a estabilidade agora tem uma condição de caráter subjetivo, na qual se inclui a aprovação no estágio probatório como condição à aquisição da estabilidade.

Além do mais, desconhecer o vínculo existente entre estágio probatório e estabilidade consiste em retirar a utilidade do primeiro instituto, pois mantendo-se o prazo de 24 meses para o estágio probatório indaga-se o que seria assegurado ao servidor após sua aprovação? A resposta logicamente é nada, tendo em vista que o servidor continuaria sem estabilidade.

Portanto, o estágio probatório é o período compreendido entre o início do exercício do cargo e a aquisição da estabilidade decorridos os três anos estabelecidos pela Constituição Federal. Assim é que diversos Órgãos têm alterado seus regimentos e adequado o estágio probatório às novas condições e ao novo prazo estabelecido pela EC nº 19/1998.

Nesse sentido, verifica-se a necessidade que os prazos para a estabilidade e estágio probatório sejam coincidentes. Caso não seja este o entendimento, estar-se-ia diante de uma situação esdrúxula, vez que durante o período de um ano estaria o servidor livre de qualquer avaliação, aguardando somente o decurso do tempo para a aquisição da estabilidade, o que vai de encontro ao dispositivo preconizado na Emenda nº 19/98, que objetiva a realização de avaliações periódicas durante o período de três anos em atenção ao princípio da eficiência do serviço público.

Apesar de serem institutos distintos, não se pode negar que ambos estão inexoravelmente ligados, ainda mais em face do que dispõe o art. 28 da multicitada EC nº 19/98:

Art. 28. É assegurado o prazo de dois anos de efetivo exercício para aquisição da estabilidade aos atuais servidores em estágio probatório, sem prejuízo da avaliação a que se refere o § 4. do art. 41 da Constituição Federal.

Como se observa, o legislador deixou claro o liame existente entre o estágio probatório e a estabilidade. Dessa forma, apesar de terem naturezas jurídicas diferenciadas, não se pode olvidar a prevalência do preceito constitucional sobre a Lei nº 8.112/90.

Conclusão

A Emenda Constitucional nº 19/1998, elaborada com o fito de promover a Reforma Administrativo do Estado, modificou o prazo para aquisição da estabilidade, passando a ser de três anos – antes era de dois anos - visando, em especial, atender ao princípio da eficiência. Tal alteração acabou suscitando interpretações divergentes quanto aos institutos do estágio probatório e da estabilidade, visto que a Lei nº 8.112/90 prevê o prazo de 24 meses para avaliação do primeiro.

Analisando à luz da legislação e da doutrina, verifica-se que esta questão ainda suscita certa discussão. Não obstante, apesar dos critérios e natureza jurídica serem diferenciados, o que possibilitou divergências entre os estudiosos, entende-se que o estágio probatório é instituto indissociável da estabilidade, sendo assim mais um requisito para aquisição da estabilidade, e por ser norma de ordem administrativa e subjetiva, defende-se a derrogação da norma prevista no art. 20 da Lei nº 8.112/90. Mesmo porque a intenção do legislador era alterar tanto o tempo para aquisição da estabilidade quanto o do estágio probatório, pois seria totalmente descabido um servidor passar por um estágio de 24 meses e permanecer esperando o lapso temporal de um ano para aquisição da estabilidade.

Nesse sentido e verificando as disposições que regem os dois institutos, sendo a estabilidade prevista na Carta Maior, e o estágio probatório em normas infraconstitucional, acredita-se firmemente que a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, o período do estágio probatório passou a ser de três anos ou trinta e seis meses.

Bibliografia

1. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo, Atlas, 2002.
2. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. São Paulo, Malheiros, 2002.

3. www.ergaomnesconcursos.hpg.ig.com.br/estagio.htm
4. www.prhae.ufpr.br/manual/N040.HTM
5. www.prt22.mpt.gov.br/trabevan13.htm
6. www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev10_leila.html
7. www.vemconcursos.com.br/opiniaof/index.phtml?page_sub=5&page_id=756

O INTERESSE PÚBLICO, O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS TRIBUNAIS DE CONTAS

Inácio Magalhães Filho
Inspetor da 4ª ICE do TCDF

A conceituação do termo “interesse público” é tarefa das mais árduas, se não impossível, devido não só à multiplicidade de aspectos pelos quais pode ser focado, como, particularmente, pela natural erroneidade de seu conceito. É sempre mais simples e factível desdobrar a sua idéia do que formular um conceito único que lhe possa abarcar a expressão inteira.

A par disso, faz se mister socorrer se na lição de Milton Sanseverino que entende que interesse público é o pertinente a toda a sociedade, personificada no Estado. o interesse a preservação permanente dos valores transcendentais dessa sociedade. Não é assim interesse só do Estado, enquanto pessoa jurídica empenhada na consecução de seus fins. É o interesse de todos, não é de ninguém.

Plácido e Silva afirma que interesse público é o que assenta em fato ou direito do proveito coletivo ou geral. Está, pois, adstrito a todos os fatos ou todas as coisas que se entendam de benefício comum ou para proveito geral, ou que se imponham por uma necessidade coletiva.

Vê se, portanto, que interesse público constitui interesse de que todos compartilham e é aquele em que predomina a presença do Estado. Assim tal

expressão evoca a figura do Estado e aqueles interesses que o Estado escolheu como mais importantes, por representarem os valores prevalentes na sociedade.

Como o interesse público invoca a presença do Estado Legislador ou do Estado Administrador e considerando a natureza do interesse a ser tutelado, a competência para verificar sua efetividade é delegada a certos órgãos ou agências governamentais.

A indagação que se faz e que órgãos são esses? A primeira resposta que sobressai, sem dúvida alguma, é o Ministério Público. Isto porque a partir da Constituição da República 1988 esse *parquet* ficou responsável pela proteção do interesse público, como representante do Estado.

Outros órgãos exercem essa função, como os Tribunais de Contas, que vêm se aperfeiçoando para exercer o seu mister constitucional de fiscal das contas públicas, mas não resta dúvida que, atualmente, é o Ministério Público que melhor representa os interesses públicos da sociedade brasileira.

Na legislação alienígena, em especial na de Portugal, há uma previsão expressa ao princípio da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadão . Esse princípio geral de direito administrativo informa que órgãos da Administração Pública compete prosseguir o interesse público, tendo por limite o respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Nestes termos, no exercício de suas funções, os funcionários e agentes da Administração Pública estão exclusivamente ao serviço do interesse público.

Depreende se, assim, que essa contribuição estrangeira é bem vinda ao Direito Brasileiro, podendo se utilizá-la para deixar claro qual é realmente o papel do agente público que vez por outra encontra se esquecido.

Diante do que foi exposto, conclui se que interesse público é sinônimo de interesse geral da sociedade; interesse do Estado enquanto comunidade política juridicamente organizada, ou seja, o Estado como expressão suprema da organização ético jurídica da sociedade. A proteção desse interesse público está a cargo do Estado por meio do Ministério Público a quem cabe fiscalizar o seu exercício, inclusive dos agentes públicos que devem estar exclusivamente a serviço da coletividade, bem como aos Tribunais de Contas a quem cabe a função de fiscal das contas públicas.

**O ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS
IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO POSITIVO
VIGENTE NO DF**

Marcus Abreu de Magalhães
Analista de Finanças e Controle Externo do TCDF

Sinopse

O presente artigo pretende debater o Direito Positivo aplicável aos servidores públicos no Distrito Federal em dois momentos: a aplicação da Lei Federal nº 8.112/90 no DF e a tutela por lei complementar reservada ao estatuto dos servidores civis pela Lei Orgânica do Distrito Federal - LODF.

A primeira parte do trabalho aborda os limites à aplicação no DF da Lei Federal nº 8.112/90, sugere critérios para a identificação do ordenamento jurídico vigente na esfera distrital e oferece exemplo concreto da integração da Lei (DF) nº 197/91, que determinou a aplicação da Lei Federal nº 8.112/90 no DF, com as demais normas distritais pertinentes.

A segunda parte do estudo aborda a recepção do ordenamento jurídico anterior pela LODF e o Regime Jurídico dos Servidores do DF como lei complementar.

Introdução

A mera identificação de ordenamento jurídico positivo vigente não deveria, à primeira vista, merecer a leitura de todo um artigo. Contudo a questão, contudo, é digna de apreciação, em especial por agentes públicos que precisam identificar corretamente a norma a ser aplicada, e, mais ainda, pelos agentes de controle que verificam a legalidade dos atos praticados pelos primeiros.

Assim, este artigo, eminentemente jurídico, também poderá interessar servidores públicos versados em outros ramos do conhecimento. As idéias apresentadas apenas descrevem a controvérsia, sendo insuficientes para apaziguá-la. Portanto, para que melhor juízo possa assentar em definitivo a doutrina correta, às considerações.

A aplicação no DF da Lei Federal nº 8.112/90

O Distrito Federal aplica o texto da Lei Federal nº 8.112/90 vigente em 04 de dezembro de 1991. Essa data refere-se à promulgação da Lei (DF) nº 197/91, que determinou a aplicação subsidiária no DF do Regime Jurídico Único dos Servidores Cíveis da União. As alterações no estatuto federal, promovidas pela União, não são automaticamente aplicáveis ao DF, ao tempo em que, na esfera distrital, são aplicadas as alterações promulgadas pela Câmara Legislativa.

Neste título, apresenta-se o contexto da incorporação da Lei Federal ao ordenamento distrital, a impossibilidade de delegação de competência legislativa, os efeitos da aplicação da legislação importada e a repercussão da Emenda nº 19/98 à Constituição Federal.

I - Antecedentes

No início da década de 1990, a então novel Câmara Legislativa do Distrito Federal - CLDF reconheceu a importância de apresentar Estatuto Jurídico para os servidores públicos, compatível com os princípios da Constituição Federal de 1988. Porém, diante da dificuldade em realizar mister de tal magnitude, em tempos e prazos compatíveis com a urgência imposta pelo vácuo normativo, optou por aplicar no DF as disposições relativas ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis da União - RJU, Lei Federal nº 8.112/90.

A medida realizou-se mediante a inclusão de "*outras providências*" no texto da Lei (DF) nº 197/91, que originalmente se destinava apenas a regular a antecipação de remuneração de carreiras cíveis do DF em fins de 1991, registrando sua ementa o seguinte: "Dispõe sobre antecipação a ser compensada quando

da revisão geral de remuneração dos servidores públicos, altera vencimentos básicos das carreiras que menciona e dá outras providências”

Essas outras providências consubstanciaram-se no art. 5º a seguir reproduzido. O enxerto içou a Lei (DF) nº 197/91 a Regime Jurídico dos Servidores Cíveis do DF, transcendendo, em importância, o objetivo primitivo da norma.

Art. 5º - A partir de 1º de janeiro de 1992, aos servidores da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Distrito Federal aplicar-se-ão, no que couber, as disposições da Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e legislação complementar, até a aprovação do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos do Distrito Federal pela Câmara Legislativa.

Assim, adotou o Distrito Federal o texto da Lei Federal nº 8.112/90, vigente em 04 de dezembro de 1991, data de promulgação da Lei (DF) nº 197/91. Todavia, as alterações posteriores promulgadas pela União para os seus servidores não alcançaram o Distrito Federal, pois a CLDF é impedida de delegar a competência legislativa distrital.

II – Da impossibilidade de delegação da competência legislativa

A competência legislativa é indelegável (princípio constitucional registrado no art. nº 53 §1º da LODF), o que impede a CLDF de atribuir ao Congresso Nacional a capacidade de produzir a legislação distrital. A norma distrital que determinou a aplicação supletiva do RJU da União, porquanto vigente e conhecida na data de promulgação da Lei DF nº 197/91, logra ser admissível juridicamente, porque se presume que a CLDF tenha tomado conhecimento do conteúdo daquela norma federal e decidido por sua serventia ao Distrito Federal. Porém, inadmissível o conhecimento das alterações futuras, que ainda seriam cogitadas pelos parlamentares federais, e, portanto, impossível a apreciação prévia pela CLDF, necessária para autorizar a extensão dessas modificações à esfera distrital.

Dessa forma, o Distrito Federal, no aguardo do estatuto próprio, adota supletivamente a redação da Lei Federal nº 8.112/90, com o texto de 04 de dezembro de 1991. Como visto, as alterações promovidas pela União para o estatuto federal não surtem efeito no DF; por sua vez, o GDF promove alterações no estatuto dos servidores distritais, mediante a promulgação de leis próprias.

O Distrito Federal, entretanto, jamais aprovou o Regime Jurídico específico dos Servidores Públicos do DF, previsto no art. 5º da Lei DF nº 197/91 e no art. 75, II, da LODF. A carência de estatuto próprio dificulta a consolidação das normas

distritais e a integração com o regime jurídico federal, requerendo extrema cautela do intérprete na exegese de cada caso concreto.

III – Da revogação: a ab-rogação

O art. 5º da Lei DF nº 197/91 supra-reproduzido determinou a aplicação do RJU da União para os servidores do DF. Como se extrai desse artigo, tal aplicação destinava-se a vigorar temporariamente, até a elaboração de regime jurídico próprio dos servidores distritais. Além disso, a aplicação da norma federal ficou limitada pela inserção da restrição “*no que couber*”, a qual será abordada no próximo tópico.

Analisa-se aqui a impossibilidade de a Lei DF nº 197/91 promover a ab-rogação dos dispositivos vigentes, reguladores do regime dos servidores públicos do DF. A norma importada carece de vigor para afastar completamente as normas distritais vigentes anteriores, pois a lei nova não promoveu a revogação expressa nem a revogação tácita das normas anteriores.

O fenômeno da revogação tácita é apresentado pela lição de Washington de Barros¹, *in verbis*:

É tácita, ou por via oblíqua, a revogação, se a lei nova, sem declarar explicitamente revogada a anterior: a) – seja com esta incompatível; b) – quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (LICC art. 2º, §1º, última parte).

A Lei DF nº 197/91, ao aplicar no DF a Lei Federal, não promoveu a revogação expressa de nenhuma norma anterior, tampouco poderia pretender regular inteiramente a matéria na esfera distrital, pois expresso em seu próprio texto o caráter transitório e subsidiário da regra. A derrogação por incompatibilidade será abordada no tópico seguinte.

O RJU da União adentrou o ordenamento jurídico distrital como mero paliativo, sendo incapaz, portanto, de regular inteiramente a matéria no âmbito distrital. A insuficiência dessa norma em esgotar a matéria decorre precipuamente da impossibilidade de o texto de norma federal, geneticamente destinado a regular esfera distinta, satisfazer completamente as peculiaridades locais.

Assim, ausentes os fundamentos da ab-rogação, previstos pelo §1º do art. 2º da Lei de Introdução do Código Civil - LICC, a sobrevivência dos dispositivos legais pré-existentes há de ser analisada caso a caso.

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v.1. p. 227

IV – Da revogação: a derrogação

A ressalva “*no que couber*” consignada no corpo do art. 5º da Lei DF nº 197/91 caracterizaria o caráter estritamente supletivo² da Lei Federal nº 8.112/90 no Distrito Federal. Dessarte, esse caráter subsidiário acarretaria a prevalência das normas distritais anteriores sobre as normas importadas da União.

O art. 4º da LICC permite ao intérprete suprir o “vazio normativo”, valendo-se de regras de interpretação, integração e aplicação das normas, socorrendo-se de meios supletivos, a saber, a analogia, o costume, os princípios gerais de direito e a equidade. Do mesmo modo, é freqüente a indicação expressa de norma subsidiária como primaz para preenchimento de lacuna jurídica.

PONTES DE MIRANDA, ao tratar do direito completante (*ergänzendes Recht*), doutrina, *in verbis*: “O direito dispositivo completa, no sentido de que não fique branco onde seria de se esperar que o figurante ou figurantes manifestassem algo.”

Adiante, prossegue:

Regras jurídicas integrativas e regras jurídicas remissivas. – Há regras jurídicas que apenas completam a expressão de outras, ou porque definam, e.g. (...), ou porque sirvam a reduzir, ampliar, ou modificar outra regra jurídica.

No ordenamento jurídico nacional encontram-se inúmeros exemplos de leis subsidiárias indicadas como primeiro critério supletivo para colmatar lacuna normativa, quando o ordenamento não regula os numerosos casos possíveis. *Exempli Gratia*:

A Súmula nº 103 TCU assere “Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil.”

A Lei nº 9.099/95 prevê regras diferenciadas para a execução das sentenças dos Juizados Especiais, reservando ao Código de Processo Civil mero caráter supletivo: “art. 52 – A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, *no que couber*, o disposto no CPC, com as seguintes alterações: (...)”

Por conseguinte, a partícula “*no que couber*” inserta no art. 5º da Lei DF nº 197/91, conferiria à Lei Federal 8.112/90 o caráter de mero instrumento subsidiário, elemento integrador ou forma de colmatação de lacunas do ordenamento jurídico distrital.

² O termo “Supletivo” ou “subsidiário”, no sentido aqui empregado, não se refere à natureza dispositiva da lei, predominante em regra de direito privado. Mas à característica de a lei escolher norma específica como primeiro recurso para colmatar lacunas do ordenamento, espécie de analogia legis pré ordenada.

³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. tomo I. p. 62 e 65.

Não obstante os argumentos expendidos acima, registra-se a tendência a que a Lei nº 8.112/90 seja considerada lei nova a integrar plenamente o ordenamento jurídico distrital. Tal se deve à superior técnica legislativa do diploma federal e à abundante doutrina disponível acerca daquela norma. A facilidade de aplicação do estatuto federal contraposta à complexidade das esparsas normas distritais promove verdadeira disposição natural à adoção local do regime federal.

V – Da Emenda nº 19/98 à Constituição Federal

A Emenda nº 19 à Constituição Federal, de 5 de junho de 1998, retirou do art. 39 da Carta Federal a obrigatoriedade de organização dos servidores públicos em regime jurídico único. Contudo, a LODF não teve seu texto alterado em razão dessa emenda. Por força da reprodução obrigatória de alguns princípios da Carta Federal, entretanto, não se pode deixar de analisá-la à luz do novo texto constitucional.

Os arts. 15, XIII, e 33 *caput* da LODF ainda prevêem a organização dos servidores distritais em Regime Jurídico Único. Como será abordado no último título, a Doutrina⁴ e a Jurisprudência do STF⁵ estabelecem a existência de princípios constitucionais *sensíveis*, *extensíveis* e *estabelecidos* todos de observância obrigatória pelos poderes constituintes decorrentes⁶.

O atual texto da Constituição Federal não mais obriga a adoção de regime jurídico único para os servidores. A alteração do texto constitucional, todavia, não implica a vedação da adoção de regime único por unidades da federação ou mesmo pela União, que, mediante previsão legal infra-constitucional, poderia instaurar o mesmo estatuto para todos seus servidores.

O *caput* do art. 33 da LODF *in fine* suscita outra dúvida, *in verbis*: “Art. 33. O Distrito Federal instituirá regime jurídico único e planos de carreira para os

⁴ *vide* nota 7 (Alexandre de Moraes; José Afonso da Silva; Raul Machado Horta)

⁵ STF – pleno – ADIn MC 216 (PB) – 23/5/1990 - Rel. Min. Célio Borja, Rel. Acórdão Min. Celso de Mello. Publicação DJ 07/5/1993 pp. 08325

⁶ Há quem, fundamentadamente, rejeite essa terminologia, que, no entanto, é adotada por José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes, *v.g.*, “A terminologia Poder Decorrente, ao invés de Poder Constituinte Decorrente, foi escolhida porque constituinte, do latim *constituere*, é a denominação correta apenas para o Poder Constituinte, em virtude de ser este que poder o que estrutura o ordenamento jurídico de forma originária. Tanto o Poder Reformador quanto o Poder Decorrente atuam depois de as estruturas jurídicas estarem formuladas, acabadas, não cabendo nominá-los como constituintes. Poder Decorrente é aquele responsável por criar as Constituições dos Estados Membros. É um poder que foi criado pela Constituição Federal, decorrente da sua vontade, e, portanto, deve se subordinar aos seus direcionamentos.” *in* artigo: Limites ao Poder Decorrente - AGRA, WALBER DE MOURA. *in* Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape nº 14. disponível em [<http://www.esmape.com.br/revista/Revista14.htm>]

servidores da administração pública direta, autárquica e fundações públicas, nos termos do art. 39 da Constituição Federal.”

Como afirmado, o art. 39 da Constituição Federal não mais prevê a obrigatoriedade de regime jurídico único. Assim, impende descobrir se a Emenda PONTES DE 19 à CF teria alterado o art. 33 da LODF. Aparentemente não, pois seria possível a adoção das disposições do art. 39 da Carta Federal acrescidas da obrigatoriedade de implementação do Regime Jurídico Único, tal como prevista nos arts. 15, XIII, e 33 *caput* da LODF. Em verdade, porém, a matéria diz respeito à organização administrativa do Estado e, portanto, constitui norma de preordenação, preceito de observância obrigatória pelos Estados-membros em sua auto-organização.

Assim, a adoção do regime jurídico único no DF poderia ocorrer apenas no plano legal, mediante a adoção do mesmo regime para todos os servidores públicos. A LODF possui caráter de norma fundadora do ordenamento distrital, equivalente *grasso modo* às Constituições Estaduais, e não pode manter, no plano constitucional derivado-decorrente, imposição retirada da Constituição Federal relativa à unicidade do regime jurídico dos servidores públicos.

VI – Do Direito positivo aplicável aos servidores

Por todo o exposto, verifica-se que o estatuto dos servidores do DF não é regido por normas infra-constitucionais federais. A aplicação da Lei Federal nº 8.112/90 ocorre por força da Lei (DF) nº 197/91 e limita-se ao texto vigente em 04 de dezembro de 1991.

Apresenta-se, à guisa de ilustração, exemplo adrede selecionado concernente à integração de normas relativas ao estatuto dos servidores públicos do DF. A ilustração, além de pretender despertar a atenção do leitor, emprega os critérios referidos neste título.

O regime de 30 horas semanais no DF

I – Da Regra Geral: a Lei (DF) nº 34/1989

O horário de trabalho genérico dos servidores da Administração Pública do DF – como estatuído pelo artigo 1º da Lei nº 34, de 13 de julho de 1988 – é o regime de trinta horas semanais, *in verbis*: “Lei 34/89 - Art. 1º - Os servidores civis da Administração Direta e autárquica e das Fundações Públicas do Distrito Federal ficam sujeitos ao regime de trinta horas semanais de trabalho.”

Tanto é assim que o horário de funcionamento das repartições públicas distritais foi alterado diversas vezes ao longo dos últimos anos – em especial por ocasião do racionamento de energia elétrica – porém sem reflexos na carga horária diária ou no regime de 30h semanais. Sobressaem, pela abrangência sobre todo o Poder Executivo distrital, a Orientação Normativa nº 003/94-SRH/SEA; a Portaria SGA nº 071/2001; a Portaria SGA 139/2001; a Portaria SGA 347/2002; e a Portaria SGA nº 379/2002.

O mais recente regulamento acerca do tema é a Portaria 0710/2002 da Secretaria de Gestão Administrativa - SGA, que estabelece o funcionamento ininterrupto das unidades administrativas entre 8h e 18h, com o aproveitamento das instalações fixas em dois turnos de trabalho.

Cumprе ressaltar que o horário praticado pela Administração Direta no DF decorre da aplicação da Lei nº 34/89. As portarias e demais regulamentos não têm o encanto de criar, extinguir ou modificar direitos, pois ninguém será obrigado senão em virtude de lei. A lei, e apenas a lei, tem força para comandar a todos aqueles que se subsumam à situação geral nela prevista – *lex est commune praeceptum*. As normas infralegais, tais como decretos, portarias e resoluções administrativas, apenas podem promover a fiel execução das leis, nos termos do art. 100, VII, da LODF.

A principal alteração ao regime de trabalho genérico de 30h semanais, instituído pela Lei nº 34/1989, foi a faculdade, criada pelo art. 1º da Lei DF nº 948/1995, concedida aos servidores integrantes de carreiras da Secretaria de Saúde, de poderem optar por regime de 40h semanais, com correspondente incremento em seus vencimentos para assegurar a manutenção da proporcionalidade salarial.

Mais recentemente, o art. 1º da Lei DF nº 2.663/2001, estendeu às demais carreiras do serviço público do DF essa possibilidade de opção pelo regime de 40h semanais – com o proporcional incremento nos vencimentos – desde que conjuminada com a necessidade e o interesse da Administração. Por conseguinte, coexistem no âmbito da Administração Pública do DF os regimes de trabalho padrão e facultativo, de 30h e 40h semanais, respectivamente.

II – Da integração do regime distrital com a Lei nº 8.112/90

O exemplo, que ilustra a incoerência de ab-rogação em virtude da aplicação do texto da Lei Federal nº 8.112/90 no DF, revela ser a carga horária de trinta horas semanais compatível com as disposições da Lei nº 8.112/90.

Confira-se, no exemplo proposto, que não há conflito de normas, pois o art. 19 da Lei nº 8.112/90 tão somente restringe a *duração máxima* do trabalho em 40h semanais e delimita a carga horária entre 6h e 8h diárias. *O regime de trabalho de 30h semanais, vigente no GDF, se enquadra nesses limites*. Logo, ocorre a coexistência pacífica entre as leis distritais: a Lei DF nº 34/89, que instituiu o regime de trinta horas semanais, e a Lei DF nº 197/91, que determinou a aplicação supletiva do RJU Federal - Lei nº 8.112/90.

Além da lei, existe a previsão excepcional, desde que mediante regular processo legislativo, de a CLDF editar Resoluções com expressa “força de lei” destinadas a normatizar o funcionamento dos serviços internos daquela Casa. Nesse sentido, o corpo técnico auxiliar da CLDF passou a cumprir o regime de 40h semanais de trabalho, por força do art. 68 da Resolução CLDF nº 35/1991. Registra-se que o recente Ato da Mesa Diretora da CLDF nº 20, de 27 de fevereiro de 2003, com a competência delegada pelo parágrafo único do mesmo art. 68 da Resolução CLDF nº 35/91, restabeleceu o regime de 30h semanais na CLDF.

Da recepção das normas pela Lei Orgânica do Distrito Federal

A Câmara Legislativa - CLDF promulgou a Lei Orgânica do Distrito Federal - LODF⁷ com os poderes derivados do art. 32 *caput* da Constituição Federal. A LODF é reconhecida como a Lei Magna distrital, pois, apesar de promulgada pelo poder decorrente, possui *status* constitucional em relação ao ordenamento jurídico do Distrito Federal.

Assim, quando da promulgação da LODF, as normas anteriores materialmente compatíveis com ordenamento jurídico superveniente foram recepcionadas. Não há de se falar em inconstitucionalidade das normas pré-existentes que não sejam materialmente compatíveis com o novo ordenamento, essas simplesmente não serão recepcionadas⁸.

Cumprir enfatizar que, para o fenômeno da recepção, é irrelevante a análise da compatibilidade formal. Assim, a norma anterior, se materialmente compatível, será alçada ao nível hierárquico apropriado, previsto no novel ordenamento jurídico.

⁷ A LODF foi publicada pela primeira vez em suplemento próprio do Diário da Câmara Legislativa de 08.06.1993.

⁸ “A compatibilidade dos atos normativos e das leis anteriores com a nova constituição será resolvida pelo fenômeno da recepção, uma vez que a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento juridicamente idôneo ao exame da constitucionalidade de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da constituição atual.” MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 583-4

Didaticamente, o exemplo tradicional é o do Código Tributário Nacional, que, promulgado pela Lei Ordinária nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, foi guindado à norma com eficácia de lei complementar pelo art. 18, §1º, da Carta de 67/69. Quando do advento da Constituição Cidadã, o diploma foi novamente recebido como lei complementar, por força do art. 146 da nova Carta.

Portanto, as normas reguladoras do regime jurídico dos servidores públicos anteriormente vigentes e materialmente compatíveis foram recepcionadas em conformidade com os novos critérios previstos na LODF. Essa assertiva apresenta especial relevo para o próximo tópico.

O Regime Jurídico dos Servidores do DF como Lei Complementar

I – Da Reserva à Lei Complementar Preconizada pela LODF

O art. 75 da Lei Orgânica determina *quorum* especial e numeração distinta para as leis complementares no DF. O inciso II do parágrafo único, desse mesmo artigo, reserva à lei complementar a matéria pertinente ao estatuto dos servidores públicos civis.

Diante disso, as normas então vigentes relativas ao regime jurídico dos servidores públicos do DF foram recebidas pela nova LODF com eficácia de leis complementares. A consequência principal dessa exegese é a necessidade de as alterações no estatuto dos servidores civis requererem, desde então, a veiculação de leis complementares.

Logo, a Lei Ordinária (DF) nº 197/91 – que carrega para o DF o texto da Lei Federal nº 8.112/90 com a redação de 04 de dezembro de 1991 – estaria içada ao patamar de lei complementar, porquanto anterior à promulgação da LODF, que ocorreu apenas em 1993, malgrado o prazo de um ano determinado pelo art. 11 do ADCT/CF.

Malgrado a LODF ter reservado o estatuto dos servidores públicos à lei complementar, o parlamento distrital veiculou diversos diplomas ordinários com o fito de alterar a matéria na última década. Logo, não é ocioso o exame deste título, pois, caso não refutada a assertiva, as leis ordinárias que pretenderam modificar o estatuto dos servidores públicos após o advento da LODF estariam contaminadas de nulidade formal insanável, por vício genético, decorrente de ser a lei ordinária impotente para alterar disposição de lei complementar.

A questão torna-se sobremaneira delicada, ao serem acrescentadas algumas considerações casuísticas, e não meramente jurídicas. Com efeito, o

caso concreto – apartado das considerações técnico-jurídicas – revela que, após 1993, as alterações no estatuto jurídico dos servidores do DF continuaram a ser veiculadas, em grande medida, por leis ordinárias. A análise casuística do teor das alterações, operadas nesse decênio, contabiliza a mitigação de direitos, vantagens e privilégios dos servidores públicos. Apesar de também terem sido promulgadas leis complementares acerca do tema, as alterações por leis ordinárias monopolizaram os temas pertinentes à redução de direitos dos servidores, certamente por requererem *quorum* simplificado. Assim, a presente controvérsia reveste-se de foros de alta indagação ao ser considerada a possibilidade do reconhecimento do vício formal e conseqüente anulação *ex tunc* daquelas leis ordinárias.

No próximo tópico, apresenta-se sofisticado argumento jurídico, com respaldo em jurisprudência do Excelso Pretório, quiçá propício para afastar a obrigatoriedade de lei complementar e socorrer o Erário. Em seguida, no derradeiro tópico, são alistados argumentos favoráveis à admissibilidade de reserva à lei complementar pela LODF.

II - Da Reprodução Obrigatória da Constituição Federal

Doutrina constitucional de escol⁹ determina a reprodução obrigatória pelos Estados-membros dos princípios constitucionais *sensíveis*, *extensíveis* e *estabelecidos*.

No caso em exame, os princípios estabelecidos são os que melhores chances oferecem para o propósito de afastar a tutela do estatuto dos servidores civis do DF por lei complementar prevista na LODF.

Os *princípios constitucionais estabelecidos* são aqueles que limitam a autonomia dos Estados para se auto-organizar. No âmbito da Constituição Federal cuidam da organização da própria federação e estabelecem preceitos de observância obrigatória pelos Estados. Esses princípios, freqüentemente, encontram-se implícitos e dispersos ao longo do texto constitucional.

O consagrado constitucionalista José Afonso da Silva¹⁰ classifica essas limitações implícitas em *vedatórias* e *mandatórias*. As primeiras, de ordem negativa, proíbem os Estados-membros de praticar ato ou procedimento; as

⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. p. 594; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 257-8; HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. p. 67-73.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. p. 595-6.

últimas, de ordem positiva, prescrevem aos Estados-membros a reprodução de princípios insculpidos na Carta Federal.

Necessário, portanto, buscar no texto constitucional federal *limitação vedatória implícita* à adoção de lei complementar para o estatuto dos servidores públicos civis por parte do DF. Outrossim, pode ser encontrada *limitação mandatária implícita* na Constituição, a qual importaria a exigência da adoção no DF da mesma hierarquia legislativa adotada pela União para o regime jurídico dos servidores públicos federais.

A Doutrina identifica os princípios da Administração Pública insculpidos na Constituição Federal como *princípios extensíveis explícitos mandatários*, de reprodução obrigatória, portanto, pelas Constituições Estaduais. Nesse sentido, leciona José Afonso da Silva¹¹:

Limitações Expressas ao Constituinte Estadual

(...)

As *mandatárias* consistem em disposições que, de maneira explícita e direta, determinam aos Estados a observância de princípios, de sorte que, na sua organização constitucional e normativa, não que adotá-los, o que importa confranger sua liberdade organizatória aos limites positivamente determinados; assim, por exemplo, o Constituinte Estadual tem que dispor: (a) ... (b) sobre sua *Administração Pública*, mas não pode senão adotar princípios referidos nos arts. 37 a 41; não só na organização constitucional estadual tais princípios não de ser obedecidos – praticamente nada mais os Estados podem fazer senão transcrevê-los em sua essência – mas ainda terão que segui-los na sua legislação ordinária e nas práticas governamentais, sob pena de inconstitucionalidade; os Estados, contudo, poderão inovar no sentido mais rigoroso, por exemplo, na adoção dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade; v. g., podem impor maiores restrições à publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, em função de seus interesses peculiares; (grifos originais)

A jurisprudência compartilha a mesma trilha. O Procurador da República Dr. José Adércio L. Sampaio alista precedentes da Suprema Corte relativos à reprodução obrigatória pelo Poder Decorrente de princípios constitucionais estabelecidos. Com o objetivo de esclarecer o entendimento jurisprudencial pelo método indutivo, são reproduzidos, a seguir, aqueles pertinentes à Administração Pública, apreciados e considerados de reprodução obrigatória pelo STF¹².

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. p. 594-5

¹² SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. p. 589 -91.

IX. Regras e princípios da Administração Pública

Tais normas e princípios estão presentes nos artigos 37 a 41 da Constituição Federal, tais como: a) necessidade de prévia aprovação em concurso público para investidura, havendo-se por inconstitucional dispositivo que permite a transferência definitiva a órgão ou Poder em que se encontra o servidor, lotado originariamente em outro cargo, órgão ou Poder, pelo simples fato de ali estar cedido ou prestando serviço temporário na época da promulgação da Constituição Estadual; ou que possibilita o aproveitamento de titular de outra investidura, seu reenquadramento, acesso e reinvestidura automática ou facultativa, a readmissão de servidor cujo afastamento tenha evitado a aquisição da estabilidade prevista no artigo 19 do ADCT; b) normas que regulamentam a aposentadoria; c) extensão aos servidores públicos estaduais de direitos reservados aos trabalhadores privados que a Constituição Federal não quis, expressamente, incluir entre aqueles listados pelo art. 39, § 2º d) vinculação entre vencimentos ou soldos, tirante os casos expressos na Constituição Federal, de servidores públicos federais, estaduais e municipais, entre si; e) prorrogação de delegações de serviço público, por tradição e sem mais; f) conceituação de remuneração extraordinária de servidores do Legislativo de modo diverso do que ocorre com os dos demais Poderes, em afronta ao princípio da isonomia (art. 39, § 1.º, originário); i) previsão de disponibilidade para o servidor, eleito Deputado estadual, ao concluir o mandato. Admite-se, contudo, a possibilidade de vir a agravar as restrições impostas ao próprio Estado, em vista de sua finalidade constitucional; g) não pode o constituinte estadual fugir do modelo federal de benefício da pensão por morte (art. 40, § 5.º, originário e atual § 2º), por exemplo, ao dispor que corresponderá à totalidade de vencimentos ou proventos do servidor falecido, independentemente do número de dependentes e até o limite de setenta por cento do teto remuneratório atribuído aos servidores, ao condicionar ao número de dependentes a percepção pelo pensionista do valor integral dos vencimentos ou proventos do servidor público falecido, em face do art. 40, § 2º, CRFB; ao facultar ao servidor público que não tiver cônjuge, companheiro ou dependente, legar a pensão por morte a beneficiários de sua indicação, respeitadas as condições e a faixa etária previstas em lei para a concessão do benefício a dependentes, representando para o Estado ônus incompatível com a finalidade básica do sistema de seguridade social definido pela Constituição, que é a de amparar financeiramente as pessoas cujo nível de vida será presumivelmente afetado com a morte do segurado.

Destarte, caso o intérprete queira afastar a exigência de lei complementar para o estatuto dos servidores prevista na LODF, deverá ele classificar como *princípio constitucional* o rol de matérias sujeitas a lei complementar ou, ao menos, identificar como princípio constitucional a *competência exclusiva das leis ordinárias sobre matéria relativa a estatuto de servidores públicos*.

Para isso, impende analisar o conceito de princípio jurídico, tal como versado pela Doutrina. Inicialmente, apresenta-se a definição de José Afonso da Silva para os princípios constitucionais estabelecidos¹³.

6. Princípios constitucionais estabelecidos

São os que limitam a autonomia organizatória dos Estados; são aquelas *regras que revelam*, previamente, a matéria de sua organização e as *normas constitucionais de caráter vedatório*, bem como os princípios de organização política, social e econômica, que determinam o retraimento da autonomia estadual, cuja identificação reclama pesquisa no texto da Constituição. (grifos originais)

No âmbito do Direito Administrativo, o prof. Celso Antônio Bandeira de Mello define princípio como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo¹⁴.” e adverte: “Negar um princípio é muito mais grave do que descumprir uma norma, mesmo que ambos sejam de cunho constitucional.”

Porém, para a taxonomia hermenêutica interessa a distinção entre princípio, passível de afirmação absoluta e reprodução obrigatória, e mera regra jurídica, de menor envergadura e indigna da observância compulsória por todas as esferas de governo. O professor Gomes Canotilho opera essa distinção mediante critérios técnicos, *in verbis*¹⁵:

1. Normas, regras e princípios

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre *normas e princípios* (*Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. p. 594.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 573-4.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1144

2. Regras e princípios

Saber como distinguir, no âmbito do superconceito *norma*, entre *regras* e *princípios*, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos.

a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.

c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

d) «*Proximidade*» da ideia de direito: os *princípios* são «standards» juridicamente vinculantes radicados nas exigências de «justiça» (Dworkin) ou na «ideia de direito» (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

f) *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.” (grifos originais)

A lição de Canotilho não parece ser favorável ao propósito de dispensar a exigência de lei complementar para o estatuto dos servidores. Sendo assim, caso o intérprete persiga tal objetivo, seria mais conveniente a adoção de definição mais difusa, tal como a proposta por Kildare Carvalho, ministrada em sua obra *Direito Constitucional Didático*¹⁶, *in verbis*:

“2. ACEPÇÕES DO TERMO “PRINCÍPIO”

A palavra *princípio* vem do latim *principium* e significa início, começo, ponto de partida. Na linguagem filosófica, o termo foi introduzido por Anaximandro com o significado de fundamento, causa. Não indica a coisa, mas a razão de

¹⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. p. 217

ser da coisa, ensina *José Cretella Júnior*, pois, ‘no âmbito da filosofia, princípio é o fundamento ou a razão para justificar por que é que as coisas são o que são’¹⁷.” (grifos originais)

Adotando-se essa definição mais flexível para conceituar princípio, seria possível validar o argumento de ser a utilização de lei ordinária para tutelar o regime jurídico dos servidores públicos da União um *princípio constitucional estabelecido* e, portanto, de reprodução obrigatória pelos Estados-membros e pelo DF. Dessa forma, restaria nula a reserva à lei complementar preconizada pelo art. 75, II, da LODF.

III – Dos Limites ao Princípio da Reprodução Obrigatória

Finalmente, são apresentados os argumentos favoráveis à possibilidade de a LODF dispor acerca da competência das leis que lhe são complementares. Este artigo não oferece conclusões definitivas acerca da questão, pois limita-se à apresentação das principais razões de cada lado da polêmica.

Da Presunção de Validade das Normas

Inicialmente, milita em favor da norma vigente a presunção de sua constitucionalidade, eis que não afastada pelo Poder Judiciário. Além disso, é princípio de hermenêutica ser preferível, quando houver alternativas possíveis, a interpretação que melhor preserva a norma promulgada. O reconhecimento da inconstitucionalidade de norma é medida de exceção, destinada a corrigir falha de outro modo insanável.

A suprema corte, todavia, encontra-se abarrotada de arguições de inconstitucionalidade, eis que esse singelo primeiro argumento é mais retórico do que concludente. Passa-se, por isso, rapidamente, ao segundo argumento.

Da Serventia da Lei Orgânica do DF

Este argumento, de ordem lógica, pugna pela relativa autonomia dos Estados-membros no tocante ao conteúdo das Constituições Estaduais. Nesse sentido, asseriu o Procurador Geral da República Dr. Geraldo Brindeiro em parecer acatado pelo STF, e reproduzido pelo Ministro Relator Carlos Velloso na ADIn nº 793 (RO)/1997, *in verbis*¹⁸:

¹⁷ referência inclusa: CRETILLA JR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro. Forense. 1989. v.1; p.129. *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves *ibidem*

¹⁸ STF – pleno – ADIn 793 (RO) 03/4/1997 - Rel. Min. Carlos Velloso. DJ de 16/5/1997. p.19948

15. Os limites à autonomia dos Estados-Membros da Federação quanto à sua capacidade de se auto-organizarem dizem respeito a princípios e não a toda e qualquer norma constitucional federal, sendo que muitas delas - tendo em vista a extensão e o caráter analítico da Carta Federal - nem mesmo têm a natureza de normas constitucionais. *Não há, assim, obrigatoriedade constitucional no sentido de que o Constituinte Estadual copie cada regra constante da Carta Federal, reduzindo praticamente a nada sua autonomia e inerente capacidade de auto-organização e retirando sentido para a existência das Constituições Estaduais.* (original sem grifos)

No mesmo sentido, o Ex.^{mo} Ministro Relator refere-se à lição do prof. Michel Temer¹⁹:

Trata-se de obediência a princípios, não de obediência à literalidade das normas. A constituição estadual não é mera cópia dos dispositivos da Constituição Federal. Princípio, como antes ressaltamos, amparados em Celso Antonio Bandeira de Mello, é mais do que norma: é alicerce do sistema, é sua viga mestra... Tudo a indicar que a competência atribuída aos Estados-membros para se auto-organizarem não é de molde a obrigar mera reprodução do texto federal. Nisso, aliás, o constituinte mostrou-se atento ao princípio federativo.

Em síntese, a teoria da reprodução obrigatória de princípios constitucionais federais requer aplicação comedida, eis que tutela de exceção. Com efeito, não haveria sentido na organização federativa caso fosse determinada a reprodução integral da Carta Federal pelo poder constituinte derivado-decorrente. A escolha acerca de quais matérias devam integrar o rol reservado às leis complementares não requereria a observância obrigatória.

Da Cincunscrição à Constituição

Ao relegar a matéria à lei ordinária, a Constituição Federal demonstraria que o tema não constitui princípio de observância obrigatória. Pois, a matéria tutelada pelo poder legiferante infra-constitucional não pode dispor dos princípios constitucionais de reprodução obrigatória pelos Estados-membros. Com efeito, a matéria relegada à lei ordinária pela União não pode versar acerca de princípios constitucionais de enlevo tal que mereçam imunidade contra a ação do poder decorrente distrital.

Os princípios constitucionais constam, de modo implícito ou explícito, do texto da Constituição do Brasil. A extensa Carta aloca, nos arts 37 a 41, os

¹⁹ TEMER, Michel *Elementos de Direito Constitucional*. 10ª ed. Malheiros. p.87 *apud* Relatório da ADIn 793 (RO) [nota 18 supra]

princípios da Administração Pública dignos de especial proteção constitucional. À lei – ordinária ou complementar – não compete a criação de princípios constitucionais. Ainda que leis federais veiculem princípios gerais, de observância compulsória – *v. g.* o estatuto das licitações e contratos – eles não são alçados a princípios constitucionais de reprodução obrigatória pelos poderes constituintes decorrentes.

Do Princípio Federativo

O princípio federativo é norma positiva integrante da Carta Federal. Assim, as interpretações mitigadoras da autonomia estadual devem ser aplicadas com cautela. Essa orientação é destacada por Alexandre de Moraes²⁰, *in verbis*:

Aos Estados-membros são reservadas as competências administrativas que não lhes sejam vedadas pela constituição, ou seja, cabe na área administrativa privativamente ao Estado todas as competências que não forem da União (CF, art. 21), dos municípios (CF, art. 30) e comuns (CF, art. 23). É a chamada *competência remanescente* dos Estados-membros, técnica clássica adotada originariamente pela Constituição norte-americana e por todas as Constituições brasileiras, desde a República, e que presunha o benefício e a preservação de autonomia desses em relação à União, uma vez que *a regra é o governo dos Estados, a exceção o Governo Federal, pois o poder reservado ao governo local é mais extenso, por ser indefinido e decorrer da soberania do povo, enquanto o poder geral é limitado e se compõe de certo modo de exceções taxativas.* (original sem grifos)

No mesmo sentido, José Afonso da Silva²¹, *in verbis*:

7. Interpretação dos princípios limitadores da capacidade organizadora dos Estados

Tais princípios limitam, como se viu, a autonomia organizatória do Constituinte Estadual. Significa isso que se cogita de normas limitativas de um dos princípios fundamentais da ordem constitucional brasileira: a autonomia dos Estados (art. 18), verdadeira decisão política fundamental, que é o princípio federativo que descansa na autonomia das unidades federadas, fulcro da estrutura do Estado brasileiro, tão importante o considerou o constituinte nacional que o erigiu em núcleo imutável por via de emenda constitucional (art. 60, § 4º). Daí sua preeminência em relação àqueles princípios que constituem limitações à capacidade organizatória dos Estados, salvo quanto aos que decorrem do sistema constitucional, há pouco mencionados,

²⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 277 (item 8.2.3.3.)

²¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. p. 598

porquanto estes são superiores, dado que revelam os fins e fundamentos do próprio Estado brasileiro.

Afora a consideração desses últimos, os demais princípios enumerados ou estabelecidos pela Constituição Federal, que impliquem limitações à autonomia estadual – cerne e essência do princípio federalista –, não que ser compreendidos e interpretados restritivamente e segundo seus expressos termos. Admitir o contrário seria superpor a vontade constituída à vontade constituinte. (original sem grifos)

Da Proporcionalidade

A organização federativa permite tratamento diferenciado aos membros da federação. A União e o DF atuam em dimensões distintas. O desenho constitucional atribui diferentes funções às diferentes entidades componentes da federação brasileira. A União regula leque amplo de matérias, tais como as forças armadas, o sistema financeiro nacional, as relações internacionais; enquanto que o Distrito Federal sequer possui municípios. Natural, portanto, sobressaírem no relativamente modesto âmbito local temas que na arena federal obtêm menor destaque. Assim sendo, é razoável e proporcional que a LODF reserve algumas matérias à tutela de lei complementar e que essas mesmas matérias não recebam, no plano federal, a mesma deferência.

Em outras palavras, a apreciação da conveniência de o estatuto jurídico dos servidores ser reservado à lei complementar envolve elementos distintos no âmbito do DF e no da União. A realização de proteção relativamente equivalente exige medidas mais rígidas no plano local do que na esfera federal.

Do reforço aos princípios mediante lei mais rígida

A reserva à lei complementar tem o propósito tornar mais rígido, isto é, de dificultar a alteração do estatuto dos servidores civis. Tal cautela não mitiga a observância de princípios constitucionais, ao contrário, reforça eventuais disposições constitucionais que porventura lá estivessem contidas. Ademais, eventuais ofensas à Carta Magna, ou a qualquer de seus princípios, contidas em lei complementar regedora do estatuto dos servidores do DF, seriam fulminadas no âmbito do STF.

Eventuais ofensas à Constituição Estadual decorrentes de princípio de observância obrigatória oriundo da Constituição Federal podem ser enfrentadas por tribunal estadual, sem que seja afastada a competência do STF. A esse

respeito o Ministro Gilmar Ferreira Mendes cita o relatório do Ministro Moreira Alves na Reclamação 383. O excerto é aqui reproduzido, pois, além de ilustrar este tópico, desenvolve raciocínio elucidador da sistemática constitucional de reprodução de princípios, *in verbis*²²:

É petição de princípio dizer-se que as normas das Constituições estaduais que reproduzem, formal ou materialmente, princípios constitucionais federais obrigatórios para todos os níveis de governo na federação são inócuas, e, por isso mesmo, não são normas jurídicas estaduais, até por não serem jurídicas, já que jurídicas, e por isso eficazes, são as normas da Constituição Federal reproduzidas, razão por que não se pode julgar, com base nelas, no âmbito estadual, ação direta de inconstitucionalidade, inclusive, por identidade de razão, que tenha finalidade interventiva. (...)

Essas observações todas servem para mostrar, pela inadmissibilidade das consequências da tese que se examina, que não é exato pretender-se que as normas constitucionais estaduais que reproduzem as normas centrais da Constituição Federal (e o mesmo ocorre com as leis federais ou até estaduais que fazem a mesma reprodução) sejam inócuas e, por isso, não possam ser consideradas normas jurídicas. Essas normas são normas jurídicas, e têm eficácia no seu âmbito de atuação, até para permitir a utilização dos meios processuais de tutela desse âmbito (como o recurso especial, no tocante ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, e as ações diretas de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual). Elas não são normas secundárias que correm necessariamente a sorte das normas primárias, como sucede com o regulamento, que caduca quando a lei regulamentada é revogada. Em se tratando de norma ordinária de reprodução ou de norma constitucional estadual da mesma natureza, por terem eficácia no seu âmbito de atuação, se a norma constitucional federal reproduzida for revogada, elas, por terem eficácia no seu âmbito de atuação, persistem como normas jurídicas que nunca deixaram de ser. Os princípios reproduzidos, que, enquanto vigentes, se impunham obrigatoriamente por força apenas da Constituição Federal, quando revogados, permanecem, no âmbito de aplicação das leis ordinárias federais ou constitucionais estaduais, graças à eficácia delas resultante.

Portanto, caso seja estabelecido que o estatuto dos servidores do DF constitua princípio constitucional e que o Poder Decorrente esteja impedido de abrandar tal princípio, a elevação do estatuto à matéria reservada à lei complementar operaria efeito contrário; isto é, tornaria mais rígido tal princípio na esfera distrital. A reserva à lei complementar opera essa proteção sem mitigar

²² Rcl. 383. Relator Min. Moreira Alves. DJ de 21/5/1993 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira – *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil* p. 97

a competência do Poder Executivo, o qual conserva a iniciativa das leis sobre a matéria, e sem afastar a competência do Poder Judiciário, que conserva o controle de constitucionalidade.

Arremate deste Tópico

O enfrentamento exordial, a ser apreciado em preliminar, diz respeito à possibilidade de a atribuição à lei ordinária federal das matérias pertinentes ao regime jurídico dos servidores da União ser erguida à categoria de princípio constitucional.

Em seguida, caso seja identificado esse princípio constitucional de reserva à lei ordinária para regime jurídico dos servidores públicos, restará apreciar, com a devida profundidade, a necessidade da exigência da reprodução obrigatória desse princípio pelos poderes constitucionais decorrentes. O Poder Judiciário ainda não se manifestou em definitivo acerca do tema. Enquanto não houver a pacificação jurisprudencial, o tema certamente será objeto de acirradas discussões, dadas as elevadas repercussões pecuniárias e o grande número de servidores envolvidos.

Das Conclusões

O estudo apresentado demonstra que temas aparentemente singelos, tais como a identificação das normas positivas vigentes em período e local específicos, estão sujeitos a elucubrações e controvérsias. Além disso, pretende suscitar questões relativas ao abrangente tema da identificação das normas positivas reguladoras do estatuto dos servidores públicos vigentes no Distrito Federal.

Em síntese, o presente estudo defende limites à aplicação da Lei Federal nº 8.112/90 como estatuto dos servidores públicos do DF. Advoga, para tanto, que as alterações promovidas pela União após a promulgação da Lei Distrital nº 197/91 não são auto-aplicáveis no DF e que por se tratar de norma importada, temporária e supletiva, não ab-rogou as leis anteriores que dispunham acerca desse estatuto.

Além disso, aborda a previsão gravada no art. 75, II, da LODF, de o estatuto dos servidores civis do DF ser matéria reservada à lei complementar. A validade dessa reserva implicaria graves conseqüências pecuniárias ao Erário distrital, pois ressuscitaria diversos direitos retirados dos servidores públicos na última década. Não obstante, à primeira análise, a reserva parece ser

juridicamente correta. O autor, todavia, reconhece não possuir elementos aptos a oferecer juízo conclusivo e isento acerca da tese.

Em verdade, a dificuldade enfrentada deve-se sobremaneira à ausência de lei complementar própria destinada a regular inteiramente o estatuto dos servidores distritais. Esse obstáculo é aparente, eis que o ordenamento jurídico conta com o pressuposto da plenitude lógica do sistema, isto é, a capacidade de integrar as contradições e lacunas aparentes. O postulado do *legislador racional* implica ser o ordenamento jurídico “preciso, finalista, operativo e dinâmico; e que, isso tudo somado, o jurista tem condições de resolver os problemas de aplicação do direito dentro do próprio *sistema* jurídico e com os instrumentos de que este dispõe”²³. A operação deve, contudo, ser realizada com cautela, pois as questões apresentadas tangem o princípio da segurança jurídica, alicerce da ordem social, e o princípio do império da lei, pedra angular do Estado de Direito.

Bibliografia

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra : Almedina, 2002.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 8ª ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2002.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo : Celso Bastos Editor. 2000.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Ponte de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1954. tomo I.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 37.ed. São Paulo : Saraiva, 2000. V.1.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2000.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey. 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo : Malheiros, 2003.

²³ Palestra “*Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional*” proferida pelo Professor Inocêncio Mártires Coelho, no Ministério Público junto ao TCDF, disponível, no sítio [http://www.tc.df.gov.br/MpjTcdf/palestra_metodos.htm] em 22/jun/2003.

PARECER

DECISÃO JUDICIAL - PAGAMENTO DE DÍVIDA - RESPEITO À PARCELA PRESCRITA

Juliano Ricardo De Vasconcellos Costa Couto
Assessor Jurídico do TCDF

Trata-se o processo de questionamento suscitado pela Seção de Pagamento de Pessoal, para analisar a aplicação da prescrição quinquenal à dívida advinda de processo judicial movido pelos servidores interessados. Sobre o cumprimento dessa decisão judicial vem a ser ouvida esta Consultoria Jurídica (fls. 31).

Os interessados impetraram Mandado de Segurança com o intuito de incorporarem a diferença de 11,98% aos seus vencimentos. Não há mais dúvida na esfera judicial nem administrativa, de que os servidores fazem jus à referida recomposição salarial. O acórdão proferido no *mandamus* concluiu que as parcelas seriam devidas desde a lesão (março de 1994). Ocorre que a ação dos impetrantes só foi impetrada em 04 de fevereiro de 2002, faltando agora saber até onde retroagem os pagamentos, se à data da lesão ou se à data em que ocorreu prescrição quinquenal.

O Serviço de Legislação de Pessoal opinou no sentido de ser aplicada a prescrição quinquenal às parcelas devidas, devendo ser efetuado o pagamento, contados dos 5 anos anteriores à impetração. A conclusão fundamentou-se no art. 112 da Lei nº 8112/90, que estabelece a ordem pública da prescrição, que não pode ser relevada pela Administração Pública.

No mesmo sentido concluíram a Diretoria da Divisão de Recursos Humanos e a Diretoria Geral de Administração, como consta às fls. 30/31.

A prescrição é instituto jurídico de natureza pública, que não pode ser relevado, em tema de exercício de direito, ainda mais quando contra a fazenda pública.

Como consta do “Vocabulário Jurídico” de Plácido e Silva, 20ª ed. Forense, p. 634:

... a PRESCRIÇÃO exprime o modo pelo qual o direito se extingue, em razão do não exercício dele, por certo lapso de tempo.

Mas a prescrição, pressupondo a existência de um direito anterior, revela-se, propriamente, a negligência ou a inércia na defesa desse direito pelo respectivo titular, dentro de um prazo, assinalado em lei, cuja defesa é necessária para que não o perca ou ele não se extinga.

É, assim, a omissão de ação, para que se assegure o direito que se tem, no que se difere da decadência, fundada na falta de exercício, que se faz mister para obtenção de um direito.

Nesta razão, a prescrição é compreendida como a extinção de um direito, conseqüente do curso de um prazo, em que se negligenciou a ação para protegê-la, ou o próprio curso do prazo, em que *o direito se extingue por falta de ação de seu titular.*

Com isso, temos que os servidores interessados, já aposentados, poderiam ter ingressado com a ação há muito tempo. Os efeitos do não exercício desse direito, seja caracterizado pela vontade ou negligência, são regulados por lei e acarretam a perda ao direito de recebimento das parcelas anteriores à prescrição quinquenal.

A *prescrição* das ações a favor ou contra a Fazenda Pública, salvo as estabelecidas em legislação específica, rege-se pelos princípios do Código Civil (Cfr. Direito Administrativo Brasileiro, do mérito Professor *Hely Lopes Meirelles*, 17ª ed. de julho/90, Editora Malheiros, págs. 623/624), o que torna inafastável a incidência e aplicação do prazo prescricional de 5 anos a contar da impetração do *mandamus*.

Como já dito, a norma do direito público, aplicável à espécie, dita que a prescrição não pode ser relevada (art. 112 citado), motivo pelo qual deve ser respeitado o prazo no qual o pagamento é incontroverso e legal.

Ademais, já opinou esta Consultoria Jurídica no sentido de que dívida prescrita porventura paga, não poderá ser devolvida ao ‘futuro’ credor, visto que consiste em obrigação natural, nos termos do art. 970, do Código Civil. A jurisprudência, muito específica, caminha nesse mesmo sentido, senão vejamos as que já constam do Parecer 65/2001, abaixo transcritas:

Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita (Ementa do Acórdão TJDF na Apelação Cível nº 73.628, in DJ-III, de 30-11-94, pág. 15.077);

O pagamento de dívida prescrita é válido por tratar-se de obrigação natural, de acordo com o art. 970 do Código Civil (Ementa do Acórdão TRF da 1ª Região, na Apelação Cível nº 116.913, in DJ-II, de 29-11-96, pág. 91.786).

O raciocínio de que a dívida prescrita não deve ser paga encontra ainda respaldo no princípio da *indisponibilidade* do interesse público que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1992:23-24) temos que:

significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – interno ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que *lhe incumbe apenas CURÁ-LOS* – o que é também um *DEVER* – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.

Seguindo essa linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1996:64) afirma que o servidor “não pode fazer liberalidade com o dinheiro público”. Aplica-se aqui ainda o princípio da *legalidade*, ao qual o ato administrativo deve respeito, bem como o da supremacia do interesse público. A jurisprudência é no mesmo sentido, senão vejamos:

RECURSO EX-OFFICIO NA APC APC4115596 DF
Registro do Acórdão Nº : 90352
Data de Julgamento : 21/10/1996
Órgão Julgador : 3ª Turma Cível
Relator : NÍVIO GONÇALVES
Publicação no DJU: 18/12/1996 Pág. : 23.708

Ementa: Processo civil e administrativo. Servidores do Distrito Federal. Reajustes. Plano Collor (mês de março/90). Ilegitimidade passiva do DF em relação aos servidores da FHDF. Ilegitimidade ativa dos servidores que não comprovaram o vínculo com o réu (DF). Competência da justiça comum em relação aos servidores que comprovaram o vínculo jurídico com o Distrito Federal. Prescrição incorrência. Lei nº 8.030/90. Inaplicabilidade. Limitação da condenação ao período de 01.04.90 a 23.07.90.

I - Carece o Distrito Federal de legitimidade para figurar no pólo passivo de demanda ajuizada por servidores da FHDF, entidade que detém personalidade jurídica própria.

II - Reconhece-se a ilegitimidade ativa daqueles que não comprovaram a condição de servidores do réu.

III - Havendo, dentre os autores, muitos que comprovaram o vínculo jurídico com o réu (Distrito Federal), afasta-se a arguição de incompetência absoluta.

IV - *TRATANDO-SE DE RELAÇÃO CONTINUADA* e inexistindo recusa formal da administração ao reconhecimento do direito pleiteado, *A PRESCRIÇÃO* não atinge o fundo de direito, *ALCANÇANDO, TÃO-SÓ, AS PARCELAS VENCIDAS, ANTERIORES AO QUINQUENIO DA PROPOSITURA DA AÇÃO.*

V - O reajuste de vencimentos de servidores do Distrito Federal, assegurado pela Lei Distrital nº 38/89, só veio a ser advogado pela Lei Distrital nº 117, de 23.07.90, época em que o percentual de 84,23%, correspondente à inflação do mês de março/90, já se integrara ao patrimônio jurídico dos agentes públicos locais.

VI - Consoante vem decidindo este Tribunal, os efeitos da condenação ficam limitados ao período de vigência da Lei nº 38/89, ou seja, 01.04.90 a 23.07.90.

Decisão: Conhecer. Dar provimento parcial à remessa e ao voluntário do DF. Negar provimento ao apelo dos autores.

O Superior Tribunal de Justiça, por uma vez, guarda o mesmo entendimento, senão:

RESP 33717 / SP

Fonte: DJ DATA:24/05/1993 PG:10017

Relator: Min. Jesus Costa Lima (0302)

Ementa: *Administrativo. Funcionários. Diferenças de vencimentos. Prescrição. Devendo a Administração agir de ofício e se omitindo, a prescrição atinge apenas as parcelas das gratificações que deveriam ser pagas mês a mês, observado o quinquênio legal.*

Data da Decisão: 05/05/1993 - Órgão Julgador: 5ª TURMA

Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

RESP 31631/SP

Fonte: DJ DATA:15/03/1993 PG:03839

Relator: Min. Jesus Costa Lima (302)

Ementa: *Administrativo e processual civil. Servidor público estadual. Salários. Diferença. Atualização. Prescrição.*

1. E indeclinável a incidência da correção monetária por se tratar de crédito relativo a vencimento.

2. Quando a administração deve agir de ofício, se omite e não há prazo para que pratique o ato, *corre a prescrição apenas das parcelas que se vencem mês a mês.*

Data da Decisão: 17/02/1993 - Órgão Julgador: 5ª TURMA

Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento.

Em relação ao já mencionado, de que a Administração deve zelar pelo patrimônio público, podendo argüir e decretar de ofício a aplicação das normas de natureza pública, tal qual a prescrição, temos como legítima a atitude, conforme já assentado pelo STJ, a saber:

RESP 247950 / SP

Fonte: DJ DATA:15/05/2000 PG:00219

LEXSTJ VOL.:00134 PG:00259

Relator: Min. VICENTE LEAL (1103)

Ementa: *Administrativo. RECURSO ESPECIAL. Policial militar falecido. Promoção post mortem. Morte em consequência do serviço militar. Leis estadual nº 5.451/86. Prescrição. Obrigação de trato sucessivo.*

- *A prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública atinge o fundo de direito quando o ato lesivo da Administração negar a situação jurídica fundamental em que se embasa a pretensão veiculada.*

- Na hipótese, postulando-se o benefício da promoção *post mortem* nos termos da Lei nº 5.451/86, não se aplica a prescrição do fundo de direito, **JÁ QUE EM SE TRATANDO DE LEGISLAÇÃO SOBRE VANTAGENS FUNCIONAIS, CUMPRE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DE OFÍCIO, INDEPENDENTEMENTE DE PROVOCAÇÃO DAS PARTES, ZELAR POR SUA FIEL EXECUÇÃO.**

Recurso especial não conhecido.

Data da Decisão 25/04/2000

Órgão Julgador: 6ª TURMA

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros William Patterson e Fontes de Alencar. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido.

Por fim, esclareça-se que a decisão judicial em comento não transitou em julgado, podendo ser reformada por meio de recursos previstos no Código de Processo Civil. Aliás, como consta do andamento processual obtido junto ao site do TJDF, em anexo, o acórdão sequer foi publicado.

O Parecer desta Consultoria Jurídica, portanto, diante de todo o exposto, é no sentido de, em consonância com as conclusões dos demais órgãos da Casa, que o pagamento dos atrasados deve respeitar a limitação imposta pela prescrição quinquenal.

À elevada consideração superior.

Processo nº 326/2002
Parecer nº 105/2002

PARECER Nº 105/2002-CJP (Complementação)

Sebastião Baptista Affonso
Consultor Jurídico do TCDF

Submeto o presente processo à elevada consideração superior, com a inclusa manifestação desta Consultoria Jurídica, consubstanciada neste Parecer do ilustre Assessor Jurídico, Dr. Juliano Ricardo de Vasconcellos Costa Couto, no sentido de observar-se a prescrição quinquenal, no pagamento dos atrasados.

Ao Gabinete da Presidência.

**ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA NO PAGAMENTO DE
APOSENTADORIA TENDO EM VISTA ENFERMIDADE PREVISTA NA
LEI N° 8.541/92**

Juliano Ricardo de Vasconcellos Costa Couto
Assessor Jurídico do TCDF

Pedido de isenção imposto de renda na aposentadoria com base na Lei n° 8541/92. Existência de enfermidade prevista na legislação competente. Deferimento do pedido.

Pelo despacho Presidencial de fls. 146 é ouvida esta Consultoria Jurídica, para análise do requerimento (fls. 133/134), de Ex-conselheiro. Fundamenta seu pedido no art. 6º, inc. XIV da Lei n° 7.713 de 22 de dezembro de 1988, que prevê a possibilidade de isenção de imposto de renda para os proventos de aposentadoria.

A Seção de Legislação de Pessoal, na manifestação de fls. 143-144, opinou pelo deferimento do pedido a contar de 24.09.2002, data da expedição do laudo médico. A Divisão de Recursos Humanos e a Diretoria Geral de Administração caminharam no mesmo sentido.

A isenção que pretende o interessado depende da efetiva constatação da enfermidade prevista em lei, o que ocorreu na espécie. Há nos autos, além da documentação constante às fls. 135-136, laudo médico da lavra do Serviço de Apoio Assistencial desta Corte, cuja conclusão é a de que o requerente "é portador

de NEOPLASIA MALIGNA, doença prevista em lei, conforme o estatuído no art. 186, item I parágrafo 1º da Lei nº 8112/90 c/c o artigo 41, item I da Lei Orgânica do Distrito Federal, podendo portanto, ser atendido pleito constante de fls. 133/134 dos autos.”

As normas jurídicas têm o chamado suporte fático, situação hipotética para a sua incidência, que, quando ocorrente, atrai a aplicação e a produção dos efeitos por elas previstos. No caso em pauta temos que o interessado preenche todos os requisitos necessários para a concessão da isenção do imposto de renda.

Diante de todo o exposto, opina esta Consultoria no sentido de que seja deferido o pedido de isenção de imposto de renda feito pelo interessado, nos termos permitidos pelo art. 6º, inc. XIV, da Lei nº 7.713 de 22 de dezembro de 1988, com a redação dada pela Lei nº 8.541/92. Ressalte-se a necessidade de se proceder o apostilamento da invalidez qualificada superveniente, nos termos da súmula 48 desta Corte, sendo que seu efeito de isenção do imposto de renda, contará a partir da data do laudo médico.

É o parecer. À consideração superior.

Processo nº 283/1969
Parecer nº 111/2002

PARECER Nº 111/2002-CJP (COMPLEMENTAÇÃO)

Sebastião Baptista Affonso
Consultor Jurídico do TCDF

Submeto o presente processo à elevada consideração superior, com a inclusa manifestação desta Consultoria Jurídica, consubstanciada neste Parecer do ilustre Assessor Jurídico, Dr. Juliano Ricardo de Vasconcellos Costa Couto, no sentido de deferir-se o pedido em causa, mas não sem antes apostilar-se a superveniência da invalidez qualificada (Súmula TCDF nº 48).

Ao Gabinete da Presidência.

RESSARCIMENTO POR DESPESAS MÉDICAS (ACIDENTE EM SERVIÇO)

Juliano Ricardo de Vasconcellos Costa Couto
Assessor Jurídico do TCDF

O processo chega a esta Consultoria por força do despacho presidencial de fls. 38. Trata o presente de requerimento da servidora supra citada, visando indenização nos termos do art. 213 da Lei 8.112/90, recepcionada pela Lei-DF nº 211/91.

A servidora fundamenta seu pleito no fato de ter sofrido acidente nas dependências desta Corte, no dia 28 de maio de 2002. Esclarece, ainda, que “quando do transcorrer de minhas atividades normais, ao entrar no elevador, acidentalmente escorreguei na pedra de granito e lesionei a perna esquerda, ocorrendo fratura, tudo melhor descrito pelos laudos que seguem anexo.” Indica, ainda, duas servidoras como testemunhas oculares do fato. Por último, traz aos autos, às fls. 18-26, notas fiscais e recibos que comprovam os gastos, cuja indenização é solicitada.

Posteriormente, os autos foram encaminhados ao Serviço de Legislação de Pessoal que, conforme consta às fls. 29/35, se manifestou pelo indeferimento do pedido, no que foi seguido pela Divisão de Recursos Humanos. A Diretoria Geral de Administração, às fls. 28, invocando o *princípio da legalidade estrita*, também opina pelo indeferimento do pleito.

É este o sucinto relatório do presente processo.

Antes de passarmos ao mérito do pedido, fundado no art. 213 da Lei nº 8.112/90, o pleito deve ser analisado conforme a legislação e requisitos inerentes à matéria. A norma supracitada, efetivamente, poderia garantir custeio de seu tratamento, desde que preenchidos os pressupostos para a concessão do benefício, senão vejamos:

Seção VI

Da Licença por Acidente em Serviço

Art. 211. Será licenciado, com remuneração integral, o servidor acidentado em serviço.

Art. 212. Configura acidente em serviço o dano físico ou mental sofrido pelo servidor, que se relacione, mediata ou imediatamente, com as atribuições do cargo exercido.

Parágrafo único. Equipara-se ao acidente em serviço o dano:

I - decorrente de agressão sofrida e não provocada pelo servidor no exercício do cargo;

II - sofrido no percurso da residência para o trabalho e vice-versa.

Art. 213. O servidor acidentado em serviço que necessite de tratamento especializado poderá ser tratado em instituição privada, à conta de recursos públicos.

Parágrafo único. O tratamento recomendado por junta médica oficial constitui medida de exceção e somente será admissível quando inexisterem meios e recursos adequados em instituição pública.

Art. 214. A prova do acidente será feita no prazo de 10 (dez) dias, prorrogável quando as circunstâncias o exigirem.

Como visto, em caso de ocorrência de acidente em serviço, caso o tratamento tenha que ser *especializado*, poderá o servidor “ser tratado em instituição privada, à conta dos recursos públicos”, sendo a “especialização” do tratamento, o primeiro requisito exigido pela norma.

A segunda condição para que seja concedido o benefício em tela prende-se à necessidade de o tratamento ter que ser recomendado por junta médica, constituindo-se essa medida, segundo a lei, como *exceção*. Deve, ainda, a parte interessada comprovar a impossibilidade de proceder o tratamento junto à instituição pública.

É fato que a servidora não logrou êxito em demonstrar, comprovadamente, que a sua pretensão preenche os requisitos necessários para a concessão do benefício, que poderia gerar o conseqüente custeio/reembolso das despesas experimentadas por conta do acidente. Foi este o posicionamento dos demais órgãos que instruíram o processo, que é também adotado por essa Consultoria Jurídica.

Ademais, mesmo que preenchesse os requisitos já citados, melhor sorte não teria a requerente, pois haveria um vício formal que impediria a procedência do pleito, uma vez que o art. 214 da Lei nº 8.112/90 determina que “a prova do acidente será feita no prazo de 10 (dez) dias”, podendo este prazo ser prorrogado “quando as circunstâncias o exigirem”, o que não ocorreu na espécie: nem a prova do fato em 10 (dez) dias nem pedido de prorrogação.

Conforme o Memo da 2ª ICE, constante às fls. 01, datado de 24 de junho de 2002, o acidente teria ocorrido em 28 de maio de 2002, quase trinta dias antes da respectiva comunicação. O processo tramitou normalmente, onde foi discutida e concedida licença médica à servidora, como consta às fls. 15 dos autos.

Somente no dia 9 de julho de 2002 é que a servidora protocolou o pedido de ressarcimento dos gastos advindos do tratamento a que se submeteu por conta do acidente sofrido, juntando documentação em que comprova o dispêndio em exames, despesas hospitalares e seções de fisioterapia, num total de R\$ 1364,92 (hum mil trezentos e sessenta e quatro reais e noventa e dois centavos).

Assim sendo, tendo em vista que entre a ocorrência do acidente (28.05.2002) e a prova do mesmo (09.07.2002) o prazo previsto no art. 214 não foi observado, razão pela qual opina esta Consultoria no sentido de não ser deferido o pedido em comento, por não estarem presentes os pressupostos legais para a sua concessão.

Processo nº 944/2002
Parecer nº 108/2002

PARECER Nº 108/2002-CJP (Complementação)

Sebastião Baptista Affonso
Consultor Jurídico do TCDF

Submeto o presente processo à elevada consideração superior, com a inclusa manifestação desta Consultoria Jurídica, consubstanciada neste Parecer do ilustre Assessor Jurídico Dr. Juliano Ricardo de Vasconcellos Costa Couto, no sentido de ser indeferido o pedido em causa, pela ausência dos pressupostos legais necessários, inclusive a falta de prova hábil de ter o acidente ocorrido em serviço (nexo de causalidade).

À consideração superior.

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ QUALIFICADA - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

Rodrigo Simões Frejat
Assessor Jurídico do TCDF

Retornam os presentes autos a esta Consultoria Jurídica, pelo venerando despacho presidencial de fls. 112, para manifestação acerca do pedido de reconsideração, de fls. 57/63, interposto pelo interessado, em face do despacho da Presidência, que indeferiu o pedido inicial (fls. 55).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, passemos a um breve relatório das razões do pedido de reconsideração do interessado.

Insurge-se o interessado sob o fundamento de que o art. 188, da Lei nº 8.112/90, determina que o servidor será aposentado por invalidez permanente, quando decorrente de doença especificada em lei.

Como a patologia que acomete o servidor está especificada em lei, entende ele que a aposentadoria deve ser concedida, independentemente de prévia licença para tratamento de saúde.

Para tanto, vale-se o recorrente de manifestação desta Consultoria, em Parecer da lavra do titular da COJUR, Dr. Sebastião Baptista Affonso, onde restou afirmado que:

com a devida vênia, a circunstância de haver ou não comprometimento da capacidade laborativa do servidor, afigura-se-nos de pouco relevo jurídico, porquanto para a aposentadoria por invalidez permanente, em decorrência de doença especificada em lei, basta que o estado mórbido do paciente seja uma das hipóteses previstas, expressamente, no § 1º, do art. 186, da Lei nº 8.112/90, como consta explícito no Laudo Médico (fls. 25).

No mais, o interessado discorre sobre o estado da doença e junta decisões concessivas de aposentadoria por invalidez permanente, decorrente do mesmo mal que o acomete.

Às fls. 88/93, o ilustre Chefe da Seção de Legislação de Pessoal, Dr. Antônio Marcos de Paulo, refutou os argumentos do pedido de reconsideração e opinou pelo conhecimento do pedido formulado para, no mérito, ser indeferida a pretensão.

Pelo que se verifica, o interessado não atentou que, para o caso em análise, na dicção do art. 186, I, da Lei nº 8.112/90, o servidor será aposentado por invalidez permanente, quando esta decorrer de doença grave, especificada em lei.

Ser portador da doença, por si só, não obriga à inativação. De acordo com o art. 188, § 1º, da citada Lei, a aposentadoria por invalidez será *precedida de licença para tratamento de saúde*.

Assim, como óbvio, a caracterização da invalidez permanente é requisito para a inativação por invalidez permanente. E esse estado é constatado da seguinte forma:

- Com base em perícia médica, verificada a existência de patologia, uma licença para tratamento de saúde é concedida ao servidor, a requerimento ou de ofício (art. 202, da Lei nº 8.112/90)
- Findo o prazo da licença, haverá nova inspeção médica, onde será especificado se o servidor pode retornar ao serviço, se a licença deve ser renovada ou se o servidor deve ser aposentado (art. 204, da citada Lei)
- Terminado o período da licença - que não pode ser superior a 24 meses - e não estando o servidor em condições de reassumir o cargo ou de ser readaptado, ocorrerá a aposentadoria (art. 188, §§ 1º e 2º, do mencionado diploma)

Vemos, portanto, que a aposentadoria por invalidez *deve* ser precedida da licença para tratamento de saúde, nos termos do art. 188, § 1º, da Lei nº 8.112/90.

Daí a razão desta Consultoria ter manifestado que a capacidade laborativa do servidor é de pouca relevância jurídica. O importante é seguir os ditames legais, concedendo-se a licença médica e, verificada a invalidez permanente, em decorrência de doença especificada em lei, conceder a aposentadoria buscada.

O recorrente, pelo que das razões apresentadas nos afigura, está a confundir a aposentadoria por invalidez permanente com a aposentadoria compulsória. Somente esta última é automática, ocorrendo de ofício, quando o servidor atingir a idade limite para permanência no serviço público (art. 187, da Lei nº 8.112/90).

Portanto, diante das considerações aqui elencadas, esta Consultoria reitera o entendimento já exarado nestes autos, opinando pelo conhecimento do pedido de reconsideração do interessado para que, no mérito, seja-lhe negado provimento, por falta de amparo legal.

É o parecer.

À consideração superior.

Processo nº 957/2001

Parecer nº 43/2002

PARECER Nº 43/2002-CJP (Complementação)

Sebastião Baptista Affonso
Consultor Jurídico do TCDF

Submeto o presente processo à elevada consideração superior, com a inclusa manifestação desta Consultoria Jurídica, consubstanciada neste Parecer do ilustre Assessor Jurídico Dr. Rodrigo Simões Frejat, no sentido do conhecimento e improvimento do recurso em causa. O servidor será aposentado, dentre outras hipóteses, quando for acometido de *invalidez permanente*, que se ela decorrer de “doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei”,

será concedida com proventos integrais. Cabe ao Laudo Médico atestar se o servidor é portador de *invalidez permanente* e se decorrente de doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei (art. 40, § 1º, item I, da Constituição). A aposentadoria por invalidez, porém, deve ser precedida de licença médica para tratamento de saúde, por período de até 24 meses (art. 188, § 1º, da Lei nº 8.112/90). Esta licença não é mera formalidade, mas constitui uma exigência legal, até para que, em casos como este, a Junta Médica possa assegurar-se de ser mesmo a invalidez permanente e se a doença da qual ela decorre, conquanto sendo especificada em lei (art. 186, § 1º da Lei nº 8.112/90), é grave e incurável. Denegada a aposentadoria, agora, à falta dos necessários pressupostos fáticos e jurídicos, permanece em aberto, porém, a possibilidade da licença médica, se e quando necessário.

Ao Gabinete da Presidência.

CONTRIBUIÇÃO

O TRIBUNAL DE CONTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

Valmir Campelo

Presidente do Tribunal de Contas da União

Faço questão de registrar, inicialmente, minha satisfação em participar deste Encontro Luso-Brasileiro de Tribunais de Contas.

Em uma época em que o conhecimento avulta como o mais importante de todos os fatores produtivos, o intercâmbio de informações e experiências torna-se fundamental para que as organizações públicas possam aprimorar-se, de modo a melhor desempenharem suas missões.

Eventos como este, em que se encontram reunidos não só autoridades, dirigentes e técnicos dos Tribunais de Contas de Portugal e do Brasil, mas também grandes estudiosos do Direito Administrativo, das Finanças Públicas, da Gestão Governamental e do Controle Externo, são oportunidades singulares de compartilhar conhecimento de alto nível sobre tais temas.

Cumprimento, assim, os membros do Tribunal de Contas de Portugal, na pessoa do Presidente daquela Corte, o Doutor Alfredo José de Souza, pela iniciativa de organizar este Encontro, que, tenho certeza, será de extrema valia para todos os participantes.

¹ Palestra proferida pelo Ministro Valmir Campelo, Presidente do Tribunal de Contas da União, no Encontro Luso-Brasileiro de Tribunais de Contas, realizado no Estoril, Portugal, de 19 a 21 de março de 2003.

A modesta contribuição que a mim cabe dar diz respeito ao Tribunal de Contas da União e a sua Lei Orgânica. Antes de abordar esse tema, entretanto, é necessário falar sobre a evolução, em linhas gerais, dos sistemas de controle da administração pública.

Em todos os Estados democráticos do mundo, os Parlamentos contam com o auxílio de um órgão especializado para poderem fiscalizar adequadamente a atuação do poder público.

Essa característica, entretanto, não surgiu nos Estados Modernos. Historicamente, há registros da existência de iniciativas de controle da administração pública deste a Antigüidade.

No Egito, 3.200 anos antes de Cristo, a arrecadação de tributos já era controlada por escribas.

O Código de Manu já trazia normas de administração financeira e de fiscalização para a Índia treze séculos antes de Cristo.

Em Atenas, as contas dos administradores públicos eram julgadas por uma corte composta de dez logistas.

Em Roma, o Senado, com o apoio dos questores, fiscalizava o uso dos recursos do Tesouro.

Contudo, é com o surgimento dos Estados Modernos que o controle das finanças públicas passou a ser executado de forma sistemática e técnica, graças à constituição de órgãos especializados.

A pioneira nesse processo foi a Espanha, que instituiu um Tribunal de Contas ainda no século XIV. A ela se seguiram a Prússia, a Áustria, a França, a Bélgica, Portugal e a Itália, que, no período de 1714 a 1862, estruturaram suas Cortes de Contas.

Apenas em 1866 delineou-se na Inglaterra o embrião do outro modelo de controle da administração que hoje existe no mundo, com a criação do Controlador e Auditor-Geral, que inspirou a instituição nos Estados Unidos, em 1921, do Auditor-Geral e do Escritório Geral de Contabilidade.

Durante esse processo de amadurecimento dos sistemas de controle, delinearam-se dois modelos.

O primeiro, e mais antigo, é o Corte de Contas, comum na Europa Ocidental, em países onde é forte a influência ibérica e adotado pela Comunidade Econômica Européia para controlar as finanças comunitárias. Suas características são a composição colegiada, a maior autonomia funcional em relação ao Parlamento, o poder decisório sobre o resultado de seus trabalhos, a força coercitiva de suas decisões e, em alguns países, a natureza jurisdicional.

O segundo modelo é o de Controladoria ou Auditoria-Geral, típico dos países anglo-saxões e da Europa Oriental e Setentrional. Em linhas gerais, tal órgão não possui poder decisório ou sancionador, é dirigido por uma única pessoa e tem estreita vinculação funcional ao Parlamento, ao qual cabe deliberar sobre os resultados dos trabalhos de controle.

O Brasil, em razão da forte influência ibérica em sua formação e do prestígio que os meios intelectuais franceses desfrutavam no século XIX, tendeu a adotar o modelo de corte de contas desde a Independência, em 1822.

As primeiras discussões a respeito do assunto começaram já em 1826, com a apresentação, no Senado do Império, de um projeto de lei destinado a criar um Tribunal de Contas.

O debate arrastou-se ao longo de quase todo o restante do século. Somente com a proclamação da República, foi instituído por lei, em 1890, um Tribunal de Contas, cuja instalação foi feita em 1891. Naquele ano, aliás, o órgão figurou pela primeira vez em uma Constituição brasileira.

Desde então, o TCU esteve presente em todas as Constituições do Brasil, com pequenas alterações de competência, de composição e de modo de funcionamento.

Inicialmente, o Tribunal, além de julgar as contas dos administradores de recursos públicos, fazia o registro prévio das despesas a serem realizadas. À época, a negativa de registro de tais despesas constituía veto impeditivo absoluto a sua execução.

O veto absoluto manteve-se até 1896, quando a primeira lei orgânica do Tribunal, criou o registro sob reserva, que autorizava a realização de despesa não aprovada pela Corte de Contas e deixava a verificação de sua regularidade para quando do exame da prestação de contas do responsável.

Tal sistemática perdurou até 1967, quando a Constituição Federal extinguiu o registro prévio. Em compensação, foi conferida ao Tribunal

competência para realizar inspeções e auditorias em todos os órgãos e entidades da administração pública.

Até então, o TCU realizava apenas um controle contábil, financeiro e orçamentário, exclusivamente sob a ótica da legalidade.

Isso mudou em 1988, quando a atual Constituição do Brasil, ao refletir a tendência mundial de preocupação com a melhoria do desempenho da administração pública, conferiu ao Tribunal competência para fiscalizar aspectos operacionais e patrimoniais, inclusive no tocante à legitimidade e à economicidade.

Essas mudanças na competência foram disciplinadas em 1992 pela Lei Orgânica do TCU, a Lei nº 8.443, de 16 de julho daquele ano, que, a partir das competências e da composição delineadas na Constituição, definiu a estrutura e o funcionamento do órgão.

Dessa forma, o TCU é hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, o ente máximo de auxílio ao Congresso Nacional no controle externo da administração pública federal. Autônomo, a ele compete fiscalizar a totalidade das atividades desenvolvidas pelo poder público, o que o leva a verificar a contabilidade de receitas e despesas, a execução orçamentária, os resultados operacionais e as variações patrimoniais do Estado, sob os aspectos de legalidade, compatibilidade com o interesse público, economia, eficiência, eficácia e efetividade.

Descrever as características do Tribunal a partir do exame dos dispositivos da Constituição Federal e da Lei Orgânica seria penoso. Em primeiro lugar, porque o mero arrolamento de dispositivos normativos seria árido. Em segundo lugar, porque leis diversas, ao disciplinarem outras matérias, terminaram por conferir ao TCU novas atribuições, como aconteceu, por exemplo, com a Lei de Responsabilidade Fiscal, editada em 2000.

Assim, seria conveniente analisar a atuação do TCU de forma ampla, a fim de abranger todo o ordenamento normativo e, na medida do possível, a jurisprudência dos tribunais superiores a respeito da Corte de Contas e o pensamento dos acadêmicos que se dedicam ao estudo da matéria.

Sob esse enfoque, as competências do TCU podem ser agrupadas em oito grandes categorias, que podem ser denominadas funções: fiscalizadora, judicante, sancionadora, consultiva, informativa, corretiva, normativa e de ouvidoria.

A função fiscalizadora consiste em realizar auditorias e inspeções nas unidades de todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta dos três Poderes da União. As atividades de maior destaque dentro dessa função são:

- o exame da legalidade de atos de admissão de pessoal e de aposentadoria;
- a fiscalização da aplicação de transferências voluntárias de recursos federais a Estados e Municípios, principalmente mediante convênios; e
- a fiscalização do cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, em particular no tocante a despesas com pessoal, endividamento público e evolução das receitas.

A função judicante, que viabiliza a imposição de sanções aos autores de irregularidades, consiste em julgar as contas anuais de administradores públicos, as contas especiais de responsáveis por prejuízos ao Erário e as infrações à Lei de Responsabilidade Fiscal.

A função sancionadora, crucial para inibir irregularidades e garantir ressarcimento de prejuízos causados ao Erário, habilita o Tribunal a aplicar penalidades. Entre as mais importantes, destacam-se:

- condenação a recolhimento de débito;
- aplicação de multa proporcional a débito imputado;
- aplicação de multa por ato irregular de gestão, por descumprimento de determinação do Tribunal ou por obstrução a auditoria ou inspeção;
- aplicação de multa por infração à Lei de Responsabilidade Fiscal;
- afastamento do cargo de dirigente responsável por obstrução a auditoria;
- decretação de indisponibilidade de bens por até um ano;
- declaração de inabilitação para exercício de funções de confiança por cinco a oito anos;
- declaração de inidoneidade para contratar com o poder público por até cinco anos; e
- determinação à Advocacia Geral da União de providências para arresto de bens.

A imposição dessa sanções não inviabiliza aplicação de outras pelas instâncias cível, eleitoral ou penal. Assim, por exemplo, a legislação eleitoral torna inelegíveis, por cinco anos, os responsáveis por contas julgadas irregulares.

A função consultiva consiste, basicamente, na elaboração de pareceres prévios sobre as Contas do Presidente da República, dos Chefes dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, a fim de subsidiar seu julgamento pelo Congresso Nacional. Engloba, também, resposta a consultas feitas por determinadas autoridades sobre dúvidas em assuntos de competência do Tribunal, bem como resposta a consultas específicas da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional sobre a legalidade de despesas.

A função informativa é desempenhada principalmente mediante três atividades: envio ao Congresso Nacional de informações sobre fiscalizações realizadas, expedição dos diversos alertas previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal e manutenção de página na Internet com dados sobre contas públicas das esferas de governo federal, estadual e municipal.

A função corretiva envolve dois procedimentos: fixar prazo para adoção de providências para cumprimento da lei e sustar ato impugnado, quando não forem adotadas as providências determinadas.

Se, contudo, a impugnação for de um contrato, a matéria deve ser remetida ao Congresso Nacional. Somente na ausência de manifestação do Parlamento pelo prazo de 90 (noventa) dias o Tribunal estará autorizado a decidir a questão.

A função normativa decorre do poder regulamentar conferido pela Lei Orgânica, que faculta expedição de instruções e atos normativos, de cumprimento obrigatório, sobre matéria de competência do Tribunal e sobre organização de processos que lhe devam ser submetidos.

Por fim, a função de ouvidoria consiste no recebimento de denúncia apresentada pelo controle interno, por cidadão, partido político, associação ou sindicato. A apuração é feita em caráter sigiloso, para proteger o denunciante e, eventualmente, a honra e a imagem de outros envolvidos.

Para desempenhar essas funções, o Tribunal conta com nove Ministros, dos quais seis são indicados pelo Congresso Nacional e três pelo Presidente da República. Destes três últimos, um é escolhido livremente, um deve ser selecionado entre membros do Ministério Público junto ao TCU e um deve ser escolhido entre os três Auditores do Tribunal. Os Ministros possuem as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Também integram a Corte os três Auditores há pouco mencionados. Eles são nomeados após aprovação em concurso público de provas e títulos específico para o cargo. Possuem as mesmas garantias e impedimentos dos magistrados dos Tribunais Regionais Federais, e sua função é substituir os Ministros em seus afastamentos e impedimentos e em casos de vacância.

Atua junto ao TCU um Ministério Público especializado, autônomo, composto de 7 (sete) membros, nomeados pelo Presidente da República após concurso público específico de provas e títulos e com as mesmas prerrogativas dos integrantes do Ministério Público da União. Além de atuar como fiscal da lei, o Ministério Público junto ao TCU defende os interesses do Erário, manifesta-se sobre a maioria dos processos a serem apreciados pelo Tribunal e interpõe os recursos previstos em lei.

Administrativamente, conta o Tribunal com quadro próprio de pessoal, composto de cerca de dois mil e cem servidores, todos recrutados mediante concurso público, dos quais cerca de 1.200 são Analistas de Controle Externo e aproximadamente 100 são Técnicos de Controle Externo.

A Sede do TCU é no Distrito Federal. Nas capitais de cada Estado da Federação, são mantidas Secretarias de Controle Externo, incumbidas do acompanhamento de órgãos e entidades federais localizados no Estado e da fiscalização da aplicação dos recursos transferidos pela União ao Estado e aos respectivos Municípios.

A principal unidade do Tribunal é a Secretaria Geral de Controle Externo – Segecex, que realiza o trabalho de fiscalização por intermédio de cinco grupos de unidades técnicas:

- as já mencionadas vinte e seis Secretarias de Controle Externo nos Estados, especializadas geograficamente;
- seis Secretarias de Controle Externo na Sede, especializadas por funções de governo, como saúde, educação, defesa, previdência social, segurança pública e outras;
- quatro Secretarias de Fiscalização, especializadas em determinadas categorias de ações governamentais, como obras, despesas de pessoal, avaliação de programas e desestatização;
- uma Secretaria de Macroavaliação Governamental, incumbida de analisar as Contas do Presidente da República e das Contas dos Chefes de Poderes da República e do Ministério Público, além de fiscalizar o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal; e

- uma Secretaria responsável pelo exame de recursos contra deliberações da Corte.

As decisões do TCU são tomadas pelo Plenário, instância deliberativa máxima, ou por uma das 2 (duas) Câmaras em que se dividem os Ministros e Auditores. Além disso, é facultado a Ministro e a Auditor tomar algumas decisões individuais, como determinar citação ou audiência de responsáveis e determinar realização de diligências ou inspeções.

Questão bastante interessante é a da natureza jurídica do TCU e de suas deliberações.

À luz da Constituição de 1988, a maior parte da doutrina e a jurisprudência quase unânime dos tribunais superiores, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal, têm reconhecido o TCU como uma corte administrativa, autônoma, vinculada ao Poder Legislativo, com competência para julgar contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos e dotada de jurisdição própria, peculiar e específica, distinta da jurisdição em sentido estrito.

Assim, para a maior parte dos estudiosos e dos juristas, as deliberações da Corte de Contas consistem em juízos acerca da exatidão de contas e de atos submetidos a seu exame. Elas fazem coisa julgada administrativa, o que impede sua revisão e torna seu cumprimento obrigatório nessa esfera, e não podem ser questionadas senão por mandado de segurança junto ao Supremo Tribunal Federal.

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina majoritária, ao reconhecerem o TCU como juiz natural das matérias inseridas em sua competência, têm entendido que as deliberações da Corte de Contas restringem parcialmente a atuação do Judiciário, que somente pode examinar erros de procedimento, sem possibilidade de manifestação sobre eventual erro de julgamento.

No exercício de sua competência, o Tribunal de Contas pode apreciar a constitucionalidade de atos normativos de matérias inseridas em suas atribuições. No entanto, tal possibilidade, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, não diz respeito à declaração de inconstitucionalidade dos atos, que é competência privativa do Supremo Tribunal Federal, mas apenas à negativa de aplicação dos dispositivos impugnados.

As deliberações que imputam débito ou aplicam multa têm força de título executivo e tornam a dívida certa e líquida. Cabe à Advocacia Geral da União ou aos procuradores das entidades da administração indireta promover sua execução judicial.

Para desempenhar suas atribuições, o Tribunal emprega quatro procedimentos básicos: tomadas e prestações de contas, tomadas de contas especiais, fiscalizações e monitoramentos.

Tomadas e prestações de contas são conjuntos de documentos e demonstrativos relativos à gestão de órgãos e entidades da Administração Pública. São enviados anualmente ao TCU. Durante seu julgamento, que segue o devido processo legal, é conferido amplo direito de defesa aos responsáveis.

Tomadas de contas especiais são procedimentos adotados diante da omissão no dever de prestar contas, da ocorrência de desfalques ou desvios ou da prática de ato de que resulte prejuízo ao Erário. São instauradas pelo próprio Tribunal, quando a irregularidade é detectada em suas fiscalizações, ou pela autoridade administrativa que tiver ciência do ato irregular. Destinam-se a apurar fatos, quantificar danos e identificar responsáveis. Tal como no caso das contas anuais, seu julgamento observa o devido processo legal e o princípio da ampla defesa.

As fiscalizações, que se dividem em auditorias e inspeções, são realizadas em unidades de órgãos e entidades da Administração direta e indireta dos três Poderes, de forma rotineira ou em caráter específico e eventual. São levadas a cabo de acordo com sistemáticas definidas em manuais internos do Tribunal.

Por fim, os monitoramentos são o instrumento de que o TCU se vale para acompanhar o cumprimento de suas deliberações e avaliar os resultados delas advindos. São, juntamente com as sanções que o Tribunal pode aplicar, a forma de assegurar a efetividade das decisões.

Examinadas as competências, a estrutura e o funcionamento do sistema brasileiro de controle externo, seria interessante comentar dois últimos aspectos. O primeiro é o da especificidade de cada sistema de controle. O segundo é o da importância da auditoria pública.

Há hoje uma grande discussão a respeito de qual seria o modelo de controle da administração pública mais efetivo, se o de Corte de Contas ou o de Controladoria.

Essa discussão tem se travado exclusivamente no campo conceitual, onde os adeptos de uma corrente apontam vantagens do modelo que consideram mais adequado e desvantagens do outro.

Entretanto, há um equívoco nesse enfoque. A adoção de um modelo de controle não é uma questão meramente conceitual ou técnica. Na realidade, é uma questão sociológica e política.

Um sistema de controle é fruto de uma determinada evolução histórica, política e social, e reflete as peculiaridades do ordenamento jurídico e institucional. O simples transplante de um modelo que funciona em uma sociedade não garante seu sucesso em outra.

Nos países anglo-saxões que optaram por Controladorias, o sistema funciona adequadamente, pois aquelas nações desfrutam de razoável amadurecimento das instituições e das práticas políticas. Além disso, nelas há grande participação popular no controle das ações cotidianas do poder público, o que permite aos órgãos de controle externo atribuírem maior prioridade à avaliação de desempenho.

Em outros países, entretanto, é nítido que a preocupação com o combate à corrupção deve preceder a preocupação com o desempenho operacional, o que, em tese, torna muito mais adequada a essa realidade a implantação de uma Corte de Contas típica, com seus poderes judicante e sancionador. É o caso, por exemplo, do Brasil, onde o Tribunal de Contas se mostrou inequivocamente a forma mais adequada de controle.

Há outras nações, contudo, que adotaram Cortes de Contas, mas que, por estarem em avançado estágio de consciência da população de seus direitos da cidadania, atribuíram a essas Cortes características bastante assemelhadas às de Controladorias, como parece ser o caso da Alemanha.

Tais distinções sugerem que a discussão não deve se dar sobre vantagens e desvantagens de cada modelo, mas sim sobre quais são as características fundamentais que o sistema de controle deve ter para ser efetivo em uma determinada conjuntura social, jurídica e política.

Sob esse enfoque, o que importa é discutir certas questões básicas relativas à estruturação e ao funcionamento do órgão de controle, como, por exemplo:

- as expectativas e demandas dos agentes sociais em relação ao controle;
- os sujeitos passivos do controle, ou seja, quais entes públicos devem ser controlados;
- o grau de autonomia técnica, inclusive em relação ao Parlamento, na seleção, na condução e na conclusão dos trabalhos de fiscalização;
- as garantias de independência dos responsáveis pelo controle;
- os recursos materiais e financeiros necessários para viabilizar o funcionamento adequado e a autonomia administrativa;
- o foco de controle a ser adotado, se na legalidade, no desempenho operacional ou em ambos;
- os instrumentos de fiscalização a serem colocados à disposição; e, ainda,
- os instrumentos de garantia de efetividade das conclusões dos trabalhos de fiscalização.

Essa reflexão sobre as características do órgão de controle conduz ao último aspecto a ser comentado, o da importância da auditoria pública.

Hoje, há correntes que defendem, como forma de aumentar a eficiência do controle da administração pública, a contratação de empresas privadas para realizar auditorias no setor público.

Esse não parece ser o caminho mais adequado, dados os elevados riscos na delegação do controle a entidades privadas.

Em primeiro lugar, a auditoria de órgãos públicos é muito diferente da auditoria de instituições privadas. As normas jurídicas, contábeis, orçamentárias e financeiras são distintas, assim como os padrões de trabalho.

Os objetivos dos entes fiscalizados também são completamente diversos. As empresas privadas são regidas por considerações exclusivamente econômicas, enquanto os entes públicos – ao menos assim se espera que seja – são norteados por razões sociais, políticas e estratégicas.

Há também a questão dos conflitos de interesse que podem surgir com a terceirização da auditoria no setor público. Uma empresa contratada, preocupada em manter e renovar seu contrato, dificilmente teria independência para apontar irregularidades em um órgão público e entrar em conflito com os administradores envolvidos.

Pode acontecer, ainda, de a auditoria privada minimizar a importância de relacionamentos impróprios do órgão público com outros entes privados em que ela própria tenha interesse.

Os empregados dessas empresas, que não desfrutam de qualquer garantia de independência, poderiam ser pressionados para alterar as conclusões de seus trabalhos.

Essas hipóteses não são mero exercício especulativo. Ao contrário, elas refletem exatamente o que aconteceu nos recentes escândalos contábeis nos Estados Unidos e em alguns países europeus.

Outro aspecto a ser considerado é o dos custos da terceirização. É provável que o pagamento dos lucros embutidos nos preços dos serviços das empresas privadas seja superior ao custo de manter os quadros de pessoal próprio dos órgãos de controle.

Assim, é mais vantajoso para o Estado, a longo prazo, manter o caráter exclusivamente público das atividades de controle, e apenas utilizar os serviços da iniciativa privada quando forem necessários especialistas para realizar trabalhos específicos e altamente sofisticados.

Esses são os principais aspectos a serem considerados na estruturação de um sistema de controle. São indispensáveis para permitir a existência de um organismo de fiscalização forte, autônomo, bem aparelhado e próximo ao poder Legislativo.

Tenho para mim que somente assim, com a efetiva atuação desse órgão no controle das ações do poder público, é possível garantir que os interesses superiores da coletividade sejam atingidos, que os direitos da cidadania sejam respeitados e que uma sociedade mais justa seja construída.

DA RESPONSABILIDADE DOS TITULARES DE CARGOS PÚBLICOS, DOS FUNCIONÁRIOS E AGENTES DO ESTADO E DAS DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS *

*Francisco Teodósio Jacinto***

Diretor do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais de Portugal

1. Introdução

A responsabilidade dos titulares de cargos políticos e dos demais titulares de cargos públicos e o controlo do Poder autonomizam-se e ganham particular dimensão com a criação do Estado Moderno¹.

* Palestra proferida no III Congresso Internacional dos Membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. Manaus, 2002. Autorizado a publicação, pelo autor, à Procuradora Geral do Ministério Público de Contas do Distrito Federal, Dra. Márcia Farias.

* Foi Diretor-Adjunto - Diretor de Estudos - do Centro de Estudos Judiciários (CEJ); Coordenador do Grupo Editor da Página do Auditor e dos Jovens Magistrados e de vários seminários internacionais, tendo o último sido realizado de 23 a 25 de junho de 2002, com a participação da Alemanha, Espanha, França, Holanda, Itália e Portugal, versando sobre "Os Princípios da legalidade e da oportunidade dos sistemas processuais europeus - perspectiva de direito comparado"; Procurador Geral Adjunto no Tribunal de Contas de Portugal; Inspetor do Ministério Público; Procurador da República em Macau; Procurador da República na Comarca de Lisboa e no Círculo Judicial de Sintra.

¹ Cf. VASCONCELOS, Pedro Bacelar de. *Teoria do Controlo Jurídico do Poder Público*. Lisboa, Ed. Cosmos, 1996, pg. 15

Ao contrário do que acontecia no período em que o Poder se concentrou nas mãos do monarca absoluto, em que o soberano se situava acima da legalidade – *princeps legibus solutus est* ou, noutra versão, *'he king can do no wrong* (o rei não pode errar), mais tarde substituído pelo princípio *the King can't act alone*: transferência da responsabilidade para os ministros do Rei - ou em que, na célebre expressão de Luís XIV, *L'État c'est moi*, a razão de ser do Poder passou a ser a consecução do interesse público, sendo este o único suporte justificativo da actuação da Administração Pública².

Como sublinha Pedro Bacelar de Vasconcelos:

A ideia de súbdito perece com o Estado moderno. O cidadão não tem que se submeter a ninguém em função de uma qualidade prévia que detenha – submete-se, apenas, ao titular de um cargo que ele próprio, pelo seu consentimento, legitimou. Toda a titularidade do poder se torna transitória³.

O controlo e responsabilidade dos titulares do poder e da administração são elementos estruturantes do Estado de Direito democrático, o qual implica a sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, entre os quais se destacam o princípio da legalidade e da imparcialidade da administração e a responsabilidade dos poderes públicos.

Haverá, por outro lado que ter presente, que, no Estado de Direito, o sistema político se legitima na medida em que se processa em nome do povo e de acordo com o mandato do povo – legitimidade democrática - e também (e muitas vezes até sobretudo) pela sua capacidade de realização – pela sua eficiência na promoção e manutenção das condições de vida dos cidadãos – legitimidade de facto⁴.

E é tanto mais importante enfatizar tais princípios quanto é certo que sopram actualmente ventos na Europa que têm subjacente a ideia do carácter ilimitado do poder da maioria, a ideia do carácter ilimitado da liberdade do mercado e mesmo a confusão entre a esfera pública e privada, com a atinente submissão do interesse público aos interesse privados.

² Cf. RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra: 1996, p. 120-121

³ Ob. Cit., p. 28

⁴ Cf. MACHADO, João Baptista. *Obra Dispersa*. Braga : Scientia Jurídica, 1993, p. 300-301.

2. Enquadramento constitucional

A Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra, no seu art.º 22º, que o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

Este princípio da responsabilidade do Estado é um dos princípios estruturantes do Estado de Direito democrático, enquanto elemento do direito geral das pessoas à reparação dos danos causados por outrem⁵.

O art.º 117.º da CRP tem como objecto o estatuto dos titulares de cargos políticos, dispondo o seu n.º 1 que tais titulares respondem política, civil e criminalmente pelas acções e omissões que pratiquem no exercício das suas funções⁶.

Tal responsabilidade é um dos elementos intrínsecos do princípio democrático, comportando a *prestação de contas* – dar conta da actividade exercida a outros órgãos ou aos cidadãos em geral - e o sancionamento da conduta errada ou ilícita (*responsabilidade política, civil, criminal*).

O n.º 2 do art.º 117.º remete para a lei ordinária a regulação dos deveres, responsabilidades e incompatibilidades dos titulares de cargos políticos.

O regime jurídico das incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos só veio a ser estabelecido pela Lei n.º 9/90, de 1.3, alterada pela Lei n.º 56/90, tendo tais diplomas sido revogados pela Lei n.º 64/93, de 26.8. Esta Lei, que teve como finalidade criar um regime mais restritivo, instrumental do bom funcionamento do regime democrático, veio, por sua vez, a ser alterada pela Lei n.º 28/95, de 26.8.

Os aspectos essenciais do regime de incompatibilidades e impedimentos serão abaixo apontados.

⁵ cf. Constituição da República Portuguesa Anotada, J.J.Gomes Canotilho e Vital Moreira, que seguiremos de perto, a propósito dos preceitos constitucionais citados. Alerta-se para a necessidade de levar em conta a alteração da numeração levada a cabo pela revisão constitucional de 1997 e ainda ao teor das alterações introduzidas pela 5.ª Revisão Constitucional – Lei Constitucional n.º 1/2001, de 12 de Dezembro.

⁶ Cf. Ac. n.º 468/96 do Tribunal Constitucional, in www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm

O nº 3 do art. 117.º remete também para a lei ordinária a determinação dos *crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos*, bem como as sanções aplicáveis e os respectivos efeitos, que podem incluir *destituição do cargo ou a perda do mandato*.

A consagração dos *crimes de responsabilidade* tem larga tradição no direito português, remontando à Constituição de 1822 (art.ºs 159.º e 160.º)⁷. A Constituição de 1976 estendeu, porém, tal categoria de crimes aos titulares dos cargos políticos em geral, enquanto que antes a mesma era reservada aos membros do “poder executivo”.

A Lei nº 34/87, de 16.7, que adiante se focará, veio dar cumprimento ao citado preceito constitucional, dispondo quanto aos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos.

O art.º 266.º da CRP dispõe, no seu nº 1, que a *Administração Pública* visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Segundo o seu nº 2, os *órgão e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei* e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos *princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé*.

Segundo o nº 1 do art.º 269.º da CRP (regime da função pública), no exercício das suas funções, os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão exclusivamente aos serviço do interesse público.

⁷ O art.º 159.º dispunha que os Secretários de Estado são responsáveis às Cortes pela falta de observância das leis; pelo abuso do poder que lhes foi confiado; pelo que obrarem contra a liberdade, segurança, ou propriedade dos cidadãos; por qualquer dissipação ou mau uso dos bens públicos. A formação de culpa era declarada por Decreto das Cortes, competindo ao Supremo Tribunal de Justiça conhecer dos ‘erros de ofício de que forem arguidos os seus Ministros, os das Relações, os Secretários e Conselheiros de Estado, os Ministros Diplomáticos, e os Regentes do Reino’- art.º 191.º

A Carta Constitucional de 1826 consagrava, por sua vez, a responsabilidade dos Ministros de Estado, por traição, por peita, suborno ou concussão; por abuso de Poder; por falta de observância da Lei; por obrarem contra a liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos e por qualquer dissipação dos bens públicos (art. 103.º). A Constituição de 1911 dispunha, por sua vez, no seu art.º 51.º que ‘Cada Ministro é responsável política, civil e criminalmente pelos actos que legalizar ou praticar’, sendo julgados, nos crimes de responsabilidade, pelos tribunais comuns.

De acordo com o nº 4 dessa norma, não é permitida a acumulação de empregos ou cargos públicos, salvo nos casos expressamente admitidos por lei.

Por sua vez, o seu nº 5 remete para a lei ordinária a determinação das *incompatibilidades* entre o exercício de empregos ou cargos públicos e o de outras actividades. Visa-se assim garantir a imparcialidade da administração e, por outro lado, o princípio da eficiência, a que a mesma se encontra vinculada.

Nos termos do *art.º 271.º da CRP*, os *funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente* pelas acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a acção ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica.

A denominada 'garantia administrativa' (necessidade, em certos casos, de prévia autorização do Governo para serem demandados, civil e criminalmente, os funcionários e agentes, por factos relativos ao exercício das suas funções) encontra-se expressamente vedada, tendo a legislação que a consagrava sido revogada logo após a Revolução de 1974 – Dec-Lei nº 74/75, de 22.2., que também determinou a reabertura dos processos crimes em que havia funcionado tal garantia.

A *responsabilidade civil* do Estado e das demais entidades públicas e dos respectivos funcionários e agentes, a que aludem os citados art.ºs 21.º e 271.º da CRP, continua a ser regulada pelo Dec-Lei nº 48.051, de 27.11.1967, não tendo sido objecto de aprovação, conforme chegou a estar previsto no decurso de 2002, o regime constante da Proposta de Lei nº 95/VIII – Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado.

Quanto à *responsabilidade disciplinar* rege, essencialmente, o Dec-Lei nº 24/84, de 16.1. – Estatuto disciplinar dos funcionários e agentes da Administração central, regional e local.

No que concerne à *responsabilidade criminal*, haverá que atender, em primeira linha, aos crimes constantes do Título V - Cap.º IV do C. Penal – crimes cometidos no exercício de funções públicas, especialmente a corrupção, o peculato e o abuso de autoridade.

3. Cargos públicos e cargos políticos – âmbito dos respectivos conceitos. Funcionários e agentes do Estado e demais entidades públicas

3.1. A Constituição da República consagra, no art.º 47.º nº 2, o direito de acesso de todos os cidadãos, em condições de igualdade e liberdade à função

pública. Por sua vez, o nº 1 do seu art.º 50.º dispõe que todos os cidadãos têm o direito de acesso, em condições de igualdade e liberdade, aos cargos públicos.

A *função pública*, cuja regime consta do art.º citado 269.º da CRP, supõe uma relação de trabalho ou de serviço, enquanto que os *cargos públicos* envolvem a titularidade de um órgão de Estado ou de outra pessoa colectiva pública.

O direito de acesso aos *cargos públicos*, que abrange, entre outros, os cargos políticos propriamente ditos, consiste na possibilidade de acesso aos cargos de representação ou direcção, em órgãos do Estado (designadamente os órgãos de soberania), das regiões autónomas e do poder local, quer por via de eleição, quer por via de nomeação por outro órgão constitucionalmente legitimado para o efeito.

Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, em anotação ao referido art.º 50.º da CRP, o âmbito do conceito cargos públicos é mais amplo que o de cargos políticos.

De acordo com os mesmos autores, a melhor noção parece ser aquela que considera cargos políticos todos aqueles aos quais estão confiadas funções políticas (sobretudo as de direcção política), a nível nacional, regional ou local.

Assim, são titulares de *cargos políticos*, entre outros, o Presidente da República, os deputados, os membros do Governo, os conselheiros de Estado, os membros dos governos e das assembleias regionais, os Ministros da República para as Regiões Autónomas, os membros dos órgãos do poder local, etc.

A Lei nº 4/83, de 2.4, alterada pela Lei nº 25/95, de 18.8 – *controlo público da riqueza dos titulares de cargos políticos* – faz um elenco dos titulares de cargos políticos, para efeitos dessa lei. Entre os mesmos, incluem-se, para além dos que acabaram de ser indicados, os membros do Tribunal Constitucional, os deputados ao Parlamento Europeu, os membros dos órgãos constitucionais e das entidades públicas independentes previstas na Constituição e na lei, o Governador Civil e o Vice-governador civil.

São equiparados a titulares de *cargos políticos*, para efeitos da Lei nº 25/95 – seu art.º 4.º nº 3, os *gestores públicos*, o *administrador designado por entidade pública em pessoa colectiva de direito público ou em sociedade de capitais públicos ou de economia mista*, o director-geral, subdirector-geral e equiparados.

Nos termos da Lei nº 34/87, de 16.7 – *Crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos* – são considerados cargos políticos: Presidente da

República, Presidente da Assembleia da República, deputados, membros do Governo, deputados ao Parlamento Europeu, ministros da República para as Regiões Autónomas, membros dos órgãos de governo próprio das Regiões Autónomas, membros de órgãos representativos de autarquia local e governador civil.

Também a Lei nº 4/85, de 9.4, que sofreu as alterações constantes da Lei nº 16/87, de 1.6 – *estatuto remuneratório dos titulares de cargos políticos* – define quais os titulares de cargos políticos, como se pode ver do seu art.º 1.º.

A Lei nº 64/93, de 26.8, que sofreu as alterações constantes da Lei nº 28/95, de 18.8., e da Lei nº 39-B/94, de 27.12 (art.º 3.º) – *regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos* - dispõe, no seu art.º 1.º, que a mesma se aplica aos titulares de órgãos de soberania e aos titulares de outros cargos políticos, sendo considerados como tal: os ministros da República para as Regiões Autónomas, os membros dos Governos Regionais, o provedor de justiça, o governador e vice-governador civil, o presidente e vereador a tempo inteiro das câmaras municipais e os deputados ao Parlamento Europeu.

Segundo o art.º 3.º nº 1 da mesma Lei, na citada redacção da Lei nº 39-B/94 de 27.12, são considerados titulares de altos cargos públicos: o presidente do conselho de administração de empresa pública e de sociedade anónima de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos; o gestor público e membro do conselho de administração de sociedade anónima de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos, designados por entidade pública, desde que exerçam funções executivas; os membros em regime de permanência a tempo inteiro da entidade pública independente prevista na Constituição ou na lei.

A Lei nº 12/96, de 18.4, que estabeleceu um novo regime de incompatibilidades, considera também *titulares de altos cargos públicos* os presidentes, vice-presidentes e vogais da direcção de instituto público, fundação pública ou estabelecimento público, bem como os directores-gerais e subdirectores-gerais e aqueles cujo estatuto lhes seja equiparado – cf. os seus art.ºs 1º nº 1, 2º nº 2 e 3º.3.2. O art.º 269.º da CRP – regime da função pública – reporta-se a *trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades pública*, enquanto que o art.º 271.º do diploma fundamental - responsabilidade dos funcionários e agentes – usa antes a designação de *funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas*.

Questiona-se, assim, se haverá coincidência entre as duas fórmulas

usadas, designadamente para efeitos de responsabilidade criminal, civil e disciplinar.

É no domínio penal que se levantam especiais problemas.

Para esse efeito, como dispõe o nº 1 do art.º 386.º do Código Penal, a expressão *funcionário* abrange: o funcionário civil e o agente administrativo (alíneas a. e b.) – os denominados ‘agentes da administração’ / conceito estrito de funcionário; aqueles que, sem vinculação funcional ou pessoal, e por qualquer forma, tenham sido chamados a desempenhar ou a participar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional ou, nas mesmas circunstâncias, a desempenhar funções em organismos de utilidade pública (pessoas colectivas de utilidade pública, instituições particulares de solidariedade social ou pessoas colectivas de utilidade pública administrativa) ou a nelas participar – conceito alargado de funcionário⁸.

Ou seja, e resumindo, pode dizer-se que, de acordo com o nº 1 do art.º 386º do C.Penal, a denominação de funcionário é determinada por duas considerações: ou por o agente ter uma qualificação subjectiva (a vinculação ou integração num serviço) ou por uma qualificação de ordem material objectiva: o desempenho de funções num serviço público ou jurisdicional⁹.

De acordo com o nº 2 do art.º 386.º, ao funcionário são equiparados os gestores, titulares de órgãos de fiscalização e trabalhadores das empresas públicas nacionalizadas, de capitais públicos ou com participação maioritária de capitais públicos e ainda empresas concessionárias de serviços públicos – *conceito de funcionário no sector público empresarial*.

Segundo o nº 3 do art.º 386.º, a equiparação a funcionário, para efeitos de lei penal, de quem desempenha funções políticas é regulada por lei especial – a lei nº 34/87, de 16.7, já aludida em 2.

No caso dos crimes cometidos no exercício de funções públicas, a legislação portuguesa consagra, pois, um conceito de funcionário mais alargado que o de direito público, como também acontece na Alemanha, na Áustria, na Itália e na Suíça.

Interessante é sublinhar, ainda no domínio penal, o teor da *Convenção*

⁸ Cf. “*Comentário Conimbricense ao Código Penal*” – *Parte Especial, Tomo III*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001, p. 813 e ss.

⁹ “*Comentário*”, Tomo citado, p. 816

Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 68/2001, de 26.X, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 56/2001, de 26.X¹⁰.

De acordo com o seu art.º 1.º, alínea a., a expressão ‘agente público’, para efeitos da Convenção, é interpretada por referência à definição de ‘funcionário’, ‘funcionário público’, ‘presidente da câmara’, ‘ministro’ ou ‘juiz’, utilizada no direito interno do Estado em que a pessoa em causa exerce essa função, tal como é aplicada no seu direito penal; o termo ‘juiz’, por sua vez, engloba os membros do Ministério Público e as pessoas que exercem funções judiciais – alínea b.

Também o Anexo à *Recomendação nº R (2000) 6 do Conselho da Europa relativa ao Estatuto dos Agentes Públicos* se reporta a tal matéria, de uma forma bem interessante, dispondo o nº 2 do seu art.º 1.º que o termo ‘agente público’ se aplica a toda a pessoa empregada por uma autoridade pública, podendo ainda aplicar-se, de acordo com o seu nº 3 a toda a pessoa empregada por uma entidade privada incumbida de uma missão de serviço público¹¹.

Na exposição de motivos relativa a tal Recomendação, esclarece-se que se adoptou essa definição ampla, dada a diversidade dos sistemas existentes na Europa e que se enquadram num critério institucional ou orgânico: agente público é toda a pessoa que trabalha para os serviços públicos; num critério funcional: só é considerado agente público a pessoa que desempenha tarefas atinentes à administração pública propriamente dita; e num critério ainda mais restrito, como acontece na Alemanha, onde só se aplica aos empregados da administração que exerçam prerrogativas de poder público¹².

4. Da responsabilidade política, civil e criminal dos titulares de cargos políticos

4.1. Os titulares de cargos políticos respondem politicamente perante o eleitorado que os elegeu ou perante o órgão que os designou.

Tal responsabilidade fundamenta-se em regras e critérios de compatibilidade política, acarretando sanções de natureza política.

¹⁰ Disponível em www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ce/rar68_2001.html

¹¹ Disponível em www.coe.int/ta/rec/2000/f2000r10.htm

¹² cf. [http://cm.coe.int/ta/rec/2000/fExpRec\(00\)6.htm](http://cm.coe.int/ta/rec/2000/fExpRec(00)6.htm)

Numa breve síntese, dir-se-á que a *responsabilidade política* se conecta com o controlo, implicando que o titular do órgão controlado goza de uma relação de confiança em relação ao controlante e que responde perante este pelos efeitos e pelas orientações políticas da sua actividade¹³.

A responsabilidade política assume natureza difusa e institucional.

A responsabilidade difusa traduz-se no juízo negativo que os cidadãos podem exercer relativamente aos titulares de cargos electivos, quando os mesmos se submetem ao sufrágio. Diz-se difusa porque a mesma não é exercida por alguém em concreto, mas sim pela generalidade dos cidadãos e, por outro lado, porque a sanção consiste numa mera opinião negativa que só eventualmente poderá ter repercussão em sede eleitoral¹⁴.

A responsabilidade política institucional verifica-se, por exemplo, quando o Parlamento retira a confiança ao Governo, forçando-o a demitir-se.

Importa sublinhar que a responsabilidade política é também uma responsabilidade juridicamente conformada, quer através do controlo dos respectivos actos pelos tribunais administrativos e pelos tribunais de contas, quer através da definição jurídica, a nível constitucional, de formas exteriorizadas de actos sancionatórios e de controlo (censura, demissão, exoneração, veto, etc.)¹⁵.

4.2. Reportando-nos à *responsabilidade civil*, os titulares de cargos políticos respondem, como qualquer cidadão, pelos danos causados nas relações jurídico-privadas e como qualquer titular de um órgão do Estado e das demais entidades públicas pelos danos causados por acções ou omissões produzidos no exercício das suas funções e por causa desse exercício.

O Estado e as demais entidades públicas respondem solidariamente perante os cidadãos – art.º 22.º da CRP – tendo depois direito de regresso contra os titulares de cargos públicos e os demais funcionários e agentes responsáveis – art. 271.º nº 4 da CRP.

Como acima se sublinhou já, a matéria da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas continua a ser regulada pelo Dec-Lei nº 48.051, de 21.XI.de 1967.

¹³ Cf. "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", J.J. Gomes Canotilho, Almedina, Coimbra, 1998, p. 514

¹⁴ Cf. "La criminalidad de los gobernantes", Luis María Díez-Picazo, Crítica, Barcelona, 1996, p. 70

¹⁵ Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., anotação ao art. 120.º (actual art.º 117.º) da CRP

O XIV Governo Constitucional apresentou a Proposta de Lei nº 95/VIII, a qual visava 'dar, finalmente, resposta à necessidade, de há muito sentida, de adoptar o regime legal da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas às exigências ditadas pela Constituição da República', aperfeiçoando-se o regime da responsabilidade pelo exercício da função administrativa, estabelecendo, pela primeira vez em Portugal, um regime geral de responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional e introduzindo um regime inovador, mesmo numa perspectiva de direito comparado, em matéria de responsabilidade pelo exercício da função política e legislativa¹⁶.

Tal proposta de Lei, na qual se contemplava o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público, por danos resultantes do exercício das funções política e legislativa, jurisdicional e administrativa (nº 1 do art.º 1.º), acabou, porém, por não ser aprovada, continuando a discussão sobre tal matéria.

O seu art.º 15.º contemplava a responsabilidade no exercício da função política e legislativa. Nos termos do nº 1 desse preceito, o Estado e as demais regiões autónomas são civilmente responsáveis pelos danos anormais causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos por actos que, no exercício da função política e legislativa, pratiquem em desconformidade com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário ou acto legislativo de valor reforçado.

4.3. *A responsabilidade criminal* dos titulares de cargos políticos abrange todos os crimes cometidos pelos mesmos, no exercício das suas funções.

Ao lado dessa responsabilidade criminal geral, a Constituição (nº 3 do art. 117.º) prevê uma categoria específica de *crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos*, constando a disciplina global de tais crimes da já citada Lei nº 34/87, de 16.7 (supra, ponto 2).

Anteriormente a essa lei vigorou a Lei nº 266, de 27.7.1914, a qual regulou a matéria dos crimes de responsabilidade no contexto da Constituição de 1911.

A Lei nº 266 nunca foi objecto de revogação expressa, defendendo-se, porém, que a mesma haveria de considerar-se implicitamente revogada, por força das rupturas constitucionais de 1933 e de 1976¹⁷.

¹⁶ A referida proposta encontra-se disponível em: www.parlamento.pt/frames/actividade_parlamentar_index.htm

¹⁷ Cf. o acórdão do Tribunal Constitucional, nº 276/89, disponível no site indicado na nota 6

A Lei nº 34/87 tem como fundamento geral o princípio representativo (os titulares de cargos políticos exercem as suas funções não por direito próprio, mas em obediência ao povo que os elegeram), sendo, por outro lado, uma exigência do cumprimento do princípio de igualdade de todos os cidadãos perante a lei e do princípio do Estado de direito democrático, que se traduz na imposição do cumprimento da lei pelos governantes, na limitação dos seus poderes e na responsabilização pelo exercício das suas funções¹⁸.

De entre os crimes previstos na Lei nº 34/87, salientam-se o da *violação das normas de execução orçamental*, sendo punido com prisão até um ano o titular de cargo político a quem, por dever do seu cargo, incumba dar cumprimento a normas de execução orçamental e conscientemente as viole: contraindo encargos não previstos por lei; autorizando pagamentos sem o visto do Tribunal de Contas legalmente exigido; autorizando ou promovendo operações de tesouraria ou operações orçamentais proibidas por lei; utilizando dotações ou fundos secretos, com violação das regras da universalidade e especificação legalmente previstas – art.º 14.º, alíneas a) a d).

Os art.ºs. 16.º, 17.º e 18.º prevêm, respectivamente, os crimes de *corrupção passiva para acto ilícito*, de *corrupção passiva para acto lícito* e de *corrupção activa*.

Segundo o art.º 19.º, ficará isento de pena o infractor que, no caso dos artigos anteriores, voluntariamente repudiar o oferecimento ou promessa que tenha aceite ou restituir o indevidamente recebido antes de praticado o acto ou de consumada a omissão.

Os artigos 20.º, 21.º e 22.º contemplam o *peculato*, o *peculato de uso* e o *peculato por erro de outrem* (o titular de cargo político que, no exercício das suas funções, mas aproveitando-se do erro de outrem, receber para si ou para terceiros, taxas, emolumentos ou outras importâncias não devidas, ou superiores às devidas – prisão até 3 anos ou multas até 150 dias).

O crime de *participação económica em negócio* encontra-se regulado no art.º 23.º: titular de cargo político que, com intenção de obter para si ou para terceiro participação económica ilícita, lesar em negócio jurídico os interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpra, em razão das suas funções, administrar, fiscalizar, defender ou realizar – prisão até cinco anos (nº 1).

¹⁸ Cf. o citado acórdão do Tribunal Constitucional nº 276/89

Os n.ºs 2 e 3 desse preceito prevêm pena de multa de 50 a 100 dias para o titular de cargo político que, por qualquer forma, receber vantagem patrimonial por efeito de um acto jurídico civil relativo a interesses de que tenha, por força das suas funções, no momento do acto, total ou parcialmente, a disposição, a administração ou a fiscalização, ainda que sem os lesar (nº 2); e para o titular de cargo político que receber, por qualquer forma, vantagem económica por efeito de cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento de que, em razão das suas funções, total ou parcialmente, esteja encarregado de ordenar ou fazer, posto que se não verifique prejuízo económico para a Fazenda Pública ou para os interesses que assim efectiva (nº 3).

Este tipo de crime haverá de ser confrontado com o crime previsto e punido no art.º 377.º do C.Penal – participação económica em negócio – o qual se aplica aos funcionários (na já indicada acepção do art.º 386.º do C.Penal), que desempenhem um dos cargos especificamente referidos no tipo legal.

Em ambos os casos está em causa a grave infidelidade do agente ao cargo que exerce, provocando danos para a transparência e legalidade da administração e para os interesses públicos que lhe compete defender. Como se sublinhou em 2., a previsão dos crimes de responsabilidade tem larga tradição em Portugal, o mesmo acontecendo no Brasil, consagrando a primeira Constituição Republicana de 1891, entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, o atentado contra a “probidade administrativa” (art.º 54.º nº 6), norma essa que se reproduz na Constituição de 1934 (art.º 57.º alínea f); na Constituição de 1937 (art.º 85.º alínea d), na de 1946 (art.º 89.º n. V, com redacção alterada pelo Acto Institucional nº 14, de 5.9.69); na de 1967 (art.º 84.º, n. V) e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 82.º n. V) até se apresentar com a redacção constante do art.º 85.º n. V da actual Constituição Federal¹⁹.

Os *efeitos das penas* aplicadas aos titulares de cargos políticos encontram-se previstos no Cap. III da Lei nº 34/87 – destituição do cargo, perda do mandato, e demissão, respectivamente (artigos 28.º - Presidente da República, 29.º - titulares de cargos políticos de natureza electiva, 30.º - Primeiro Ministro e 31.º - titulares de cargos políticos de natureza não electiva).

Estatuindo o nº 4 do art.º 30.º da Constituição que nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos, tem-se discutido entre nós se a perda do mandato e os restantes efeitos

¹⁹ Cf. “Improbidade administrativa como forma de corrupção” – colaboração ao 10.º Encontro Nacional de Direito Constitucional – São Paulo – outubro 2001, Prof. Caio Tácito, in Revista Diálogo Jurídico, Ano I, vol. I, nº 8, Novembro de 2001 – www.direitopublico.com.br

previstos na Lei nº 34/87 operam “ope legis” ou se deverão considerar-se como uma pena acessória.

Sobre essa questão se pronunciou, por exemplo, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 274/90, onde se sublinha que a perda do mandato é inerente à própria ideia de condenação em crime de responsabilidade, não repugnando aceitar que ela se configure como efeito automático da condenação.

Como aí se sublinha, a perda do mandato apresenta-se como uma característica historicamente ligada ao próprio conceito de crime de responsabilidade, existindo uma conexão entre esta responsabilidade criminal e a responsabilidade política, transformando-se a censura criminal necessariamente numa censura política, com a conseqüente demissão ou destituição como pena necessária²⁰.

Essa posição não é, porém, uniforme, como se pode ver dos votos de vencido que acompanham o acórdão acabado de citar.

No que toca à *efectivação da responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos*, o Presidente da República responde, pelos crimes praticados no exercício das suas funções, perante o Supremo Tribunal de Justiça, cabendo a iniciativa do processo à Assembleia da República, mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade – art.º 130.º da CRP.

Quanto aos Deputados, cumpre atender ao regime de *imunidades* consagrado no art.º 157.º da CRP. Os mesmos não respondem civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções; não podem ser ouvidos como declarantes nem como arguidos sem autorização da Assembleia da República, sendo obrigatória a decisão de autorização, no segundo caso, quando houver fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão com limite máximo superior a três anos; não podem ser detidos ou presos sem autorização da Assembleia, salvo por crime doloso a que corresponda a pena de prisão indicada e em flagrante delito; movido procedimento criminal e acusado o deputado definitivamente, a Assembleia decide se o mesmo deve ou não ser suspenso para seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão nos casos dos crimes que ficaram indicados – n.ºs 1 a 4 do art.º 157.º.

²⁰ Cf. www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm

Relativamente aos membros do Governo, os mesmos também não podem ser detidos ou presos sem autorização da Assembleia da República, salvo por crime doloso a que corresponda a pena indicada, para os deputados, seguindo também o prosseguimento do processo, após acusação definitiva, idêntico regime – art.º 196.º da CRP²¹.

Uma nota final para deixar expresso que as *imunidades penais* têm a sua razão de ser na necessidade de protecção dos parlamentos e das outras instituições e só reflexa ou instrumentalmente os Deputados e os restantes titulares de cargos políticos. Ou seja, o espírito das normas que prevêm as imunidades e as regalias não é o de criar privilégios em violação do princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei, estando sim em causa a instituição a que pertencem tais titulares²².

Relativamente à *responsabilidade civil emergente de crimes de responsabilidade de titulares de cargos políticos*, a mesma rege-se pela lei civil, conforme dispõe o art.º 45.º da Lei nº 34/87, respondendo o Estado solidariamente e com direito de regresso, nos termos indicados em 4.2.

5. Do controlo público da riqueza dos titulares de cargos políticos

Nos termos do art.º 1 da Lei nº 4/83, de 2.4, na redacção da Lei nº 25/95, de 18.8, os titulares de cargos políticos apresentam no Tribunal Constitucional, no prazo de 60 dias contados do início do exercício das respectivas funções, declaração dos seus rendimentos, bem como do seu património e cargos sociais.

Tal declaração deverá conter os elementos a que se reportam, pormenorizadamente, as alíneas a) a f) dessa norma e no Decreto Regulamentar nº 1/2000, de 9.3.

Os mesmos abrangem, em síntese, os rendimentos brutos, os elementos do activo patrimonial existentes no país ou no estrangeiro, a descrição do passivo, a menção de cargos sociais que exerçam ou tenham exercido nos dois anos que precederam a declaração.

Os titulares de cargos políticos e equiparados com funções executivas devem renovar anualmente as respectivas declarações – nº 3 do art. 2.º.

²¹ Sobre esta matéria, podem ver-se, o Parecer da PGR nº 531/98, disponível em www.dgsi.pt/juridicas.nsf/pgpr?OpenPage e “As imunidades parlamentares no Direito Português”, Carla Amado Gomes, Coimbra Editora, 1998

²² Cf. “Dicionário Jurídico da Administração Pública”, Lisboa, 1990, p. 535

No prazo de 60 dias, a contar da cessação das funções, é apresentada nova declaração actualizada, devendo a declaração final reflectir a evolução patrimonial durante o mandato a que respeita – n.ºs 1 e 5 do art.º 2.º.

As declarações do património, dos rendimentos e dos cargos sociais de tais responsáveis, depositadas no Tribunal Constitucional, podem ser consultadas por qualquer cidadão, sendo livre a divulgação do respectivo conteúdo – cf. art.ºs 5.º nº 1 e 6.º nº 1.

Em caso de incumprimento, os titulares dos cargos respectivos são notificados pelo Tribunal Constitucional para o fazerem, em 30 dias, sobe pena de incorrerem em perda do mandato, demissão, destituição judicial ou inibição para o exercício de cargo que obrigue à referida declaração.

6. Das incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos

Todos os funcionários e agentes da administração pública estão sujeitos a um regime geral de incompatibilidades e impedimentos, vigorando na função pública um regime geral de não acumulação, que se exprime, nomeadamente, na obrigação de pedir autorização para acumular funções (públicas ou públicas e privadas).

Salvaguardam-se assim os princípios da imparcialidade da administração, da eficiência e da exclusiva dedicação ao interesse público.

No caso dos titulares de *cargos políticos e de altos cargos públicos* tal regime é mais restritivo, uma vez que se exige de tais titulares, atenta a dignidade e responsabilidade dos respectivos cargos, transparência, rigor, dedicação reforçada e isenção superior²³.

Como se referiu em 3.1., o regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos encontra-se consagrado na Lei nº 64/93, de 26.8, a qual sofreu as alterações constantes da Lei nº 28/95, de 18.8, e da Lei nº 39-B/94, de 27.12 (art. 3.º).

Os titulares dos cargos a que se reporta essa Lei exercem as suas funções em regime de exclusividade, sem prejuízo das excepções a que alude a parte final do nº 1 do seu art.º 4.º. Tal titularidade é, por outro lado, incompatível com quaisquer outras funções remuneradas ou não, bem como a integração em corpos

²³ Cf. o citado acórdão do Tribunal Constitucional nº 468/96

sociais de quaisquer pessoas colectivas de fins lucrativos – nº 2 desse preceito, com as excepções a que alude o seu nº 3.

Nos termos do seu art.º 7.º, a titularidade de altos cargos públicos implica a incompatibilidade com quaisquer outras funções remuneradas – nº 1. O nº 2 desse preceito excepciona as actividades de docência no ensino superior e de investigação, bem como as inerências a título gratuito. E o nº 3 admite a possibilidade de altos cargos públicos, em sociedades anónimas de capitais maioritária ou exclusivamente públicos, poderem requerer que lhes seja levantada a incompatibilidade.

O art.º 5.º contem o regime aplicável após a cessação de funções, vedando aos titulares de órgãos de soberania e aos titulares de cargos políticos o exercício, pelo período de três anos contados da data de tal cessação, de cargos em empresas privadas que prossigam actividades no sector por eles directamente tutelado, desde que, no período do respectivo mandato, tenham sido objecto de operações de privatização ou tenham beneficiado de incentivos financeiros ou de sistemas de incentivos e benefícios fiscais de natureza contratual – nº 1.

O nº 2 desse preceito excepciona, porém, o regresso à empresa ou actividade exercida à data da investidura no cargo.

O art.º 7.º-A consagra a existência de um registo de interesses – livro próprio- na Assembleia da República (relativo aos Deputados e aos membros do Governo), sendo facultativa a sua criação nas autarquias, no qual são inscritas todas as actividades susceptíveis de gerarem incompatibilidades ou impedimentos e quaisquer actos que possam proporcionar proveitos financeiros ou conflitos de interesses.

De acordo com o art.º 10.º, os titulares de cargos políticos devem depositar no Tribunal Constitucional, nos 60 dias posteriores à tomada de posse, declaração de inexistência de incompatibilidades ou impedimentos, donde conste a enumeração de todos os cargos, funções e actividades profissionais exercidos pelo declarante, bem como de quaisquer participações iniciais detidas pelo mesmo.

Compete ao Tribunal Constitucional e à Procuradoria Geral da República proceder à fiscalização do cumprimento das obrigações que impendem sobre os titulares dos cargos políticos e dos altos cargos públicos em causa.

O incumprimento dessas obrigações acarreta, respectivamente, a perda do respectivo mandato, a demissão ou destituição judicial – cf. os art.ºs 10.º n.º 3, 12.º e 13.º da Lei n.º 64/93, de 26.8, com as alterações indicadas.

Os diplomas que antecederam tal lei – Lei n.º 9/90, de 1.3., e Lei n.º 56/90, de 5.9, eram criticadas por terem estabelecido um regime demasiado complacente, com numerosas excepções que diminuía sensivelmente o seu alcance político e constitucional²⁴.

E essas críticas mantêm-se, após a publicação da Lei n.º 64/93 e 28/95, salientando-se que os sucessivos “pacotes” de ética terão sido moldados à sombra das conveniências das mais influentes personalidades partidárias, sendo hoje a transparência mais uma arma de combate político do que um corpo de leis claras, coesas e de aplicação inequívoca²⁵.

Ainda segundo essas críticas, poucos países europeus terão tanta legislação sobre a transparência da actividade política como Portugal, indo a fortaleza moralizadora do regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos até ao registo de interesses e depósito da declaração de rendimentos, a sucessivas intervenções no diploma do financiamento partidário, a uma comissão parlamentar de ética, etc. Mas tal não tem conferido ao sistema a eficácia pretendida, o que tem contribuído para acentuar o fosso entre os “políticos” e o povo²⁶.

7. Da responsabilidade civil, criminal e disciplinar dos funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas

7.1. No que respeita à *responsabilidade civil*, remete-se para quanto ficou já dito em 4.2. – responsabilidade civil dos titulares de cargos políticos – e para o enquadramento constitucional feito em 2.

O princípio geral da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas – art.º 22.º da CRP - haverá de articular-se com o disposto no art.º 271.º da CRP - responsabilidade pessoal dos funcionários e agentes do Estado e demais entidades públicas, tendo presente que a responsabilidade do Estado e das demais entidades públicas visa garantir o cidadão e não a impunidade dos funcionários e agentes.

²⁴ Cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, anotação ao art. 120.º (actual 117.º) da CRP

²⁵ Cf. Eduardo Dâmaso, “Público”, de 4.12.00

²⁶ Cf. Eduardo Dâmaso, “Público”, de 30.5.02

Nos termos do nº 4 do citado art.º 271.º, a lei regula os termos em que o Estado e as demais entidades públicas têm direito de regresso contra os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes.

Não se tendo ainda consumado a prevista intervenção legislativa nesta matéria, continua em vigor o Dec-Lei nº 48.051, de 2.XI.1967.

De acordo com o nº 2 dessa diploma legal, o direito de regresso contra os titulares do órgão ou os agentes culpados existe no caso de estes houverem procedido com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se achavam obrigados em razão do cargo.

As acções sobre responsabilidade civil do Estado, dos demais entes públicos e dos titulares dos seus órgãos e agentes por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública são da competência dos tribunais administrativos de círculo – al. i) do nº 1 do art.º 51.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pelo Dec-Lei nº 129/84, de 27.4, ainda vigente.

A distinção entre actos de gestão pública e actos de gestão privada, em matéria de responsabilidade da Administração Pública foi muito questionada na doutrina²⁷, tendo o novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei nº 13/2002, de 19.2, e que entrará em vigor em 19.2.2003, abolido tal distinção – cf. as alíneas g) e h) do nº 1 do seu art.º 4.º.

7.2. Relativamente à responsabilidade criminal, haverá que atender, em primeira linha, como se sublinhou no ponto 2., parte final, aos *crimes cometidos no exercício de funções pública* - Capítulo IV do Título V do Código Penal (Dos crimes contra o Estado).

Tais crimes têm, como nota característica, um desvio no exercício dos poderes conferidos pela titularidade do cargo, o qual, em vez de ser usado para a prossecução dos fins públicos a que se destina, é desviado para a satisfação de puros interesses privados do agente ou de terceiros.²⁸

Esclarecido já o âmbito do conceito de *funcionário*, para esse efeito – cf., supra, 3.2, far-se-á agora uma breve referência a alguns dos crimes aí previstos: corrupção, peculato, participação económica em negócio, abuso de autoridade, concussão, emprego de força pública contra a execução da lei ou de ordem

²⁷ Cf. “Em busca do acto administrativo perdido”, Vasco Pereira da Silva, Coimbra, 1996, pgs. 108-109

²⁸ Cf. “Revista de Legislação e de Jurisprudência”, Figueiredo Dias, ano 121.º, pgs. 379 e ss.

legítima, recusa de cooperação, abuso de poder, violação de segredo e abandono de funções.

O crime de *corrupção*, previsto nos art.ºs 372.º (corrupção passiva para acto ilícito), 373.º (corrupção passiva para acto lícito) e 374.º (corrupção activa) do C.Penal abrange as situações em que um funcionário solicita ou aceita uma vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de um acto, lícito ou ilícito, passado ou futuro, que traduz o exercício efectivo do cargo em que se encontra investido²⁹.

A corrupção activa reporta-se ao agente corruptor e a corrupção passiva ao funcionário corrupto.

Como se assinala no “Comentário Conimbricense”, para o qual acaba de se remeter, a corrupção traduz-se numa manipulação do aparelho de Estado pelo funcionário, que, assim, viola a autonomia intencional do Estado, infringindo as exigências de legalidade, objectividade e independência que, num Estado de direito, sempre têm de presidir ao desempenho de funções públicas.

A confiança, a credibilidade, a dignidade e o prestígio do Estado são gravemente atingidas por este tipo de crime, o qual, como se sublinhará autonomamente, constitui um seria ameaça para o próprio regime democrático.

A corrupção no fenómeno desportivo foi objecto de tratamento autónomo, regendo, quanto a tal matéria, o Dec-Lei nº 390/91, de 10.X., o qual alarga a punição a título de corrupção passiva a categorias profissionais não abrangidas pelo art.º 386.º do C.Penal.

O crime de *peculato* (art.º 375.º) aplica-se ao funcionário que ilegitimamente se apropria, em proveito próprio ou de outra pessoa, de dinheiro ou de outra coisa móvel, pública ou particular, que lhe tenha sido entregue, esteja na sua posse ou lhe seja acessível em razão das suas funções.

Tutelam-se, assim, por intermédio deste tipo legal, os bens jurídicos patrimoniais e, por outro lado, a probidade e fidelidade do funcionário, para se garantir ‘a intangibilidade da legalidade material da administração pública’.

O peculato de uso encontra-se previsto no art.º 376.º do C. Penal, o qual visa também proteger o bom andamento, a legalidade e a transparência da administração pública.

²⁹ Cf. “Comentário Conimbricense”, Tomo já citado, p. 655

O *crime de participação económica em negócio* (art.º 378.º) tem configuração idêntica à já definida em 4.3., relativamente aos titulares de cargos políticos.

A infidelidade do agente ao cargo que exerce, aí sublinhada, traduz-se no facto de se servir das suas funções para auferir determinada vantagem.

O *crime de concussão* (art.º 379.º) abrange a obtenção ilegítima de vantagens, por parte de um funcionário, no exercício das suas funções ou de poderes de facto delas decorrentes, mediante coacção. Neste caso, ao contrário do que se verifica com a corrupção, não há acordo entre o funcionário e o particular, sendo este vítima do abuso de autoridade do primeiro.

Interessante é atender à etimologia da palavra concussão – do latim ‘concutere’: acto de sacudir uma árvore para caírem os frutos³⁰.

7.3. Os funcionários e agentes estão exclusivamente ao serviço do interesse público, acarretando *responsabilidade disciplinar* a violação dos deveres gerais ou especiais a que se encontram vinculados.

O Estatuto Disciplinar dos funcionários e agentes da administração central, regional e local foi aprovado pelo Dec-Lei nº 24/84, de 16.1., sendo o mesmo aplicável à generalidade desses funcionários, excepto quanto àqueles que possuam estatuto especial (nº 2 do art.º 1.º desse Dec-Lei) - militares, corpos de polícia, funcionários de justiça, etc.

O primeiro dos deveres gerais a que os titulares dos órgãos, funcionários e agentes se encontram vinculados é o de actuar no sentido de criar no público confiança na acção da Administração Pública, em especial no que à sua *imparcialidade* diz respeito, considerando-se ainda deveres gerais o de isenção, zelo, obediência, lealdade, sigilo, correcção, assiduidade e pontualidade (n.ºs 3 e 4 do art.º 3.º do mesmo Dec-Lei).

Como se sublinhou em 2., o princípio da imparcialidade da administração tem consagração constitucional, constituindo uma norma de acção que respeita ao modo de exercício de toda a actividade administrativa, quer a de direito público, quer a de direito privado da Administração.

³⁰ “Comentário ao Código Penal”, Nelson Hungria, citado em “Comentário Conimbricense”, tomo citado, pg. 749

O princípio da imparcialidade encontra-se também incluído entre os princípios gerais de procedimento consagrados no Código de Procedimento Administrativo, (aprovado pelo Dec-Lei nº 442/91, de 15.XI, e alterado pelo Dec-Lei nº 6/96, de 31.1.), a par dos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos, da igualdade e da proporcionalidade, da justiça, da boa fé, da desburocratização e da eficiência – cf. os seus artigos 3.º a 10.º.

Os titulares dos órgãos, funcionários e agentes – administração central, regional e local, directa e indirecta – encontram-se, pois, vinculados a pautar-se por esses princípios, os quais, como se enfatizou já, têm mesmo assento constitucional: nº 2 do art. 266.º da CRP.

Toda a sua conduta terá de visar a prossecução do interesse público, subordinando-se à Constituição, à lei e ao direito – art.ºs 266.º da CRP, 3.º do Código de Procedimento Administrativo e 3.º nº 2 do Estatuto Disciplinar³¹.

Essa importante referência ao ‘direito’, como parâmetro da actividade administrativa, envolve uma outra implicação importantíssima: a da vinculação da Administração e dos seus agentes a uma ideia justa (ou jurídica) da lei, não para a olhar de forma puramente mecanicista e formalista, mas como um crivo jurídico para a sua interpretação e aplicação, em consonância com os valores de justiça inerentes ao ordenamento jurídico, maxime ao constitucional³².

No fundo o que está em causa é a *permanente referência, de quem exerce o poder a valores, a princípios e a um elevado padrão ético no funcionamento da Administração.*

Como já afirmava Guilherme d’Ockham, no ‘Breviloquium de principatu tyrannico’, o poder do papa, à semelhança do ‘governo civil, moderado e justo’ foi instituído para a ‘utilidade comum dos fiéis’ e não para ‘a honra de qualquer prelado’³³.

³¹ Cf., também o Dec-Lei nº 413/93, de 23.12, o qual visou reforçar as garantias de isenção da Administração Pública e em cujo preâmbulo se sublinha a necessidade de reforço da deontologia do serviço público e o dever que impende sobre todos os trabalhadores da mesma Administração de não retirarem vantagens directas ou indirectas das funções que exercem e de actuarem com independência em relação aos interesses e pressões particulares de qualquer índole, na perspectiva do respeito pela igualdade dos cidadãos.

³² Cf. “Código do Procedimento Administrativo - Comentado”, Mário Esteves de Oliveira e outros, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1997, p. 91

³³ Citado em “Teoria Geral do Controlo Jurídico do Poder Público”, Pedro Bacelar de Vasconcelos, p. 203

8. *O estatuto dos agentes públicos na Europa e os respectivos códigos de conduta – Recomendações nº R (2000) 6 e nº R (2000) 10 do Comité de Ministros do Conselho da Europa*

Em 24.2.2000, o Comité de Ministros do Conselho da Europa, considerando, designadamente, que o estabelecimento e a consolidação das instituições democráticas exigem uma administração pública que aja em conformidade com o Estado de Direito, que seja neutra e leal em face das instituições democráticas e respeitadora dos cidadãos que serve e levando em conta a tendência geral, nos países Europeus, para reformar a os sistemas da função pública por forma a desenvolver a eficácia, a produtividade e a qualidade dos serviços, adoptou a *Recomendação nº R (2000) 6*, a qual contem, em Anexo, um conjunto de princípios a implementar pelos Estados Membros, na sua legislação e na sua prática³⁴.

O ponto 13 desse Anexo reporta-se ás obrigações dos agentes públicos, entre as quais se incluem o respeito do Estado de Direito, a lealdade para com as instituições democráticas, o dever de reserva, a neutralidade, a imparcialidade, o respeito pelo público e a responsabilidade.

De realçar também o teor do ponto 4, onde se sublinham os dois princípios fundamentais de recrutamento dos agentes públicos: igualdade de acesso e o mérito.

Em 11.5.2000, o Comité de Ministros do Conselho da Europa adoptou, por sua vez, a *Recomendação nº R (2000) 10, relativa aos códigos de conduta dos agentes públicos*.

Como se refere no seu preâmbulo e se desenvolve na respectiva Exposição de Motivos, a corrupção representa uma séria ameaça para o Estado de Direito, a democracia, os direitos do homem, a equidade e a justiça social, pondo em causa a estabilidade das instituições democráticas e as bases morais da sociedade³⁵.

E porque assim é, a corrupção reclama um especial reforço da cooperação internacional porque tal fenómeno ameaça a totalidade dos Estados Membros e envolve, por regra, elementos transnacionais.

³⁴ Disponível em <http://cm.coe.int/ta/rec/2000/f2000r6.htm>

³⁵ Cf. a Exposição de Motivos em [http://cm.coe.int/stat/F/Public/2000/fExpRec\(00\)10.htm](http://cm.coe.int/stat/F/Public/2000/fExpRec(00)10.htm)

A estratégia da luta contra a corrupção, para ser eficaz, como se acentua no ponto 3 de tal Exposição de Motivos, supõe uma actuação global e sustentada por todas as partes, em especial os mais altos responsáveis, deve basear-se sobre a prevenção e educação e ter aplicação efectiva.

A adopção de '*códigos de conduta*', '*códigos de ética*' ou '*códigos de boas práticas*' foi considerada de uma importância primordial, muito embora a regulamentação voluntária dos comportamentos por tais códigos não possa substituir as regras jurídicas, nem o controlo exterior.

O *Código Modelo de Conduta para os Agentes Públicos*, anexo a tal Recomendação e em que os Estados Membros se devem inspirar para elaborar os respectivos códigos nacionais, contem 28 artigos, nos quais se abordam os valores éticos, as regras deontológicas, os princípios e as obrigações a respeitar por todos os agentes públicos, em especial em matéria de legalidade, assiduidade, eficiência, economia, transparência, integridade, imparcialidade, defesa do interesse público e reforço da confiança do público na administração.

A questão dos conflitos de interesses reais ou potenciais (art.º 13.º), bem como a declaração de rendimentos / interesses (14.º) são especialmente abordados, bem como as ofertas ou outros benefícios que possam pôr em causa ou aparentem pôr em causa a sua imparcialidade (art.ºs 17.º 1 18.º).

O artigo 28.º determina que deverá ser obrigatoriamente incluído, nos contratos dos agentes públicos, que os mesmos se encontram vinculados a cumprir as disposições do código de conduta sob pena de procedimento disciplinar.

9. O combate à corrupção, séria ameaça ao Estado de Direito, à democracia e aos direitos humanos - Medidas adoptadas a nível do Conselho da Europa

A Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transacções Comerciais Internacionais, adoptada em 17.12.1997, na Conferência Ministerial da OCDE

9.1. A corrupção caracteriza-se pela utilização de cargos públicos para fins privados, sendo esse o motivo da atenção especial aqui dedicada a tal tema.

Como escreveu Souto de Moura, actual Procurador Geral da República, o exercício do poder, seja em que circunstâncias for, é sempre uma porta aberta para que a corrupção se instale, sendo de todos os tempos a preocupação em

obstar, ou pelo menos limitar, aquilo a que sinteticamente poderíamos chamar a venalidade do exercício das funções públicas³⁶.

No direito romano, as situações de enriquecimento ilícito por parte da Administração começaram por ser tratadas por tribunais de excepção, havendo apenas lugar à repetição do indevido.

Como ponto de partida, costumam ser apontados os processos organizados contra os governadores da província da “Hispania”, com o objectivo de sancionar locupletamentos indevidos³⁷.

Com a ‘Lex Calpurnia’, o fenómeno é combatido por tribunais permanentes, passando a assumir natureza penal, na época imperial³⁸.

O Código Napoleónico de 1810 instituiu sanções severas para lutar contra a corrupção na vida pública, uma vez que os abusos cometidos pelos agentes públicos, no exercício das suas funções, ponham seriamente em causa a confiança dos cidadãos na *probidade e imparcialidade da administração*.

Entre nós, as Ordenações Filipinas, claramente influenciadas pelo direito romano, como as anteriores Ordenações, continham no título 71 do Livro V o regime da corrupção, merecendo também realce o facto de a concussão se ter vindo a autonomizar, deixando à corrupção – na época designada por ‘peita’ ou ‘suborno’ – o campo residual de recebimento de liberalidades pelos funcionários³⁹.

Quanto ao abuso de funções, por parte do próprio, mostra-se extremamente interessante a seguinte passagem da famosa obra “Arte de Furtar”: “O Rey, que se governa com verdadeiras leys...ha de presumir, que até o que possui não he seu, e que lhe he dado para conservar seus vassallos; e que se o

³⁶ Cf. “Corrupção (Para uma abordagem jurídica e judiciária)”, in Textos, Centro de Estudos Judiciários, vol. 2, 1991-1992 / 1992-1993, pg. 67

³⁷ Cf. “Sobre o crime de corrupção – Breve retrospectiva histórica. Corrupção e concussão. Anatomia ‘típica’ das corrupções ‘activa’ e ‘passiva’. Análise dogmática destes dois delitos”, António Manuel de Almeida Costa, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Eduardo Correia, 1984, pg. 7

³⁸ Cf. BFDC, citado na nota anterior

³⁹ Cf. “Sobre o crime de corrupção”, acima citado, nota 37, pgs. 17-18

defraudar fóra do bem commum com gastos superfluos, que poderá commetter nisso crime, a que se dá o nome de furto⁴⁰.”

Nos últimos anos, o crime organizado e, em especial, a corrupção passaram a constituir anos uma séria preocupação a nível nacional e internacional, uma vez que, como tem sido repetidamente afirmado, a corrupção, para além de distorcer as regras de concorrência, a nível do mercado, constitui uma séria ameaça ao Estado de Direito e à democracia, aos direitos humanos.

Numa outra definição, a corrupção consiste na utilização de recursos públicos ou de prerrogativas de exercício de uma função pública para a obtenção de ganhos privados não previstos na lei, podendo esses ganhos não ser do próprio nem traduzirem-se em vantagens patrimoniais⁴¹.

A mesma pode revestir a natureza de *corrupção legislativa* (traição aos eleitores pelos deputados que fazem leis financeiras no interesse de grupos de pressão), *administrativa* (nos casos em que os homens políticos ou os funcionários administrativos favorecem determinadas empresas nas escolhas públicas ou não agem contra *actuações fraudulentas*) e transnacional (*que faz sentir os seus* efeitos no comércio internacional e no investimento directo estrangeiro, sendo particularmente sentida nas relações Norte-Sul⁴²).

Pondo a corrupção em causa a melhor utilização dos dinheiros públicos, os sistemas de controlo interno (Direcção Geral do Orçamento e inspecções superiores) e de controlo externo (Tribunal de Contas, que, entre nós se tem afastado, progressivamente, do modelo napoleónico, aproximando-se dos órgãos de auditorias de contas públicas, característicos dos sistemas anglo-saxónicos, ou outros órgãos), desempenham um papel essencial no combate a esse grave problema.

E esse papel será muito mais eficaz se, como há muito defendo, houver a indispensável articulação entre esses órgãos de controlo interno e externo e entre os mesmos e os órgãos incumbidos do exercício da acção penal.

⁴⁰ “Arte de Furtar”, edição da Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1991, p. 114. A autoria de tal obra, de que existe uma edição cuja portada está datada de 1652: “Arte de Furtar, Espelho de Enganos, Theatro de Verdades, Mostrador de Horas Minguadas” foi atribuída, durante muito tempo, ao Padre António Vieira. Tal atribuição depara com sérias dificuldades, ou mesmo impossibilidades, defendendo-se, na edição que citamos, a autoria do Padre Manuel da Costa

⁴¹ Cf. “Economia e Corrupção”, Silva Lopes, citado no importante artigo de Eduardo Paz Ferreira: “Os tribunais e o controlo dos dinheiros públicos”, em “Estudos em homenagem de Cunha Rodrigues”, Vol. 2, Coimbra Editora, 2001, p. 162

⁴² Cf. o artigo citado na nota anterior, p. 163

9.2. Levando em conta que a corrupção constitui uma ameaça constante para o desenvolvimento do Estado de Direito e as instituições democráticas, o Conselho da Europa vem adoptando um conjunto de medidas para fazer face a tal flagelo.

De entre elas, destacam-se:

- A criação, em 1994, do *Grupo Multidisciplinar relativo à Corrupção (GMC)*, sob a responsabilidade conjunta do Comité Europeu para os Problemas Criminais (CDPC) e do Comité Europeu para a Cooperação Jurídica (CDCJ);
- A adopção dos seguintes instrumentos jurídicos⁴³: *Resolução nº (97) 24* do Comité de Ministros, de 6 de Novembro de 1997 – 20 princípios directores para a luta contra a corrupção; *Convenção Penal sobre a Corrupção (STE Nº 173⁴⁴)*, aprovada, no caso de Portugal, pela Assembleia da República, por Resolução nº 68/2001, de 26.X, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República, nº 56/2001, de 26.X⁴⁵; a *Convenção Civil sobre a Corrupção (STE Nº 174)*, aberta à assinatura em 4.11.99, e que ainda não entrou em vigor, em virtude de, até ao momento se dispor apenas de 7 das 14 ratificações necessárias; a *Recomendação (2000) 10* relativa aos *códigos de conduta dos agentes públicos*, adoptada em 11 de Maio de 2000 e já abordada no ponto 8;
- A criação, em 1.5.99, do *Grupo de Estados contra a Corrupção (GRECO)* – Resolução (99)5 do Comité de Ministros do Conselho da Europa. O *Grupo Multidisciplinar relativo à Corrupção (GMC)*, criado em 1994, preparou, no decurso do ano de 1995, um *Programa de Acção contra a Corrupção (PAC)*, documento ambicioso que trata dos vários aspectos da luta internacional contra o fenómeno da corrupção e que veio a ser adoptado pelo Comité de Ministros em Novembro de 1996 – GMC (96) 95⁴⁶.

Como se assinala no ponto II.9 da II Parte desse documento, a corrupção

⁴³ Cf. www.coe.int/T/F/Affaires%5Fjuridiques/Coop%20E9ration%5Fjuri.../_Summary.as

⁴⁴ STE: Série des traités européens

⁴⁵ Diplomas disponíveis em: www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ce/rar68_2001.html

⁴⁶ Tal Programa encontra-se disponível em: [www.coe.int/T/F/affaires%5Fjuridiques/coop%20E9ra.../GMC%20\(1996\)%2095.as](http://www.coe.int/T/F/affaires%5Fjuridiques/coop%20E9ra.../GMC%20(1996)%2095.as)

assemelha-se a um prisma multifacetado, podendo ser encarada como um fenómeno social, sob o ângulo das ciências políticas, da teoria económica e organizacional ou do ponto de vista do direito penal e do direito civil.

O conceito de corrupção é, pois, muito mais amplo que a noção de corrupção criminal, sendo impossível desencadear uma estratégia global e exaustiva de luta contra a corrupção se as respectivas medidas se confinassem apenas à corrupção criminal.

A luta contra a corrupção envolve 'medidas negativas' (repressão) e 'medidas positivas'. *A criação de uma cultura anti-corrupção, através da moral e da educação cívica é, sem dúvida, a melhor forma de combater a criminalidade em geral e a corrupção em particular* – ponto A.IV.17 da II Parte.

A *Resolução (97) 24* consagra os 20 Princípios Directores para a luta contra a corrupção, entre os quais se incluem a promoção de *comportamentos conformes à ética* (1); a *especialização* de pessoas e organismos incumbidos da luta contra a corrupção (7); a submissão das actividades das administrações públicas e do sector público a procedimentos apropriados de *verificação de contas*; o desenvolvimento da mais larga *cooperação internacional*, em todos os domínios da luta contra a corrupção (20).

O preâmbulo da *Convenção Penal sobre a Corrupção* (STE nº 173.º) refere, justamente, os recentes desenvolvimentos que contribuíram para uma maior consciencialização e cooperação a nível internacional, na luta contra a corrupção, incluindo acções levadas a efeito pelas Nações Unidas, o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, a Organização Mundial do Comércio, a Organização dos Estados Americanos, a OCDE e a União Europeia.

No Relatório Explicativo da *Convenção Penal sobre a Corrupção* (STE nº 173.º), salienta-se a importância do *Código Napoleónico de 1810* o qual instituiu sanções severas contra a corrupção na vida pública, com os objectivos já referidos em 9.1⁴⁷.

A partir dos anos 90, como a seguir se acrescenta, os escândalos da corrupção atingiram uma repercussão extraordinária, por toda a parte, passando tal fenómeno a constituir uma das mais perigosas ameaças para a estabilidade das instituições democráticas e a economia de mercado.

⁴⁷ Esse Relatório explicativo encontra-se disponível em: <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Reports/Html/173.htm>

Isso mesmo é assinalado no citado preâmbulo da Convenção, acrescentando-se que a corrupção mina os princípios da boa administração, de equidade e de justiça, falseia a concorrência, entrava o desenvolvimento económico e faz perigar a estabilidade das instituições e os fundamentos morais da sociedade.

E essas preocupações são cada vez maiores, existindo hoje países, como é o caso da Rússia, em que, segundo cálculos efectuados, a corrupção atingiu a soma astronómica de 37,9 mil milhões de Euros, equivalente ao seu orçamento anual (40 mil milhões)⁴⁸.

Tal flagelo verifica-se, aí, em todos os sectores do Estado, surgindo em primeiro lugar o da educação, logo seguido da polícia de trânsito e da própria justiça, que ocupa o terceiro lugar.

Como sublinhava, recentemente, o jornal 'El País', apesar de todas as medidas tomadas pelos vários organismos que, a partir dos anos noventa, tratam de combater este tipo de criminalidade, o certo é que 'as cifras da transgressão são tão altas', as extorsões tão fáceis de ocultar e a cobiça das entidades envolvidas nos subornos é tão grande que o problema apenas tem diminuído⁴⁹.

Tal situação é, obviamente insustentável, pondo em causa, fora o mais, como sublinham o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, o crescimento económico e o investimento estrangeiro.

A Convenção Penal sobre a Corrupção tem como objectivo essencial o desenvolvimento da incriminação coordenada das infracções no âmbito da corrupção, a cooperação reforçada no procedimento contra tais infracções e um mecanismo de acompanhamento eficaz aberto aos Estados Membros e aos Estados não membros, em pé de igualdade.

Atendendo aos objectivos tidos em vista, a mesma aborda as medidas a tomar a nível nacional (Cap. II), o acompanhamento da aplicação a cargo do Grupo de Estados contra a Corrupção - Greco (Cap. III) e a cooperação internacional (Cap. IV).

⁴⁸ Cf. O Público, 2.06.02, pg. 25 (www.publico.pt)

⁴⁹ Cf. "El País – Domingo", 02.06.02 (<http://domingo.elpais.es>)

A questão do *branqueamento dos produtos do crime* assume particular importância, neste domínio, devendo, a propósito ter-se em consideração a *Convenção relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime*, aberta à assinatura, em Estrasburgo, em 8.11.1990, aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 71/97, de 6.12, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 73/97, de 13.12⁵⁰.

No preâmbulo da *Convenção Civil sobre a Corrupção (STE Nº 174)* sublinham-se, também, as sérias ameaças que representa a corrupção para a preeminência do direito, a democracia e os direitos do homem, a equidade e a justiça social, as suas consequências negativas para o desenvolvimento económico, o funcionamento correcto e leal da economia de mercado, sobre os indivíduos, as empresas, os Estados e as instituições internacionais.

A mesma aborda, no seu Cap. I, as medidas a tomar a nível nacional, em favor das pessoas que sofreram danos resultantes de actos de corrupção, por forma a defender os seus direitos e interesses, incluindo a possibilidade de obter uma justa reparação.

Entre essas medidas, inclui-se que cada Parte estabeleça, no seu direito interno, um *controlo rigoroso das contas das empresas, prevenindo-se, assim, actos de corrupção*.

O Cap. II, trata da cooperação internacional em matéria civil e comercial, em especial da obtenção de provas no estrangeiro, do reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras.

O *GRECO - Grupo de Estados contra a Corrupção* foi concebido como um organismo tendo por vocação o acompanhamento, através de um processo dinâmico de avaliação e de pressões mútuas, da aplicação dos Princípios Directores para a luta contra a Corrupção e o pôr em prática de instrumentos jurídicos internacionais, adoptados em execução do Programa de Acção contra a Corrupção⁵¹.

Participam no GRECO, em pé de igualdade, Estados Membros do Conselho da Europa e não membros, criando-se assim um mecanismo de acompanhamento flexível e eficaz, visando prevenir e combater eficazmente a corrupção.

⁵⁰ Disponível em www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ce/rar-70-dr-287-1997.html

⁵¹ Cf. www.greco.coe.int

Portugal é membro do GRECO, desde 1.1.2002, sendo de 37 o número total de adesões, em 25.04.02.

9.3. A Organização de Cooperação e Desenvolvimento – OCDE adoptou, na Conferência Mundial de 17.12.1997, em Paris, a *Convenção sobre a Luta contra a Corrupção dos Agentes Públicos Estrangeiros nas Transacções Comerciais Internacionais*, a qual visa prevenir e combater a corrupção transfronteiriça, tendo em conta o seu impacto negativo nessas transacções, as graves preocupações morais e políticas que suscita e que todo e qualquer progresso, neste domínio, exige não apenas os esforços de cada um dos países, mas também uma cooperação, uma vigilância e um acompanhamento a nível multilateral.

Tal Convenção, cujo objectivo básico é a extensão dos princípios do ‘United States Foreign Corrupt Practices Act’ à comunidade internacional de negócios, foi aprovada, entre nós, pela Resolução da Assembleia da República nº 32/2000, de 31.3, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 19/2000, de 31.3., tendo entrado em vigor em 21.01.2001⁵².

A maior fraqueza apontada à Convenção radica na exclusão do financiamento dos partidos políticos e dos seus funcionários⁵³.

10. O combate à corrupção em Itália – breves reflexões a propósito da Operação ‘Mãos Limpas’

É por demais conhecido o terramoto político que a operação ‘Mão Limpas’ provocou em Itália. Foram acusados oito antigos primeiros ministros e cerca de cinco mil outros políticos e empresários, tendo o Parlamento Italiano recebido, nos dois anos seguintes ao início da operação, pedidos de levantamento da imunidade de 619 dos seus membros.

Dez anos depois da morte de Falcone, ocorrida em 23.5.1992, nenhum dos condenados está na prisão e, como desabafa o juiz Gherardo Colombo: “Dentro de um ou dois anos, o nível de prescrições nos processos Mãos Limpas chegará a 60 por cento. A conclusão dos cidadãos é que a justiça já não funciona”⁵⁴.

⁵² A lista dos países que ratificaram a Convenção, entre os quais se inclui o Brasil, pode ver-se em: www1.oecd.org/daf/nocorruption/annex2.htm

⁵³ Cf. “Corrupção e Governo”, Susan Rose-Ackerman, tradução de A. Mata, Prefácio-Edição de Livros e Revistas, Lda., 2002, pg. 245

⁵⁴ Cf. ‘O Público’, 17.02.02, e The Economist, 7Jul2001

A “Mafia é mais poderosa que nunca...é como o vírus da hepatite C, muda incessantemente”, como afirmava recentemente o Procurador Chefe Anti-Mafia de Palermo, Piero Grasso, confirmando-se quanto afirmava, em 1999, o Procurador Gian Carlo Caselli: “O polvo renasce na sombra”⁵⁵.

Especialmente focada tem sido a recente decisão do Supremo Tribunal italiano que anulou as sentenças condenatórias dos 13 chefes mafiosos, por envolvimento na morte do juiz Falcone.

Entretanto, após ter conseguido voltar novamente ao poder, Silvio Berlusconi adopta medidas que despenalizam as falsificações e reduzem os prazos de prescrição, em matéria de ilícitos financeiros, e põe em marcha uma reforma que visa limitar a independência da magistratura (juizes e procuradores), deslocando a esfera do poder sobre as investigações do aparelho judicial para o coração das instituições políticas controladas pelo Governo⁵⁶.

Parecerá, assim, à primeira vista, que foram em vão os notáveis esforços da magistratura italiana, que custaram a vida alguns dos seus membros.

A luta pela realização da justiça e do direito, jamais poderá, porém, ser considerada em vão.

Não poderemos esquecer, antes de mais, as especificidades do caso italiano, em que, “nem o governo, os partidos ou os magistrados conseguiram até agora dar verosimilhança a um Estado frágil e recente, sem força que o imponha às inconciliáveis forças - políticas, regionais, económicas, públicas e subterrâneas – da ‘sociedade civil’”⁵⁷.

No meio da frustração dos magistrados italianos, há, apesar de tudo algumas boas notícias: segundo o juiz Colombo, acima referido, o combate à corrupção fez com que um quilómetro de via férrea em Milão, que antes das mãos limpas custava 80 mil milhões de liras (cerca de 40 milhões de Euros) custa hoje apenas 44 mil milhões (cerca de 22 milhões de Euros). O mesmo aconteceu com outras grandes projectos públicos de construção. O custo da construção do metropolitano de Milão caiu de \$227 milhões de dólares por

⁵⁵ Cf. ‘O Público’, 23.05.02

⁵⁶ Cf. ‘O Público’, 9.06.02

⁵⁷ Cf. Pedro Bacelar de Vasconcelos, ob. cit., pg. 232

quilómetro, em 1991, para \$ 97 milhões em, em 1995 e um novo terminal do aeroporto está estimado para custar \$1,3 biliões em vez de \$3,2 biliões (Whiean 1997)⁵⁸.

Muito mais que isso, o importante nesta peripécia da magistratura italiana, como sublinhou Eduardo Lourenço, “reside no facto de que uma sociedade desmoralizada, humilhada na sua imagem ética e cívica, descobre que a dignidade da pessoa humana está indissociavelmente ligada à crença, mesmo obscurecida, ou imperfeita, no direito e sobretudo à exigência jamais realizável, mas intrínseca à realidade humana do que imaginamos como justiça. E de que, como tudo o que é essencial, só medimos o preço pela sua ausência⁵⁹.”

Os magistrados italianos cumpriram a importantíssima função de Estado que lhes está cometida.

O cumprimento desse papel haverá, porém, de ser articulado com o dos restantes poderes do Estado, certo que a democracia consiste justamente “num sistema frágil e complexo de separações e equilíbrios entre poderes, de limites e vínculos ao seu exercício, de garantias estabelecidas para a tutela dos direitos fundamentais, de técnicas de controlo e reparação contra a sua violação”, equilíbrios esses que se rompem “sempre que os poderes, sejam económicos, sejam políticos, se acumulem ou, pior, se confundam em formas absolutas”⁶⁰.

11. Da responsabilidade financeira dos agentes sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas – Breves considerações

A intervenção do Ministério Público na efectivação da responsabilidade financeira

11.1. Nos termos do art.º 214.º da CRP, o *Tribunal de Contas* é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe nomeadamente: dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social, e as contas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira; *efectivar a*

⁵⁸ Cf. Susan Rose-Ackerman, ob. citada, pg. 51

⁵⁹ Conferência proferida no C.E.J., em 2.3.1993, “O tempo dos juízes, o tempo da justiça” e publicada em “Textos”, Centro de Estudos Judiciários, 1991-92/1992-93, pg. 15

⁶⁰ Cf. “O Estado Constitucional de Direito Hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade”, Luigi Ferrajoli, in www.smmp.pt/estado.htm. Tal comunicação foi publicada em “Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdiccion”, Editorial Trotta, Madrid, 1996 – direcção de Andrés Ibáñez

responsabilidade por infracções financeiras, nos termos da lei; exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei.

A Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas dispõe, por sua vez, no art.º 1.º n.º 1, que o Tribunal de Contas fiscaliza a legalidade e regularidade das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira e efectiva a responsabilidade por infracções financeiras.

A responsabilidade financeira, nos termos dessa Lei Orgânica, tem natureza reintegratória (art.º 59.º) e sancionatória (art.º 65.º).

A responsabilidade financeira *reintegratória* verifica-se nos casos de alcance, desvio de dinheiros ou valores públicos, de pagamentos indevidos ou não arrecadação de receitas, constituindo-se os responsáveis na obrigação de repor as importâncias abrangidas pela infracção, sem prejuízo de qualquer outro tipo de responsabilidade em que os mesmos possam incorrer – n.º 1 do art.º 59.º e art.º 60.º da Lei n.º 98/97.

A responsabilidade financeira *sancionatória* traduz-se na aplicação de multas pelo Tribunal de Contas, nos casos previstos nos artigos 65.º e 66.º da mesma Lei.

A natureza desta última forma de responsabilidade tem dado origem a larga controvérsia, havendo mesmo quem defenda que não parece correcto (e é desnecessário) confundir responsabilidade administrativa por multa com responsabilidade financeira. Nesta perspectiva, responsabilidade financeira seria apenas a responsabilidade reintegratória⁶¹.

As multas aplicadas pelo Tribunal de Contas, a fim de punir determinadas infracções financeiras, inserir-se-iam, assim, na denominada responsabilidade administrativa por multa e teriam natureza contravencional⁶².

Sem entrar em desenvolvimentos que seriam aqui descabidos, dir-se-á que as infracções financeiras, de natureza sancionatória, estarão mais próximas dos ilícitos contravencionais, o que não significa, do meu ponto de vista, que, em bom rigor, como tal devam qualificar-se.

⁶¹ Cf. “Contribuição para o Estudo da Responsabilidade Financeira”, João Franco do Carmo, Revista do Tribunal de Contas, n.º 23, pgs. 127-128; “Responsabilidade Financeira Reintegratória e Responsabilidade Civil Delitual de Titulares de Cargos Políticos, Funcionários e Agentes do Estado – Problemas de Jurisdição”, António Cluny, Revista do Tribunal de Contas, n.º 32, p. 103.

⁶² João Franco do Carmo, estudo citado, p. 76-77 e 133

A responsabilidade financeira, que está em causa, participa, como já defendia Ernesto da Trindade Pereira, ‘de todas as forma de responsabilidade: é uma responsabilidade complexa, que se socorre dos princípios informadores de todas as formas de responsabilidade – civil, criminal e disciplinar’⁶³.

A *responsabilidade financeira reintegratória e sancionatória* constituem a forma de responsabilidade específica dos agentes sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas, tendo pressupostos, finalidades e consequências diversas das outras formas de responsabilidade – civil, penal e disciplinar – e deve ser apurada e efectivada independentemente de outras formas de responsabilidade que possam advir dos mesmos factos, conforme se concluiu no Parecer da Procuradoria Geral da República nº 142/2000⁶⁴.

As reformas operadas nos anos noventa, em especial as Leis n.ºs 14/96, de 20.4 (fiscalização sucessiva das empresas públicas, sociedades de capitais públicos, sociedades de economia mista controladas ou participadas, empresas concessionárias e fundações de direito privado) e 98/97, de 26.8, alargaram significativamente os *poderes de jurisdição e controlo do Tribunal de Contas, havendo a preocupação de ‘nada deixar de fora’ do controlo do Tribunal sempre que estejam em causa dinheiros públicos, e envolvendo esse controlo, para além da legalidade, a boa gestão (eficácia, eficiência e economia)*⁶⁵.

As responsabilidades financeiras são efectivadas pelo Tribunal de Contas mediante processos de julgamento de contas, de julgamento das responsabilidades financeiras, de fixação de débito ou de declaração de impossibilidade de julgamento, de multa – art.º 58.º da Lei nº 98/97.

A longa lista de entidades sujeitas à elaboração e prestação de contas consta, por sua vez, do art.º 51.º dessa Lei, sendo tais contas objecto de verificação externa ou externa – art.º 54.º.

No caso da verificação externa, feita com recursos a métodos e técnicas de auditoria, o relatório final inclui a concretização de situações de facto e de

⁶³ Cf. “O Tribunal de Contas”, 1962, pg. 149. No mesmo sentido se pronuncia A. Celso Lousada, “Responsabilidades Financeiras”, 1959, pg. 57, onde cita Louis Delloz, segundo o qual se trata de ‘uma responsabilidade híbrida, penal na forma, civil no seu princípio, disciplinar nas suas modalidades.

⁶⁴ Disponível em www.dgsi.pt/pg.../995d48bf9ca3eef580256885004476be?OpenDocument&ExpandSection=

⁶⁵ Cf. Eduardo Paz Ferreira, artigo e publicação citada, pg. 166, e Carlos de Almeida Sampaio, “O Tribunal de Contas e a natureza dualista do controlo financeiro externo” em “Estudos em homenagem de Cunha Rodrigues”, Vol. 2, Coimbra Editora, 2001, pgs. 667-688

direito integradoras de eventuais infracções financeiras e seus responsáveis – art.º 54.º, nº 3, g).

Por sua vez, sempre que os resultados da verificação interna indiciem factos constitutivos de responsabilidade financeira, o Tribunal poderá determinar a realização de auditoria à entidade respectiva – art.º 57.º nº 2.

Para além das auditorias para verificação externa de contas, o Tribunal pode também, por iniciativa própria, ou a solicitação da Assembleia da República ou do Governo, realizar auditorias a determinados actos, procedimentos, ou aspectos de gestão financeira das entidades sujeitas ao seu controlo (art.º 2.º), fazendo também parte dos respectivos relatórios de auditoria a concretização das situações integradoras de infracções financeiras – art.ºs 55.º nº 2, que remete para o citado nº 3 do art.º 54.º.

11.2. O Ministério Público está actualmente representado na 1.ª Secção (fiscalização preventiva e concomitante) e na 3.ª Secção (julgamento dos processos de efectivação de responsabilidades e de multa) do Tribunal de Contas⁶⁶.

O mesmo não acontece relativamente à 2.ª Secção (fiscalização concomitante e sucessiva de verificação, controlo e auditoria).

O Ministério Público é a única entidade a quem compete a efectivação da responsabilidade financeira (“desencadear eventuais procedimentos jurisdicionais”) junto da 3.ª Secção.

Para o efeito, são remetidos ao M. Público todos os relatórios de auditoria relativos aos organismos ou serviços que integrem o Estado, a Administração Pública, central, regional e local, os institutos e as instituições de Segurança Social.

Analizados esses relatórios, o M. Público decide-se pelo requerimento tendo em vista a efectivação das responsabilidades financeiras que se mostrem

⁶⁶ Estão excluídas da jurisdição da 3.ª Secção as entidades do Sector Empresarial do Estado, compreendendo também o sector empresarial das regiões e dos municípios. Tais entidades apenas estão sujeitas a fiscalização financeira ‘a posteriori’ do Tribunal de Contas, tendo, porém, o Plenário do Tribunal apresentado ao Governo sugestão de aditamento de uma norma, ao art.º 66.º da Lei nº 98/97, no sentido de as infracções previstas nesse normativo serem aplicáveis aos responsáveis do sector empresarial público – cf. “O Ministério Público no Tribunal de Contas de Portugal”, Alfredo de Sousa, em “Estudos em homenagem de Cunha Rodrigues”, Vol. 1, Coimbra Editora, 2001, p. 855 (3)

indiciadas, ou, na falta de indícios suficientes, pelo arquivamento, não estando, para tanto, vinculado às qualificações jurídicas dos factos constantes dos respectivos relatórios – art.º 89.º da Lei nº 98/97, de 26.8.

O novo regime introduzido pela Lei nº 98/97, com exclusão da intervenção do Ministério Público na 2.ª Secção, tem suscitado diversas questões e sido objecto de aceso debate, ao longo dos cerca de 4 anos de vigência dessa Lei⁶⁷.

Entre essas questões realçam a do valor probatório dos relatórios de auditoria; o da realização de diligências complementares indispensáveis, tendo em vista a elaboração do requerimento para efectivação da responsabilidade financeira; e o do destino a dar e qual o valor dos relatórios de auditoria remetidos pelos organismos de controlo interno dos vários Ministérios, que contêm situações de facto e de direito integradoras de eventuais infracções financeiras.

Quanto à primeira dessas questões, há entendimento no sentido de que o M. Público não se encontra vinculado ao juízo indiciário feito no relatório de auditoria.

Não assim quanto às restantes questões.

No que concerne às diligências complementares que se mostrem necessárias, a 2.ª Secção vem entendendo, de modo uniforme, que não lhe cabe ordenar a realização de tais diligências, do mesmo passo que se continua a discutir a competência do M.º Público junto do Tribunal de Contas para as realizar através dos respectivos serviços de apoio, invocando-se mesmo a necessidade de uma intervenção legislativa, nesse domínio⁶⁸.

A respeito dos relatórios remetidos pelos organismos de controlo interno, entende o M. Público, ao contrário do que se preconiza no Regulamento Interno da 2.ª Secção (remessa ao M. Público, pelo Juiz respectivo, caso se evidenciem infracções financeiras), que os mesmos haverão de ser objecto de aprovação prévia pela 2.ª Secção, após observância do contraditório, sendo tal aprovação um requisito essencial do requerimento de efectivação da responsabilidade financeira.

⁶⁷ Um levantamento dessas questões pode ser visto nos trabalhos de Alfredo de Sousa e de António Cluny, citados nas notas 66 e 61, respectivamente

⁶⁸ Cf. Alfredo de Sousa, trabalho e publicação citada, pg. 861.

Pela minha parte, entendo que as dificuldades decorrem de o M.^o Público ter cessado toda e qualquer intervenção junto da 2.^a Secção. Tal intervenção deveria ocorrer sempre e logo que, nas auditorias em curso, fossem detectados factos integradores de responsabilidade financeira. Sempre que tal ocorresse, o M.^o Público deveria ser chamado a intervir para, de forma célere, indicar quais as diligências que, do seu ponto de vista, haveriam de ser realizadas, tendo em vista a recolha dos elementos indispensáveis para efectivação da responsabilidade financeira.

Em alternativa, os autos haveriam de se presentes ao M. Público, antes da elaboração do relatório final, a fim de que o mesmo requeresse o que tivesse por conveniente, no âmbito das suas competências específicas, quanto às situações de facto e de direito integradoras de eventuais infracções financeiras.

Tal permitiria uma maior celeridade e eficácia, na efectivação das responsabilidades financeiras, assegurando-se, assim, como se impõe a *boa gestão dos fundos públicos*⁶⁹.

Enquanto tal não ocorrem as pertinentes alterações legislativas, cumpre ultrapassar de forma pragmática as dificuldades encontradas, certo que *mais importante que a perfeição teórica do regime de efectivação da responsabilidade financeira vigente é a aplicação que dele se faça e os resultados que o mesmo propicia*.

E esses resultados são hoje muito positivos, importando continuar a investir fortemente na formação especializada dos magistrados do Ministério Públicos afectos ao Tribunal de Contas, assegurar-lhes uma assessoria altamente qualificada e reforçar a articulação entre os diversos serviços do Tribunal de Contas e entre estes e outras entidades, designadamente as que têm a seu cargo a investigação criminal, condições essenciais para um eficaz controlo dos dinheiros públicos.

O Ministério Público entre nós encontra-se, aliás, numa posição privilegiada para estabelecer e contribuir para essa articulação e para uma actuação concertada, uma vez que tal magistratura constitui um corpo único de magistrado que intervém em todas as jurisdições.

⁶⁹ Cf., no mesmo sentido, Eduardo Paz Ferreira, trabalho e publicação citada, pg. 168

A par disso, importa também criar condições para inflectir uma cultura de maior tolerância que ainda continua a existir relativamente às infracções financeiras, com também acontece com a evasão e a fraude fiscal.

12. Considerações finais

Como comecei por salientar, o controlo e responsabilidade dos titulares do poder e da administração são elementos estruturantes do Estado de Direito democrático.

Tendo-lhes sido conferido um mandato, sendo ‘representantes’ com uma específica missão, os titulares dos cargos políticos estão, naturalmente, obrigados, à prestação de contas e ao sancionamento, em caso de conduta errada ou ilícita – responsabilidade política, civil e criminal.

Estando exclusivamente ao serviço do interesse público, os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas não podem, por sua vez, deixar de ser responsáveis sempre que se desviem desse objectivo essencial e deixem de cumprir os valores éticos, as regras deontológicas, os princípios e as obrigações a que se encontram vinculados.

Chegamos assim à ideia de controlo, a qual se pode “enunciar funcionalmente como a possibilidade reflexiva do poder público de sujeitar a distribuição e exercício de poderes próprios à intervenção de poderes alheios, a fim de preservar a autonomia global e amplificar a sua sensibilidade a perturbações imprevistas, sem perda de controlo.

É, aqui, na permanente reconstituição da fronteira público/privado, onde quer que ela se rompa ou ameace ruptura, que o controlo ganha sentido”, havendo lugar à intervenção “onde o poder público consinta, indevidamente, a intrusão de um fim privado ou indevidamente comprima a autonomia individual. Ao fim e ao cabo, aquelas circunstâncias que, com grande amplitude semântica, uma terminologia antiga fixou como corrupção ou prepotência”⁷⁰.

Do lado do poder, haverá que ter presente que o controlo não significa menos poder, mas antes o criar de condições para o integral exercício do poder democrático.

⁷⁰ Cf. Pedro Bacelar de Vasconcelos, ob. citada, pgs. 210-211

Do lado de quem controla, haverá que actuar, em cada momento, com ponderação e bom senso, grande profissionalismo e sentido de serviço, dinamismo e criatividade, dando cumprimento às importantíssimas funções que lhe estão confiadas, legitimando-se, assim, no dia a dia, pelo seu desempenho e contribuindo, por essa forma para edificar uma sociedade mais justa.

A crescente intervenção dos juizes e procuradores - o que leva a que alguns agitem os riscos de uma 'República dos Juizes', sem controlo e legitimação democrática – decorre, fora o mais, das acrescidas necessidades do controlo do legislativo e do executivo, exigência da própria opinião pública.

A esse fenómeno da jurisdicionalização da vida política e administrativa têm o poder político e o poder judicial que responder serenamente e com o sentido de cooperação que o interesse público exige.

Como defende Cunha Rodrigues, é necessário “estabelecer ou manter um clima de confiança que torne claro que o funcionamento da justiça não constitui uma acção adversarial contra qualquer poder”, tendo, por outro lado, os juizes e os procuradores que “respeitar a área de intervenção do poder político e cooperar na realização de programas de gestão do sistema judicial”⁷¹.

⁷¹ Cf. “Lugares do Direito”, Coimbra Editora, 1999, pg. 255-257

O PROCEDIMENTO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

Luciano Wagner Firme

Analista de Finanças e Controle da Corregedoria-Geral do Distrito Federal

I - Introdução

O procedimento de *tomada de contas especial - TCE*, salvo raras exceções e proficuentes exceções, não tem sido objeto de estudo aprofundado por parte dos doutrinadores brasileiros. É certo que se trata de assunto específico e de acurada tecnicidade, entretanto, de extrema relevância para a Administração Pública. Insere-se no contexto do controle da gestão pública e, por esse motivo, tem relevante alcance social.

Desde já, para afastar qualquer equívoco, é importante fazer referência ao princípio do devido processo legal que, segundo Ada Pellegrini Grinover¹ (referindo-se exclusivamente ao direito processual), se por um lado dá “(...) às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais (...)”, do outro, é indispensável “(...) ao correto exercício da jurisdição”. Carlos Ari Sundfeld², ao citar obra da autora supramencionada assevera “(...) o devido processo é o que

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 9ª ed. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 75.

² SUNDFFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 1997. p. 161.

legítima a atividade estatal (...)”. Logo, à luz do princípio do *due process of law*³, deve-se atentar para o que determina o art. 9º, da Lei Complementar distrital nº 01, de 09 de maio de 1994:

(...) Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pelo Distrito Federal, na forma prevista no inciso VI do art. 6º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá *imediatamente* adotar providências, *com vista à instauração de tomada de contas especial*, para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano. (destacou-se).

Com isso, pretende-se realçar que, administrativamente, não há instrumento substituto para a TCE, nos casos em que a lei a consagra como devido processo.

Com a habitual clareza e segurança, o Mestre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes certifica:

O elastério adequado a se considerar a TCE como um dos possíveis desdobramentos do *due process of law* depende sobretudo da Administração, do Poder Judiciário e dos agentes *melhor compreenderem o instituto e as suas nobres funções*, assegurando a sua supremacia como modelo ágil, eficiente e pedagógico⁴. (destacou-se).

É, pois, essencial evitar as falhas formais e materiais decorrentes, principalmente, da deficiência na compreensão do tema, de forma a afastar as nulidades que fulminam o processo de controle. Desse modo, torna-se primordial conhecer as peculiaridades que engendram a TCE.

No Distrito Federal, o assunto segue a orientação normativa básica da Lei Complementar nº 01, de 9 de maio de 1994, e da Resolução nº 102, de 15 de julho de 1998 do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Em relação à última faremos detalhada análise.

³ Tradução para o português: Princípio do devido processo legal.

⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial*: Processo e Procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 34.

II - Inserção da tomada de contas especial no ordenamento jurídico do Distrito Federal

A TCE não é inovação da legislação contemporânea. Passou a receber aporte de relevância a partir de 1967, com significativas mudanças no sistema de fiscalização financeira e orçamentária impostas pela Constituição Federal promulgada naquele ano. Foi o Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967⁵, que, em seu capítulo IV (Disposições Gerais), Título X (Das Normas de Administração Financeira e de Contabilidade), artigo 84, deu-lhe o delineamento de instrumento de controle e lançou o esboço para as redações normativas ora vigentes, suscitando seu caráter de excepcionalidade, em face dos fatos ensejadores:

Art. 84. Quando se verificar que determinada conta não foi prestada, ou que ocorreu desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, as autoridades administrativas, sob pena de corresponsabilidade e sem embargo dos procedimentos disciplinares, deverão tomar imediatas providência para assegurar o respectivo ressarcimento e instaurar a tomada de contas, fazendo-se as comunicações a respeito ao Tribunal de Contas.

A exemplo da Constituição de 1967⁶, e do Decreto-Lei 200/67, a Constituição Federal de 1988 não menciona expressamente a TCE. No entanto, em seu artigo 71, a Carta Magna, ao fixar a competência do Tribunal de Contas da União, assentou:

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

(.....)

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

⁵ “Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.”

⁶ Art. 71, § 1º : “ O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos. “

No Distrito Federal, a Lei Orgânica, em seu art. 78, inciso II, alínea “a”, reproduz quase que na integralidade a letra do inciso II, art. 71 da CF/88. A Lei Complementar nº 01 de 9 de maio de 1994⁷, em seu art. 9º, *caput*, deu o seguinte tratamento:

Art. 9º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pelo Distrito Federal, na forma prevista no inciso VI do art. 6º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências, com vista à *instauração de TCE*, para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.” (destacou-se).

Em razão da inexistência de outra norma acerca do tema, o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Distrito Federal, aprovado pela Resolução nº 38 de 30 de outubro de 1990, artigos 152 a 158, durante anos, norteou os procedimentos em sede de TCE. Felizmente, em 1998, com a edição da Resolução nº 102 de 15 de julho, fez-se presente a boa técnica⁸, dando-se início a uma nova fase.

III - Definição

Como afirma Orlando Teixeira da Costa “A maneira mais concisa de conceituar é definir. Mas, definir, é a maneira mais difícil de conceituar, pois a definição é um conceito sintetizado e a síntese não é fácil de se fazer⁹.”

Anualmente, os gestores dos órgãos e entidades da Administração Pública devem prestar contas dos atos praticados. Assim, por intermédio das chamadas Prestações e Tomadas de Contas Anuais, o fazem. O Tribunal de Contas do Distrito Federal, cumprindo mandamento constitucional julga as contas. Entretanto, determinados eventos - por suas peculiaridades - requerem celeridade de atuação e intervenção imediata dos órgãos de controle, desencadeando a apreciação

⁷ “Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Distrito Federal e dá outras providências.”

⁸ “Os regimentos são atos administrativos normativos de atuação interna, dado que se destinam a reger o funcionamento de órgãos colegiados e de corporações legislativas (...) o regimento só se dirige aos que devem executar o serviço ou realizar a atividade funcional regimentada (...)” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 164.)

⁹ COSTA, Orlando Teixeira. *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*. In: DUARTE, Bento Herculano Duarte (Coord.). *Manual do Direito do Trabalho*. São Paulo : LTr, 1998. p. 19.

extemporânea dos atos praticados na gestão, de forma a concorrer, tanto para o controle administrativo¹⁰, à luz do princípio da autotutela, quanto para a recomposição de danos porventura causados. Nesse sentido, lei distrital inseriu as chamadas tomadas de contas especiais no ordenamento jurídico local, as quais recebem esta denominação exatamente pelo fato de serem procedimentos de exceção à regra da periodicidade anual.

A Instrução Normativa-TCU nº 13 de 4 de dezembro de 1996, em seu art. 1º, define:

Tomada de contas especial é o *processo* devidamente formalizado, dotado de rito próprio, que objetiva apurar a *responsabilidade* daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de *que resulte prejuízo ao Erário* (destaque).

Com sabedoria, a Resolução nº 102/98-TCDF não se aventurou a definir diretamente a TCE. Como se observa, a definição consignada pela IN nº 13/96 tratou a TCE de maneira estática, denominando-a “*processo*”. Cabe obter temperar, nesse sentido, que, na lição do Ilustre Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, trata-se de um equívoco. Ao afastar a hipótese de tratá-la como simples procedimento, o doutrinador ressalta a carência de técnica dos que pretendem caracterizá-la meramente como “*processo*”: “*Também seria incorreto considerá-la, em toda sua extensão, como processo (...)*”¹¹. A doutrina dominante concebe a TCE sob duas fases, a interna, integrante do procedimento (guardadas as peculiaridades, comparável, no Direito Penal, ao Inquérito Policial) a qual é objeto deste estudo; e a externa, momento em que se forma o processo.

Outra questão de relevante interesse jurídico diz respeito à utilização, pela I.N nº 13/96, da mesma redação constante do inciso II, art. 71, da CF/88. Tal opção faz revelar a TCE, exclusivamente, como instrumento de apuração de responsabilidade civil. Como se verá mais adiante, não é essa a melhor exegese.

Destarte, sem compromisso do rigor necessário para elaboração do texto normativo, cabe arriscar uma definição que melhor ampare o alcance da TCE: *TCE é um instrumento de rito singular e de natureza administrativa utilizado para verificar, à luz dos princípios pertinentes, a correta aplicação dos recursos públicos, bem como apurar a responsabilidade civil de todos aqueles que, quer pelo*

¹⁰ Também denominado de autocontrole.

¹¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial: Processo e Procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública*. 2ª ed. Brasília : Brasília Jurídica, 1998. p. 38.

exercício de suas funções ou cargos, quer em razão da gestão de bens, dinheiros ou valores públicos, tem o dever de prestar contas.

IV - Objetivos do procedimento tomador

São dois os objetivos da TCE. O primeiro, dito imediato, encerra duas tarefas, a liquidação dos danos e o estabelecimento das responsabilidades. Além disso, entretanto, erige-se a TCE como ferramenta de controle, revelando-se verdadeiro instrumento da autotutela administrativa (objetivo mediato). Essa, na lição de Diogenes Gasparini é fundamento daquele¹². Para melhor situar o tema é conveniente fazer referência ao conceito de controle consignado pelo mestre em referência: é a atribuição de vigilância, orientação e correção de certo órgão ou agente público sobre a atuação de outro ou de sua própria atuação, visando confirmá-la ou desfazê-la, conforme seja ou não legal, conveniente, oportuna e eficiente¹³.

Isso significa dizer que por meio da TCE a Administração Pública tem a oportunidade de visualizar os atos irregulares e redirecionar a gestão. Infelizmente, o procedimento não é visto dessa forma por muitos gestores, que o tem como meio de punição e, não raras vezes, de intimidação, como se a isso se prestasse.

Compreendem os menos afeiçoados ao tema que a TCE é simples veículo utilizado para fazer chegar as irregularidades ao Órgão de Controle Externo, a quem incumbe o julgamento das contas, sem perceber que encerra um instrumento fabuloso de controle que, adequadamente utilizado, permite ao Administrador manter as rédeas de sua gestão, de modo que, além de fazer reparar os danos porventura causados; evita reincidências e dá transparência à Administração.

V - Princípios jurídicos aplicáveis

Como o próprio nome esclarece, princípio quer dizer começo. Vem do latim *principium*, e no sentido vulgar exprime o instante em que as pessoas ou coisas começam a existir. Em acepção jurídica, segundo *De Plácido e Silva*¹⁴, princípios significam normas elementares ou requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa, revelando o conjunto de regras ou preceitos que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica.

¹² GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo : Saraiva, 2000. p. 725.

¹³ Op. cit. p. 724.

¹⁴ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 14ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

Como assevera *Hans Kelsen*¹⁵:

os princípios partem de estudo empírico sobre fatos e atos ocorridos ou potencialmente verificáveis - ser -, portanto possuindo caráter privilegiado. Já a ciência do Direito debruça-se à análise da norma, correspondente ao fenômeno do dever-ser

Lançam, assim, o norte para a elaboração das normas; sendo, portanto, essenciais para seu entendimento.

Logo, compreender adequadamente os princípios aplicáveis às tomadas de contas especiais, significa evitar, antes de mais nada, a deficiente interpretação e integração das normas que foram geradas à sua luz. São princípios aplicáveis às tomadas de contas especiais, dentre outros inerentes à sua natureza:

a) Princípio da Legalidade Objetiva: enquanto o particular pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, ao Administrador Público somente é lícito executar o que lei especifica. Os motivos determinantes do procedimento tomada de contas estão expressamente definidos no art. 9º, *caput*, da Lei Complementar nº 01/94, o que torna a TCE o devido processo legal para proceder à apuração das circunstâncias, quando incidente um ou mais fatos ensejadores.

Deve ser observado durante todo o procedimento de TCE, intrinsecamente, na instauração e formalização do procedimento, e na análise dos atos e fatos inquinados.

É importante cotejar, nesse momento, o chamado poder discricionário para enfatizar que:

Os atos administrativos praticados em desconformidade com a lei são viciados e configuram abuso ou desvio de poder. O administrador não age porque quer, mas porque deve e assim dispõe o interesse público. Seguindo essa linha de raciocínio, conclui-se que o ato administrativo, ainda que discricionário, permite liberdade dentro da lei. Se vinculado o ato, a porção de discricionariedade é restrita. *O ato administrativo discricionário opõe-se*

¹⁵ *Apud* DUARTE, Bento Herculano. Princípios do Direito do Trabalho. *In*: DUARTE, Bento Herculano Duarte (Coord.). Manual do Direito do Trabalho. São Paulo : LTr, 1998. p. 49.

visceralmente ao ato arbitrário. Neste, o agente administrativo viola, atinge a lei. O ato arbitrário é repudiado pelo direito e sua nulidade deve ser declarada (...) ¹⁶.(destacou-se);

b) Princípio da Oficialidade: ao Poder Público incumbe o dever de dar andamento ao procedimento de TCE, independentemente de provocação, quer iniciando o processo, quer dando-lhe sequência. Se faz presente no art. 9º da Lei Complementar nº 01/94 e no art. 1º da Resolução nº 102/98-TCDF;

c) Princípio do Informalismo moderado: encerra o abrandamento das formalidades usuais, observada, no entanto, a forma prescrita em lei. Vem expresso nos artigos 12 e 14 da Resolução nº 102/98-TCDF e, também no § 2º, art. 2º da Emenda Regimental-TCDF nº 01 de 2 de julho de 1998;

d) Princípio da Publicidade: sempre que necessário, os atos praticados em sede de TCE devem ser devidamente publicados no Diário Oficial do Distrito Federal, bastando, em determinadas ocasiões dá-se ciência de sua execução aos interessados. Quanto à necessidade de publicação do ato de instauração do procedimento tomador, cabe referenciar o *item VII, 5* deste trabalho.

e) Princípio da Verdade Material: semelhantemente ao processo penal, na TCE deve ser perseguida a verdade real dos fatos, e não a formal. Isso equivale dizer que nem sempre as provas dos autos demonstram as circunstâncias havidas. Incumbe aos executores dos procedimento (comissão tomadora) buscar robustecer as provas de maneira a evidenciar os fatos. Incumbe aos “*Analistas de Controle Interno*” avaliar as provas, de forma a verificar a coerência da conclusão da comissão tomadora, requerendo maiores informações quando for necessário, mediante propostas de diligências e inspeções;

f) Princípio da Economia Processual: está intimamente relacionado aos Princípios da Verdade Material, do Informalismo Moderado, da Razoabilidade e, também, da Razão Suficiente Ab-rogável. Dada essa relação observa-se que sua importância para o procedimento tomador reside especialmente no fato da possibilidade de evitar a instauração de TCE, conforme expresso no § 3º, art. 1º da Resolução nº 102/98-TCDF, harmonizando-se com os demais dispositivos da norma e com o § 2º, art. 2º da Emenda Regimental-TCDF nº 01/98 que assim especifica:

Na ocorrência de perda, extravio ou outra irregularidade em que não fique caracterizada má-fé de quem lhe deu causa e se o dano for imediatamente ressarcido, a autoridade administrativa competente deve, em sua tomada ou prestação de contas anual, comunicar o fato ao Tribunal, dispensando-se a

formalização da tomada de contas especial.

Observe-se, também, o § 3º, art. 9º da LC nº c/c a Resolução nº 126/00-TCDF;

g) Princípio da Razoabilidade: possui estreita ligação com o Princípio da Eficiência¹⁷, vez que *“proteja valor que se manifesta na dimensão do resultado”*¹⁸. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹ *“razoabilidade exige, pois, proporcionalidade entre os meios de que se utilize a Administração e os fins que ela tem que alcançar”*. Assim, o referido princípio foi expresso pela norma nos termos do art. 12 da Resolução nº 102/98-TCDF:

Nas tomadas de contas cujo valor de apuração seja inferior à quantia fixada conforme o § 2º do art. 9º da Lei Complementar nº 1/94, o órgão ou entidade deverá se utilizar de procedimentos sumários e econômicos de apuração de responsabilidade,(...).

O custo do procedimento tomador não deve se revelar superior ao dano havido, por esse motivo foi adotado pela Corte de Contas do Distrito Federal o chamado *valor de alçada*;

h) Princípio da Gratuidade: o Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes²⁰ afirma que:

açambarcando esse princípio, descabe na TCE transferir para servidores ou envolvidos em geral, o ônus dos seguintes procedimentos: a) perícias, avaliações em geral; b) ônus da tradução de documentos em língua estrangeira; c) despesas com publicação de editais e avisos pela imprensa; d) traslados de peças ou documentos; e) passagem, estada ou diária de servidores ou auxiliares; f) honorários da sucumbência.;

i) Princípio do Contraditório de da Ampla Defesa: deve ser observado essencialmente na fase externa da TCE, haja vista que, somente nela, formar-se-á o processo, dando azo à lide; mas está presente na fase interna, por força do art. 12 da Resolução nº 102/98-TCDF. A Constituição Federal de 1988 previu

¹⁷ art. 37 da CF/88 .

¹⁸ DIAS, Wladimir Rodrigues. A Administração Pública na Ordem Jurídico-Constitucional. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). Curso Prático de Direito Administrativo. Belo Horizonte : Del Rey, 1999. p. 121.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Mallheiros, 1998. p.72

²⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial*: Processo e Procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública. 2ª ed. Brasília : Brasília Jurídica, 1998. p. 68.

o Contraditório e a Ampla Defesa em um único dispositivo, art. 5º, LV. Aquele, segundo Ada Pellegrini Grinover, indica a atuação de garantia fundamental da justiça, consubstanciada na audiência bilateral. Assim, o juiz,

por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar provas, de influir sobre o convencimento do juiz.²¹.

Esse, (Ampla Defesa), é impulsionado por aquele, que o possibilita, mantendo, ambos, íntimo liame;

j) Princípio da Proteção ao erário: conforme art. 37, § 5º da Constituição Federal, são imprescritíveis as ações de ressarcimento dos danos causados à Fazenda Pública. O Mestre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes²², manifesta-se:

Enquanto que nos processos em geral há uma acusação direta a alguém ou uma lide entre determinadas pessoas, no processo de TCE a relação jurídica que se desenvolve liga o dano (fato) ao dever de recompor o erário. Iniciada a apuração envolvendo um servidor, não haverá qualquer nulidade se, verificado o envolvimento de outros, a comissão der continuidade às apurações em relação aos novos agentes. De igual modo, se o Tribunal de Contas isentar um servidor por ausência de responsabilidade provada na defesa, sem negar o fato gerador do dano ao erário, pode e deve a Administração dar continuidade às apurações;

l) Princípio da Razão Suficiente Ab-rogável: Segundo De Plácido e Silva ab-rogar significa, na linguagem jurídica, tornar nulo ou sem efeito um ato anterior²³. Aqui evidencia as circunstâncias em que deixa de existir no mundo jurídico a causa ensejadora da TCE. Assim, ocorre a integral perda do objeto da apuração. Dessa forma, se há dano e posterior ressarcimento, não mais existe o motivo determinante da instauração;

se o agente foi omissos no dever de prestar contas, dando causa à instauração da TCE, a prestação de contas inibe o prosseguimento do processo (...) permanecendo, contudo, a possibilidade de apenação pela extemporaneidade da prática do ato²⁴.

²¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 9ª ed. São Paulo : Malheiros, 1992. p.53.

²² Op. cit. p. 72.

²³ Op. cit.

²⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial*: Processo e Procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública. 2ª ed. Brasília : Brasília Jurídica, 1998. p. 73.

O citado princípio deve ser observado antes e durante as apurações em sede de TCE. A Resolução nº 102/98 tratou de consagrá-lo em dois momentos: em seu art. 1º, § 3º, dando à autoridade prazo improrrogável para adotar providências objetivando regularizar a situação ou reparar o dano e também no art. 13; e

m) Princípio da Indisponibilidade: os bens, direitos, interesses e serviços públicos não estão à livre disposição dos órgãos públicos. A eles, cabe curá-los. O agente público é mero gestor da *res* do Estado, por isso, não cabe a ele transigir acerca de valores sobre os quais o Estado seja credor em função de atos ilícitos praticados. Daí decorre a obrigatoriedade de instauração de TCE e a impossibilidade de transigir acerca do patrimônio.

VI - Natureza jurídica do procedimento apuratório em sede de tomada de contas especial

O Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao referir-se ao objetivo da TCE destaca:

O objetivo da Tomada de Contas Especial é apurar *responsabilidade por omissão ou irregularidade no dever de prestar contas ou por dano causado ao erário*; certificar a regularidade ou irregularidade das contas e identificar, no âmbito da Administração Pública, *lato sensu*, o agente público responsável por: • omissão no dever de prestar contas; • prestar contas de forma irregular; • dano causado ao erário²⁵. (destacou-se).

Como se observa, o Mestre deu relevo a três situações distintas: 1) responsabilidade por omissão no dever de prestar contas; 2) responsabilidade por irregularidade na prestação de contas; e 3) responsabilidade por dano causado ao erário.

Oswaldo Cipriano da Silva Filho afirma:

A Tomada de Contas Especial é o instrumento utilizado pela Administração Pública *para reparar o dano causado ao Erário pelo agente público*. A sua instauração só se dá quando existir prejuízo OU, pelo menos, *indício de tal ocorrência*²⁶.

²⁵ Op. cit. p.42.

²⁶ FILHO, Oswaldo Cipriano da Silva. Tomada de Contas Especial Responsabilidade Civil e Julgamento das Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal* v. 25 - t. 1, 1999. p. 111.

O citado doutrinador, ao desenvolver a tese de que a TCE tem por objetivo

1) buscar a reparação do dano (reponsabilidade civil); e 2) julgar as contas (conduta do agente público) daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário ou se omitiram do dever de prestar contas da comprovação da aplicação dos recursos públicos repassados²⁷.

Acrescenta:

(...) a fase de instauração *nada mais é do que um procedimento para apuração da responsabilidade civil* que, por circunstâncias específicas desse procedimento sistematizado (apurar os fatos, quantificar o dano e identificar o responsável), leva à tomada de Contas do agente público que lesou o Erário, no momento em que se estabelece o nexu causal (causa/efeito)²⁸. (destacou-se).

Em artigo publicado na Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Caio César Alves Tibúrcio Silva e Márcio de Almeida Saraiva, quanto à TCE, enfatizam:

(...) é aplicável para *apurar os fatos, indicar responsáveis e quantificar prejuízos ocorridos*, tanto em órgãos (Administração direta) como em entidades (Administração indireta). Portanto, não se trata especificamente de contas de determinado cidadão, mas sim de desvendar os fatos, mensurar os prejuízos e fazer fluir do procedimento formal de apuração o responsável ou responsáveis pelo evento danoso²⁹. (destacou-se).

Arrematam os supracitados autores:

A instauração de processo de TCE não fica ao alvedrio do administrador, é obrigatória e imediata (art. 9º da Lei Orgânica do TCDF – LOTCDF, Lei Complementar nº 1/94), iniciando-se quando a autoridade administrativa, no âmbito de sua competência, *tomar conhecimento da existência de prejuízo ao Erário ou da omissão no dever de prestar contas*³⁰.

Já o Ministério Público junto do Tribunal de Contas do Distrito Federal, por intermédio da Doutora Márcia Ferreira Cunha Farias manifestou-se diligentemente, no sentido de que:

²⁷ Op. cit. p. 112.

²⁸ Op. cit. p. 111.

²⁹ SILVA, Caio César Alves Tibúrcio. SARAIVA, Márcio de Almeida. Tomada de Contas Especial. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, v. 22, 1996. p. 166.

³⁰ Op. cit. p. 166.

Em Direito, a responsabilidade triparte-se em civil, penal e administrativa. São distintas e podem originar do mesmo fato, culminando em penas também distintas. Não é administrativa a responsabilidade perante a Corte de Contas apurada; essa só se verifica no âmbito da própria Administração, por procedimentos próprios e extrajudiciais, como o processo administrativo disciplinar (Lei nº 8.112/90). Tampouco, é evidente, pode-se apurar responsabilidade penal em Tribunal de Contas. Essa só se apura em juízo, sendo a pena aplicada por meio de sanções previstas no Código Penal e legislação extravagante. *Não sendo nem penal, nem administrativa a responsabilidade perante o controle externo, verifica-se ser considerada civil*³¹. (destacou-se).

Acrescenta, ainda, a Ilustre Procuradora: *“A responsabilidade perante o controle externo resulta de ato ilícito que cause dano ao Poder Público (...)”*³². (destacou-se). A questão que ora se insurge tem grande relevância para o entendimento adequado do tema e passa, necessariamente, pela compreensão apropriada dos fatos ensejadores de TCE expressos pelo art. 9º, da Lei Complementar nº 01/94 e reproduzidos pelo art. 1º, da Resolução nº 102/98-TCDF, e, também, da responsabilidade civil subjetiva.

São três os requisitos essenciais da responsabilidade civil subjetiva, expressa no art. 927 do Código Civil Brasileiro: a) conduta antijurídica dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; b) existência de dano a um bem jurídico material, imaterial de natureza patrimonial ou não-patrimonial; e c) nexo de causalidade entre o primeiro e o segundo.

Segundo o magistério de Sérgio Cavalieri Filho:

(...) a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar³³.

O Ilustre Desembargador afirma, na seqüência:

A ilicitude, como sinônimo de violação de um dever jurídico, transgressão de um comando geral, é mais ampla e coloca-se no plano abstrato, sendo necessário apurar, para gerar a obrigação de indenizar, se concretamente essa violação deu causa a um dano. *Pode haver ilicitude sem dano* (conduta culposa

³¹ Recurso de Reconsideração. TCFD. Processo nº 7.336/93, Decisão nº 6.613/96.

³² Op. cit.

³³ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª ed., 4ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2000. p. 29.

e até dolosa que não chega a causar prejuízo a outrem) e *dano sem ilicitude* (...) ³⁴. (destacou-se).

Logo, não é todo ato ilícito que gera o dever de reparar, porquanto nem todo ato ilícito causa danos patrimoniais. Além disso, o dano deve ser mediata ou imediatamente causado à Administração Pública.

Na hipótese de *“omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pelo Distrito Federal, (...) da ocorrência de (...) desvio de dinheiros, bens ou valores públicos* ³⁵”, o dano poderá ou não se materializar. Mesmo assim - diante da ocorrência do fato motivador expresso em lei - a instauração de TCE é obrigatória, à luz dos princípios da legalidade e da indisponibilidade.

Em quaisquer hipóteses, o que em primeira análise importa à Administração Pública é a existência ou não do dano, do qual pretende se ver ressarcida. Porém, em razão da necessária observância dos princípios que norteiam sua atuação, tem por inevitável a instauração de TCE, em todos os casos que a lei taxativamente enumera, ainda que não se caracterize o dano.

Em resumo, não se pode afirmar que TCE seja invariavelmente um procedimento de apuração de responsabilidade civil de quem esteja obrigado a prestar contas, entretanto, uma vez instaurada nos estritos termos da lei e atendidos os requisitos necessários, é o devido processo legal, no âmbito administrativo ³⁶, para que se proceda a essa investigação.

Mais uma vez se deve referenciar a escorreita manifestação da Dra. Márcia Ferreira no Processo nº 7336/3-TCDF, ao afirmar que: *“Não sendo nem penal, nem administrativa a responsabilidade perante o controle externo, verifica-se ser considerada civil* ³⁷”. De fato, a responsabilidade perante o controle externo é civil, vez que, como afirma o Mestre Hely Lopes Meirelles, *in* Direito Administrativo Brasileiro ³⁸, *“a administrativa decorre da situação estatutária e a penal está prevista no respectivo Código (...)”*. Entretanto, quando apreciar uma TCE, como já enfatizado, nem sempre o Tribunal de Contas estará julgando a responsabilidade civil, haja vista que, sequer o tema analisado estará inserto nesse recinto.

³⁴ Op. cit. p. 29.

³⁵ Lei Complementar nº 01/94, art. 9º, *caput*.

³⁶ vide inciso XXXV, art. 5º da CF/88.

³⁷ Op. cit.

³⁸ Op. cit. p. 418

No Distrito Federal, quando a apuração de TCE, na fase interna, de imediato afastar a hipótese de prejuízo, repelindo assim um dos requisitos essenciais da responsabilidade civil, encerra-se o procedimento por perda de objeto, fazendo-se registrar o ocorrido em demonstrativo a ser anexado à pertinente tomada ou prestação de contas anual. A Emenda Regimental nº 01/98-TCDF, em seu § 2º, art. 2º, diga-se de passagem, afastou a necessidade da própria instauração de TCE quando o dano for imediatamente ressarcido e não ficar caracterizada má-fé do agente causador.

Tal encaminhamento merece ressalvas, vez que a inexistência de dano afasta a responsabilidade civil, não a instauração e, menos ainda deveria afastar a apreciação do procedimento tomador pela Corte de Contas. Seria, pois, incoerente que a lei determinasse a instauração nas hipóteses por ela elencadas, inclusive sem que configuração de dano, e não determinasse a apreciação do procedimento nesse caso. É exatamente por esse motivo que a própria Lei Complementar nº 01/94, em seu art. 17, determina o julgamento pela irregularidade das contas nos seguintes casos, sem referir-se a danos: a) omissão no dever de prestar contas; b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; c) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

1) Requisitos da responsabilidade civil perante a Administração Pública

a) *a conduta antijurídica comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa*: configura-se, segundo Ennecerus³⁹, pela realização intencional ou meramente previsível de um ato que tem como resultado a violação do ordenamento jurídico, caracterizada na contraposição do comportamento à determinação da norma. Deve-se, portanto, avaliar o elemento subjetivo da ação, a culpa (*lato senso*), abrangendo o dolo e a culpa estrito senso. Como assevera Caio Mário da Silva Pereira, citando Ruggiero⁴⁰ (Istituzioni, § 6º)

(...) a palavra culpa traz aqui um sentido amplo, abrangente de toda espécie de comportamento contrário a direito, seja intencional ou não, porém imputável por qualquer razão ao causador do dano. Essa concepção genérica da culpa - violação de uma obrigação preexistente - que confina com o dever geral negativo - não prejudicar a outrem (...).

³⁹ *Apud* PEREIRA, Caio Mario da. Instituições de Direito Civil. 18ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997. v.1. p. 416.

⁴⁰ *Apud* PEREIRA, Caio Mario. Op. cit. p. 419.

Acrescenta ainda o renomado autor citando De Page⁴¹:

(...) deve ser completada (...) por um elemento concreto positivado no 'erro de conduta', e então a idéia se comporia em definitivo, dizendo-se que a culpa importa em um erro de conduta, que leva o indivíduo a lesar o direito alheio", no caso, um bem público.

b) *a existência de dano de natureza patrimonial*: trata-se do prejuízo material experimentado pelo Estado; e

c) *o nexo de causalidade entre o primeiro e o segundo*: refere-se ao liame entre o resultado danoso para o Estado e a conduta antijurídica praticada. Ou seja, diz respeito à necessidade de comprovar que o dano decorre da conduta antijurídica, ou em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário ao direito não haveria dano patrimonial para a Administração Pública⁴². Segundo Sérgio Cavalieri Filho, o conceito de nexo causal "não é jurídico; decorre das leis naturais. É vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado"⁴³.

2) O Ato Ilícito em sede de TCE

A conduta humana pode ser obediente ou não à ordem jurídica. Nesse sentido, abrem-se duas opções para o indivíduo: conformar-se com a lei, agindo nos termos de suas prescrições, ou desobedecê-la. Se age conforme a lei, pratica *atos jurídicos, jurígenos*, se não, pratica *atos ilícitos*. Caio Mario da Silva Pereira, *in* Instituições de Direito Civil, esclarece: "*O indivíduo, na sua conduta anti-social, pode agir intencionalmente ou não; pode proceder por comissão ou por omissão; pode ser apenas descuidado ou imprudente. Não importa*"⁴⁴.

Maria Helena Diniz acrescenta:

é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano a outrem, criando o dever de repará-lo. Logo, produz efeito jurídico, só que este não é desejado pelo agente, mas imposto pela lei⁴⁵.

⁴¹ *Apud* PEREIRA, Caio Mario. Op. cit. p. 419.

⁴² PEREIRA, Caio Mario da. *Instituições de Direito Civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997. v.1. p. 415.

⁴³ Op. cit. p. 49.

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mario da. *Instituições de Direito Civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997. v.1. p. 416.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 3ª ed. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 169.

Em sede de TCE, são elementos essenciais do ato ilícito,: a) conduta, intencional ou meramente previsível de um resultado exterior (ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia); b) violação do ordenamento jurídico, caracterizada pela contraposição do comportamento à determinação de uma norma; c) a imputabilidade, ou seja, a atribuição do resultado antijurídico à consciência do agente; d) a penetração da conduta na esfera jurídica alheia, pois, enquanto permanecer inócua, desmerece a atenção do direito⁴⁶.

A conseqüência jurídica do ato ilícito não é querida, é determinada pela lei: é a obrigação de reparar. Há atos, porém, que, embora à primeira vista configurem um ilícito civil, a própria lei se encarrega de retirar-lhes essa qualidade. Assim, esses atos, quando praticados, inobstante serem causadores de danos a alguém, excluem o dever de reparar, porquanto encerram um legítimo motivo e rompem o liame de causalidade, ou descaracterizam a própria conduta ilícita. São chamados de excludentes de responsabilidade (excludentes de antijuridicidade e excludentes de causalidade). Nos interessam os seguintes⁴⁷: a) legítima defesa; b) estrito cumprimento do dever legal; c) exercício regular de um direito reconhecido; d) estado de necessidade; e) culpa exclusiva da vítima, f) fato de terceiro; e g) caso fortuito e força maior.

VII - A Resolução nº 102, de 15 de julho de 1998

A Resolução nº 102/98-TCDF é um instrumento de significativa importância no âmbito da Administração Pública Distrital. Arrojadamente tratou de disciplinar matérias polêmicas e organizar o procedimento de TCE, levando em conta os princípios a ele inerentes, ao passo em que formalizou adequadamente toda a fase interna da TCE, tratando de extirpar o formalismo exagerado e pouco econômico que outrora permeava o procedimento tomador, orientando minuciosamente o agente público.

Tratou, ao lado da Emenda Regimental -TCDF nº 01 de 02 de julho de 1998⁴⁸, da questão relativa ao valor de alçada para apreciação de processos pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, determinando procedimentos sumários de apuração de responsabilidade, para montantes inferiores a ele, sem encaminhamento ordinário do procedimento à Corte julgadora. Seguindo

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mario da. *Instituições de Direito Civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997. v.1. p. 415.

⁴⁷ Maiores informações consultar: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 389 e 497/537

⁴⁸ Vide Resolução nº 126/2001, que alterou o valor de alçada para R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais).

orientação jurisprudencial e doutrinária, enfrentou o tema relativo à responsabilidade exclusiva de terceiros sem vínculos com a Administração Pública, não jungidos ao dever de prestar contas, determinando o encerramento das apurações nessas hipóteses. Além disso, integrou as normas esparsas e a jurisprudência mediante o instrumento adequado, uma vez que, antes, a legislação mais detalhada acerca do tema encontrava-se inserta no próprio regimento interno do Tribunal de Contas do Distrito Federal, como já se esclareceu.

Sem dúvidas, encerrou um grande avanço, contribuindo sobremaneira para autocontrole da Administração Pública.

1) Da instauração do procedimento tomador.

O mandamento para instauração de TCE decorre de expressa disposição legal, mais precisamente do art. 9º da Lei Complementar nº 01/94, reproduzido de maneira analítica pelo art. 1º da Resolução nº 102/98-TCDF, o qual deixou consignado:

Art. 1º A autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá, observado o disposto no § 3º, imediatamente adotar providências com vistas à instauração de tomada de contas especial, para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano, diante da omissão no dever de prestar contas; da não comprovação da aplicação dos recursos concedidos na forma de suprimento de fundos ou transferidos pelo Distrito Federal mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, bem como a título de subvenção, auxílio ou contribuição; da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos; ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário.

Instaurar a TCE significa dar uma ordem formal para que se inicie um procedimento apuratório no âmbito administrativo, em razão da ocorrência dos fatos ensejadores expressos na norma. Tal determinação, como se verá, deve materializar-se por meio de ato específico da autoridade competente, observados determinados requisitos.

2) Autoridade administrativa competente para instauração

Todo ato administrativo para ser perfeito e válido deve reunir determinados requisitos. A competência é um deles. Os demais são, segundo Diogenes Gasparini⁴⁹: finalidade, forma, conteúdo, motivo, objeto e causa.

⁴⁹ Op. cit. p. 56/62.

Caio Tácito, *in* Teoria e Prática do Desvio do Poder, citando trabalho de sua própria autoria, assevera: “*não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito*⁵⁰”. O mesmo autor complementa: “*A competência é, em suma, o elemento da capacidade que, a par da licitude do objeto e da forma completam a validade dos atos jurídicos em geral, tal como enunciado no art. 82 do Código Civil*⁵¹.” Assim, pode-se definir competência como o poder outorgado pela norma ao agente público para que ele, com vistas a alcançar determinado objetivo, pratique um ato administrativo.

Em sede de TCE não é diferente. Para dar início ao procedimento tomador é necessária a formalização de um ato administrativo denominado *ato de instauração*. O referido ato deve ser praticado por um agente público competente, à luz dos princípios do Direito Administrativo.

No Distrito Federal não há norma geral indicando os agentes competentes para instauração de TCE. Normalmente tal atribuição vem consignada nos regimentos internos dos órgãos e entidades e recai sob a suas autoridades máximas.

3) A Responsabilização solidária em razão da omissão no dever de instaurar a TCE.

A obrigação solidária foi disciplinada pelo art. 264 do Código Civil Brasileiro. Segundo Maria Helena Diniz⁵², diz-se solidária uma obrigação quando, havendo multiplicidade de credores ou de devedores, ou de um e outros, cada credor terá direito à totalidade da prestação, como se fosse o único credor, ou cada devedor estará obrigado pelo débito todo, como se fosse o único devedor.

O art. 265 do CCB deixa claro que a solidariedade não se presume. Decorre da lei ou da vontade das partes. Tal exigência advém do fato de que a solidariedade agrava a responsabilidade do devedor, que passará a ser obrigado pelo total da prestação. O credor poderá cobrar-lhe o total do débito. A solidariedade funciona, pois, como verdadeira garantia para defesa do crédito. No caso, um instrumento de proteção para Administração Pública.

Em sede de TCE, por referenciar a prática de um ato ilícito, inicialmente pode-se vislumbrar a solidariedade no próprio Código Civil Brasileiro, art. 942,

⁵⁰ TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público* : Estudo e Pareceres. Teoria e Prática do Desvio do Poder. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p.162.

⁵¹ Op. cit. p. 162.

⁵² DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 3ª ed. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 670.

caput e parágrafo único que estabelece a responsabilidade solidária dos autores do ato, se houver mais de um autor; e dos autores e co-autores, se for o caso. No entanto, lembra o Mestre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁵³ que, juntamente com a regra geral do Código Civil, devem ser observadas as normas relativas à atuação dos Tribunais de Contas. No Distrito Federal, a Lei Complementar nº 01, de 9 de maio de 1994, art. 9º:

(...) a autoridade administrativa competente, *sob pena de responsabilidade solidária*, deverá imediatamente adotar providências, com vista à instauração de tomada de contas especial, para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano. “ (destacou-se).

Assim, a lei autoriza, como penalidade, a responsabilização solidária da autoridade competente quando houver omissão na instauração de TCE. Esclarece ainda Jacoby que a legislação, ao determinar a responsabilização pela omissão, “ *fez erigir um liame jurídico fictício entre o fato ilícito determinante da TCE e a omissão, também ilícita, no dever de instaurá-la*”⁵⁴.

4) O ato de instauração.

É erro comum iniciar-se o procedimento de TCE sem um ato formal de instauração. O fato de órgãos ou entidades possuírem comissões permanentes de TCE não dispensa a formalização. O simples envio de um ofício ou de um processo de sindicância administrativa a um específico setor, com a determinação de apuração em sede de TCE não é suficiente para dar início ao procedimento.

O ato de instauração deve revestir-se das formalidades adequadas, sob pena de nulidade: a) ser devidamente assinado por autoridade competente; b) materializar-se por meio de um ato administrativo ordinatório (normalmente uma portaria ou decreto); c) indicar os membros da comissão e seu presidente, nominando-os e indicando suas matrículas e cargos; d) evidenciar o objeto das apurações, evitando, contudo, a utilização de termos ou informações que possam caracterizar prejulgamento; e e) ser devidamente publicado pelo órgão de Imprensa Oficial.

5) A obrigatoriedade de publicação do ato de instauração

Via de regra, o ato administrativo de instauração se externa por meio de uma Portaria ou Decreto (atos administrativos ordinatórios), e assim deve ser feito ainda que o órgão/entidade possua comissão permanente de TCE.

⁵³ Op. cit. p. 442.

⁵⁴ Op. cit. p. 210.

O ato de instauração não prescinde da publicação pelo Órgão de Imprensa Oficial. Acerca do tema a competente Procuradora junto ao Ministério Público do Distrito Federal, Doutora Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira esclarece⁵⁵, *verbis*:

(...) entendemos que a publicação é necessária, não para dar eficácia ao ato interno, mas para dar exequibilidade ao mesmo, como argumentamos abaixo:

a) a publicação é meio de habilitar os membros da Comissão a tomarem certas atitudes que não fazem parte das atribuições inerentes a seus cargos.

b) os membros da Comissão ficam inteiramente à disposição do deslinde das novas atribuições, o tempo que for necessário, não prejudicando, de modo algum, o servidor, por deixar as atribuições do seu cargo por fazer.

c) trata-se, apesar de parecer estranho, de uma investidura administrativa de caráter temporário, para cumprir um fim específico, impondo-se encargos e concedendo prerrogativas aos seus membros, podendo os mesmos serem responsabilizados pelo descumprimento dessas atribuições.

d) a publicação poderá proporcionar a impugnação deste ato, por qualquer interessado no fiel cumprimento dos seus fins.

e) proporciona, também, a publicação, o controle dos prazos de instauração e término da Tomada de Contas Especial, por parte do TCDF, (...).

6) A Interpretação do Termo: “*imediatamente*” (art. 9º, da LC nº 01/94).

Segundo os §§ 3º e 4º, art. 1º da Resolução nº 102/98-TCDF:

§ 3º A autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá, no prazo máximo e improrrogável de 30 (trinta) dias a contar do conhecimento do fato, adotar providências objetivando regularizar a situação ou reparar o dano.

§ 4º Não havendo regularização da situação ou reparação do dano no período estabelecido no parágrafo anterior, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá instaurar tomada de contas especial, sem prejuízo dos procedimentos administrativos e disciplinares cabíveis.

O prazo de 30 (trinta) dias, pode-se afirmar, é o que a própria norma tratou de interpretar como limite para a expressão “*imediatamente*” grafado no

⁵⁵ Parecer MP/TCDF nº 908/95. Processo nº 6.683/93.

art. 9º da LC nº 01/94. Findo esse prazo, sem que tenha sido regularizada a situação pendente ou, se for o caso, reparado o dano, a autoridade deve, já no dia útil seguinte, determinar a instauração de TCE, sob pena de responsabilidade solidária. Observe-se que o prazo concedido é peremptório, não havendo, pois, possibilidade de prorrogações.

A TCE é procedimento de exceção. Logo, a inteligência da norma tratou de determinar um interstício visando a evitar a instauração. Assim, ciente dos fatos, a autoridade administrativa competente para instauração tem prazo para, com fulcro na lei, buscar regularizar a situação ou fazer reparar o dano. Sua inércia quanto a esses procedimentos implicará, necessariamente, a atração de responsabilidade para si.

Ressalte-se que o dispositivo, objetivando evitar confusões entre os conceitos relacionados aos procedimentos administrativos e disciplinares e aqueles relacionados à TCE, enfatizou sua independência. Os primeiros visam às apurações de caráter disciplinar, porquanto intentam a indicação de responsabilidade administrativa; o segundo se presta à apuração das circunstâncias, em razão dos fatos motivadores expressos em lei, dado o dever de prestar contas ou a existência de um ato ilícito gerador, ou não, de dano, podendo dar ensejo à apuração de responsabilidade civil. Ambos podem coexistir, ao passo que cada qual poderá nascer e subsistir independentemente do outro.

É erro corriqueiro algumas unidades insistirem na instauração de sindicância antes da instauração de TCE, dando àquela um caráter subsidiário em relação a essa. Não há tal vinculação. Entretanto, nada obsta, dadas as circunstâncias, que se aguarde o término das apurações de cunho disciplinar para se dar início às apurações de TCE, desde que com o conhecimento do Controle Externo. Nesse caso, a iniciativa não possui caráter protelatório, visando tão-somente a reforçar os elementos de convicção e o conjunto probatório.

Não se deve jamais juntar os autos originais de Sindicância ou de Processo Administrativo Disciplinar aos autos de TCE. Cópias autenticadas, quando necessárias à convicção, devem integrar o procedimento tomador.

7) Da solidariedade em razão da inércia na comunicação do fato ensejador

A norma, nos §§ 1º e 2º, do art. 1º, tece uma extensa rede de responsabilidade visando a resguardar a apuração célere e efetiva dos fatos

O que se pretendeu com esse dispositivo, na verdade, foi distribuir a responsabilidade consignada no art. 9º da Lei Complementar nº 1/94, onde ficou

inserto que a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências, com vistas à instauração de tomada de contas especial. Os supramencionados parágrafos, à luz do raciocínio de que a autoridade administrativa competente não poderá ter ciência formal e efetiva dos fatos se não for comunicada por seus subordinados, tratou de disciplinar a solidariedade desses últimos. É uma regra de efeito prático eficiente, porém, há de se observar que, ao contrário do que foi expressamente disposto no art. 9º da Lei Complementar nº 1/94, tal encaminhamento não encontra respaldo legal, sem esforço exegético extensivo, posto que, como se sabe, a solidariedade não se presume, decorre da lei ou da convenção entre as partes⁵⁶.

Aqui, assim como no caso do art. 9º da LC nº 1/94 não há liame entre o dano e omissão. A diferença é que, no caso do art. 9º, a fórmula foi manifestamente posta em lei. O dano decorreu da ação omissiva ou comissiva exclusiva do agente ou agentes causadores. O que se pune com a solidariedade, nesse caso, é a conduta omissiva: *não instauração da TCE*, que não tem o condão de gerar o dano, quando muito, em determinadas situações, majorá-lo. Ademais, na lição de Carlos Roberto Gonçalves, o dano só pode gerar responsabilidades quando seja possível estabelecer um nexos causal entre ele e seu autor, ou, como diz Savatier, *“um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado”*⁵⁷. Segundo Demogue, não pode haver uma questão de nexos causal senão tanto quanto se esteja diante de uma relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo. É necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar⁵⁸.

Há, porém, os que compreendem que, nesse caso, surge extensivamente o que Jorge Ulisses Jacoby Fernandes denominou de liame jurídico fictício entre o fato ilícito e a omissão também ilícita. Assim, ainda que diretamente não haja nexos entre a omissão prevista nos §§ 1º e 2º do art. 1º da Resolução nº 102/98-TCDF e o evento danoso propriamente dito, a inércia voluntária do servidor que deixar de proceder à comunicação devida, a qual levaria à apuração dos fatos, determinada pela autoridade competente, implica sua responsabilização solidária em sede de TCE, independentemente das penalidades administrativas cabíveis. Para esses, o responsável pelo setor onde ocorreu ou foi constatado o fato, deve comunicar formalmente as circunstâncias ao seu superior, sob pena de não o fazendo, atrair para si a responsabilidade.

⁵⁶ art. 265 do CCB.

⁵⁷ *Apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 1995. p.384.

⁵⁸ *Apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 384.

Entretanto, ainda que se considere a pertinência do dispositivo, certamente tal dispositivo deve ser interpretado com parcimônia vez que, nem sempre, a burocracia administrativa permite reconhecer com facilidade, ou mesmo estimar a data em que o servidor identificou os fatos, ou que, em virtude de suas obrigações, deveria identificar. A boa ou má-fé do responsável também deve ser sopesada.

A própria comissão tomadora, ou mesmo o Órgão de Controle Interno, deve avaliar a ocorrência da omissão e, se for o caso, recomendar a responsabilização solidária.

As demais autoridades da escala hierárquica, independentemente da sua extensão, terão mesmo prazo (dois dias úteis) para, formalmente, fazer chegar as circunstâncias ao conhecimento da autoridade administrativa responsável pela instauração.

8) A instauração *ex officio*.

O § 5º, art. 1º da Resolução nº 102/98-TCDF estabelece que, havendo omissão, o Tribunal determinará a instauração, sem prejuízo das sanções pertinentes.

A regra deriva do que foi consignado no § 1º, art. 9º da Lei Complementar nº 01/94: *“Não atendido o disposto neste artigo, o Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão”*

É a chamada instauração *ex officio*. Ocorre quando a Corte de Contas verifica: a) omissão de prestar contas ordinariamente (prestação ou tomada anual); b) omissão na instauração de TCE.

Há de se ressaltar que o § 6º, do art. 1º da Resolução nº 102/98-TCDF estabelece que o Tribunal poderá, a qualquer tempo, determinar a instauração de TCE, independentemente das medidas administrativas internas e judiciais adotadas, se entender que o fato motivador possui relevância suficiente para ensejar a apreciação.

Observe-se que, nesse caso, não necessariamente haverá omissão da autoridade, que pode até já ter adotado medidas administrativas e judiciais. Compreendendo relevantes as razões, o Tribunal determinará a instauração.

9) Da comunicação do ato de instauração

Requerida na forma do § 7º, art. 1º da Resolução nº 102/98-TCDF, devendo dela constar: número do processo de TCE; data da ocorrência do fato e/ou do seu conhecimento; descrição clara do objeto de apuração; valor real ou estimado do prejuízo; e membros designados para a comissão apuradora.

A unidade instauradora, pois, possui o prazo de 5 (cinco) dias, a contar da assinatura o ato ordinatório, para comunicar a instauração e encaminhar ao Tribunal de Contas as informações requeridas pela norma. Têm o objetivo de facilitar o controle dos procedimentos instaurados, ao mesmo tempo em que permitem ao Tribunal de Contas do Distrito Federal proceder ao levantamento de dados estatísticos e otimizar a fiscalização a seu cargo.

A exigência pretende, ainda, facilitar a visualização do objeto apurado, de forma a identificá-lo com clareza, permitindo a análise preliminar das circunstâncias e a adoção de medidas pertinentes em cada caso pelo Órgão de Controle Externo.

O valor do dano, se houver, já nessa oportunidade deverá ser indicado. Poderá, entretanto, ser estimado, uma vez que, findada a apuração, será fixado a sua real expressão, levando em conta as circunstâncias fáticas.

10) Da responsabilidade do Controle Interno

O art. 2º da Resolução nº 102/98-TCDF assim deixou consignado:

Art. 2º Os responsáveis pelas unidades integrantes dos Sistemas de Controle Interno, ao tomarem conhecimento de omissão no dever de instaurar a tomada de contas especial, ou ainda de qualquer irregularidade ou ilegalidade, adotarão as medidas necessárias para assegurar o exato cumprimento da lei, sob pena de responsabilidade solidária.

O Sistema de Controle Interno foi consagrado pela Constituição Federal de 1988, art. 74: “Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade (...)”.

A Lei Orgânica do Distrito Federal reproduziu o mandamento constitucional em seu art. 80, excluindo de sua redação o Poder Judiciário⁵⁹.

⁵⁹ vide art. 21, inciso XIII da CF/88.

Em primeiro lugar, é imperioso enfatizar que o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo do Distrito Federal encontra-se disciplinado na forma da Lei nº 830 de 27 de dezembro de 1994, com as modificações tácitas introduzidas pela Lei nº 3.105, de 27 de dezembro de 2002.

O dispositivo em análise (art. 2º da Resolução 102/98-TCDF) deriva da própria Constituição Federal, § 1º, art. 74 que especifica: “*Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária*”.

O mesmo texto foi reproduzido pela Lei Orgânica do Distrito Federal em seu art. 80, § 1º, com pequena modificação:

Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, ou ofensa aos princípios do art. 37 da Constituição Federal, dela darão ciência ao Tribunal de Contas do Distrito Federal União, sob pena de responsabilidade solidária.

Também, a Lei Complementar nº 01/94, em âmbito distrital, tratou de disciplinar o assunto em seu art. 50, não deixando dúvidas quanto à legalidade do encaminhamento levado a efeito pela Resolução nº 102/98-TCDF.

VIII - Elementos integrantes do procedimento de tomada de contas especial

Nos termos do art. 3º da Resolução nº 102/98-TCDF, devem integrar o “*processo*” de TCE diversos documentos e informações necessários, ora à análise dos atos e fatos inquinados, ora ao controle formal do procedimento. Trataremos, a seguir, daqueles a que reportamos maior importância.

O *inciso III* do citado artigo requer a juntada do relatório da Comissão de Sindicância ou de Inquérito, quando for o caso. Trata-se da anexação de cópias autenticadas e não do original. Esse último deverá seguir a tramitação ordinária de forma independente, de maneira a cumprir o seu desígnio. Algumas premissas básicas ajudam na necessária distinção:

a) a Sindicância e o Processo Administrativo Disciplinar são procedimentos internos da administração pública iniciados exclusivamente a comando da autoridade interessada em proceder às apurações, observadas as determinações da lei. A instauração de TCE poderá ser, a qualquer tempo, determinada pelo Tribunal de Contas, caso haja omissão e, independentemente

das medidas administrativas internas e judiciais adotadas; se compreender relevante o fato motivador;

b) a Sindicância e o Processo Administrativo Disciplinar não são de conhecimento obrigatório do Tribunal de Contas, podendo, ambos, contribuir para a apuração das circunstâncias. A TCE é de conhecimento obrigatório do Tribunal de Contas;

c) enquanto na Sindicância e no Processo Administrativo o julgamento da conduta do agente público é realizado pela própria autoridade instauradora, na TCE, o julgamento da contas analisadas é de competência exclusiva do Tribunal de Contas;

d) na TCE, destinando-se à apuração de responsabilidade, essa será civil. Na Sindicância e no Processo Administrativo Disciplinar será administrativa;

e) dá início à TCE o ato ilícito praticado isoladamente, conforme rol especificado em lei, ou caracterizado por dano. Origina a Sindicância Administrativa e o Processo Administrativo Disciplinar uma conduta irregular, tipificada pela lei, de cunho administrativo ou penal; e

f) pode existir Sindicância e Processo administrativo disciplinar e não existir dano ao erário. Entretanto, havendo e persistindo dano ao erário, necessariamente haverá TCE, podendo existir, nesse caso, concomitante ou sequencialmente, Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar.

Acerca disso o Tribunal de Contas de Contas do Distrito Federal já se manifestou por meio da Decisão nº 6.549/96:

(...) esclarecer ao Instituto de Desenvolvimento Habitacional do Distrito Federal -IDHAB/DF que a sindicância é um procedimento interno da Entidade, que poderá ou não subsidiar Tomada de Contas Especial, este sim de conhecimento obrigatório por esta Corte (...).

O *inciso IV do art. 3º* requer a juntada do registro da ocorrência policial e do laudo pericial, quando for o caso.

Esses instrumentos são meios de prova de essencial relevância na análise dos fatos, principalmente o Laudo Pericial que traz informações importantes na formação do juízo de valor. Devem ser minuciosamente avaliados pela comissão tomadora e pelos Órgãos de Controle. Os detalhes consignados podem ser de grande valia para estabelecer convicção acerca do evento.

É importante enfatizar que a jurisprudência dos Tribunais de Justiça brasileiros tem proclamado que o boletim de ocorrência, uma vez que é elaborado por agente da autoridade, traz consigo a presunção *juris tantum* de veracidade do que nele ficou expresso. Cumpre, pois, ao agente responsável indicado pela comissão tomadora elidir a presunção fazendo prova em sentido contrário. Carlos Roberto Gonçalves⁶⁰ lembra que tais peças revestem-se de importância na ausência de outras provas ou no conflito de provas, no entanto, necessário se torna que tragam a narrativa pormenorizada ou contenham em seu núcleo uma razoável quantidade de informações, sem as quais será mera peça informativa e de pequeno valor (1º TACSP, Ap. 330.532, 1ª Câmara, j. 2-10-1984, Rel. Silveira Netto). Tal regra aplica-se, também, ao Laudo pericial.

O inciso X, do artigo sob exame (art. 3º) requer a juntada do relatório circunstanciado e conclusivo da comissão tomadora das contas contendo justificativa minuciosa, no caso de absorção do prejuízo pelo órgão ou entidade.

É elemento essencial do procedimento de TCE, sem o qual não tem prosseguimento. Deve ser dirigido à autoridade instauradora, que poderá discordar das conclusões, consignando em apartado tal entendimento, uma vez que, na ceara da técnica, não há hierarquia. A designação de novos membros para compor a comissão tomadora e a instauração de outro procedimento, no caso de não acatamento do relatório pela autoridade instauradora, somente é recomendável em casos excepcionais, mediante fundamentação adequada.

A comissão tomadora deve avaliar os elementos de prova colhidos e emitir juízo de valor acerca dos fatos, de maneira objetiva, clara e precisa, estabelecendo o nexos de causalidade entre as condutas inquinadas e o evento danoso, sem deixar qualquer margem de dúvida em relação ao seu entendimento. De fato, as expressões “*circunstanciado*” e “*conclusivo*” já encerram essa idéia. A primeira evidencia que todas as situações devem ser descritas e enfrentadas pela comissão, que, inobstante não ter o dever de ser profunda conhecedora de todas as matérias, tem a obrigação de - quando necessário - requerer a intervenção auxiliar de especialistas. A segunda torna pacífico que a comissão tomadora, com base nas provas existentes, não pode deixar de se manifestar conclusivamente e com imparcialidade.

O relatório da comissão tomadora deve conter minuciosa justificativa ao pugnar pela absorção de prejuízo - quando ocorrer - observando que são restritos os casos de excludentes de responsabilidade civil. Saliente-se, entretanto, que,

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 1995. p.566/568.

se não fundamentada em excludente de responsabilidade civil, a absorção de prejuízo deverá estar adequadamente embasada em circunstância impeditiva de identificação do responsável, ou outra situação que suscite a aplicação dos princípios aplicáveis ao caso, como por exemplo, o princípio da economicidade.

É necessário que o relatório tomador seja devidamente rubricado e assinado por todos os membros que participaram da apuração (todas as suas peças), contendo, em apartado, expressa justificativa quando um dos membros da comissão não consignar sua assinatura. Importante lembrar que, havendo discordância de mérito, no todo ou em parte, entre os membros da comissão de TCE, os membros que compreenderem conveniente, poderão sustentar seu ponto de vista em separado, fundamentando o entendimento por escrito e requerendo a anexação aos autos.

Mais adiante, o *inciso XII*, do art. 3º da Resolução sob análise determina a anexação do registro dos fatos contábeis pertinentes. Tal registro refere-se ao controle contábil da real situação em razão da particularidade criada pelo evento ensejador.

De fato, até que sejam definitivamente julgadas as contas pelo órgão competente, não há de se falar em responsabilidade por débitos. Logo, os registros contábeis não podem ser nominais e nem pretender refletir situação patrimonial definitiva com o lançamento no ativo circulante em contas indicativas de responsáveis. Se contrário fosse, certamente daria ensejo a contendas judiciais impulsionadas por eventuais prejudicados. Deve o registro, portanto, como já se manifestou em várias ocasiões o Tribunal de Contas do Distrito Federal (Processos números 6.687/93 e 3.391/97, por exemplo), ser efetuado em conta de compensação, portanto de natureza de controle e transitória, de forma que não afete o balanço, e de maneira impessoal, não por CPF, mas por número de processo.

Não há qualquer justificativa sustentável para se deixe de efetuar o devido registro contábil nos casos em que for recomendada a absorção de prejuízo ou na hipótese de o dano apresentar-se inferior ao valor de alçada. O julgamento das contas em sede de TCE, também nesses casos, é de privativa competência do Tribunal de Contas.

Não há fundamentos na afirmação de que, nos casos em que o prejuízo for inferior ao de alçada, não haverá julgamento da Corte de Contas e tampouco há pertinência no entendimento de que, pelo fato de haver recomendação de absorção de prejuízo pela comissão tomadora, não haverá como se proceder ao

registro. Na hipótese de recomendação de absorção de prejuízo, cabe aos órgãos de contabilidade adotarem as providências técnicas viabilizadoras do registro de maneira impessoal, de forma que, uma vez efetuado, se possa aguardar o julgamento da Corte de Contas, visando a efetuar os devidos ajustes. A recomendação de absorção de prejuízo é indicativa de que, por qualquer motivo, a comissão tomadora ficou impossibilitada de apontar responsáveis, quer pela ocorrência de um evento que exclui a responsabilidade civil, quer em razão do insucesso das investigações. Quaisquer dessas justificativas, porém, serão avaliadas pelo Controle Interno e pelo Órgão Julgador das contas, podendo este último e, não raramente assim ocorre, ter entendimento contrário, descaracterizando a circunstância escusável apontada pela comissão tomadora e indicando responsáveis, ou vice-versa.

Tratando-se de dano inferior ao valor de alçada, é importante esclarecer que, inobstante não seguirem individualmente os autos para julgamento das contas, ele não deixará de ocorrer. Acerca do tema o Tribunal de Contas do Distrito Federal manifestou-se no Processo nº 2.587/99-A, proferindo a Decisão nº 3.482/2000⁶¹.

Em verdade, a controvérsia quanto à obrigatoriedade do registro contábil dos débitos apurados em sede de TCE cujo prejuízo mostra-se inferior ao valor de alçada sequer existiria se fosse cuidadosamente observado o *caput* do art. 12 da Resolução nº 102/98-TCDF:

Nas tomadas de contas cujo valor de apuração seja inferior à quantia fixada conforme o § 2º do art. 9º da Lei Complementar nº 1/94, o órgão ou entidade deverá se utilizar de procedimentos sumários e econômicos de apuração de responsabilidade, assegurando, em qualquer hipótese, direito de ampla defesa e de contraditório aos envolvidos, sendo indispensáveis os elementos listados nos incisos XII e XIII do art. 3º. (destacou-se).

O inciso XIII, do art. 3º requer: *“pronunciamento do dirigente do órgão ou entidade onde ocorreu o fato, com a especificação das providências adotadas para resguardar o interesse público e evitar a repetição do ocorrido;”*

Para compreender melhor a exigência é importante que se faça uma análise das normas que tratam do assunto no Distrito Federal. O art. 10 da Lei Complementar nº 1/94 estabelece:

⁶¹ Anexo I da Ata da Sessão Ordinária nº 3.499, de 23.05.00.

Art. 10. Integrarão a tomada ou prestação de contas, *inclusive a tomada de contas especial*, dentre outros elementos estabelecidos no Regimento Interno, os seguintes:

I - relatório de gestão;

II - relatório do tomador de contas, quando couber;

III - relatório e certificado de auditoria, com o parecer do dirigente do órgão de controle interno, que consignará qualquer irregularidade ou ilegalidade constatada, *indicando as medidas adotadas para corrigir as faltas encontradas*, manifestando-se sobre a eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira, contábil e patrimonial;(…) (destacou-se).

É esse o único dispositivo legal que estabelece fórmula semelhante à consignada pelo inciso XIII, art. 3º. Como se vê, a regra tem como destinatário o dirigente do órgão de Controle Interno, e não o dirigente do órgão ou entidade onde ocorreu o fato motivador.

A manifestação do dirigente instaurador sobre o relatório da comissão tomadora decorre do Poder Hierárquico, dele sobre a dita comissão, entretanto, não há nada que o obrigue a se manifestar na forma consignada no supracitado inciso.

Por outro lado, nesse caso, bastaria um ato ordinatório emanado do Chefe do Poder Executivo - um Decreto - para obrigar a manifestação dos agentes subordinados na forma requisitada. Lamentável que ainda não tenham sido adotadas as providências nesse sentido, pois, o dispositivo sob análise é de importância singular para o autocontrole administrativo.

Tem dois objetivos. Primeiro o de permitir à autoridade instauradora que se manifeste nos autos, tendo em vista que foi ela que, baseada na lei, determinou o início das apurações (Poder Hierárquico). Assim, terá a oportunidade de consignar concordância ou não com as apurações, porém, sem alterar ou determinar que se altere a conclusão da comissão tomadora, que possui competência técnica em sede de TCE. Discordando o dirigente do encaminhamento dado pela comissão tomadora, deverá consignar o seu mediante justificativa. Não é recomendável, nesse caso, ainda que pareça possível, a instauração de novo procedimento.

O segundo objetivo, e o mais importante, diz respeito à autotutela. De posse das informações coletadas pela comissão tomadora, o dirigente deverá determinar as providências necessárias para corrigir as falhas e evitar a

reincidência. Observe-se que tal pronunciamento deverá ser objeto de análise do Controle Interno, assim como determina o inciso XIV, art. 3º da Resolução nº 102/98-TCDF.

Veja-se que o Tribunal de Contas do Distrito Federal, na vigência do art. 154, inciso XI, do Regimento Interno daquele órgão, cuja redação apresentava similaridade com o texto do inciso em comento, expressou o seguinte entendimento na Decisão nº 2437/1997:

(...) c) esclarecer à jurisdicionada que o pronunciamento do titular do órgão, previsto no art. 154, inciso XI, do RI/TCDF, deve tratar de caso concreto, apresentando concordância ou discordância quanto à conclusão da Comissão de Tomada de Contas Especial; (...) (destacou-se).

Também manifestou-se a egrégia Corte de Contas por meio da Decisão nº 1.536/1997: “ (...) b) *junte o pronunciamento conclusivo do dirigente do órgão, indicando as medidas de resguardo do patrimônio público que tiverem sido adotadas;* (...)”;

No *inciso XIV* requer-se juntar o Relatório de Auditoria emitido pelo órgão central do Sistema de Controle Interno do correspondente Poder, incluindo considerações acerca das providências referidas no inciso XIII.

A Constituição Federal, em seu art. 74, inciso IV, reza que incumbe ao Sistema de Controle Interno: “*IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.*”

A emissão do Relatório de Auditoria manifesta-se como uma das formas em que se deve apoiar essa assistência. No entanto, seu objetivo é bem mais nobre. Destina-se, primordialmente, ao autocontrole administrativo. O Relatório de Auditoria é instrumento indispensável no procedimento de TCE. Em diversas oportunidades o Tribunal de Contas do Distrito Federal requereu empenho do Órgão Central de Controle Interno do Poder Executivo na elaboração dessa peça (vide Decisão nº 2437/1997-TCDF).

De fato, por longo período o citado relatório não recebeu a importância devida por parte do Poder Executivo local. Entretanto, com a edição da Portaria-SEF nº 41, de 10 de fevereiro de 2000 foi criada uma unidade técnica no âmbito da extinta Subsecretaria de Auditoria⁶² (Gerência de Tomada de Contas Especial) com atribuições específicas de:

⁶² Órgão sucedido pela Controladoria, da Corregedoria-Geral do DF.

(...) examinar a adequada apuração dos fatos ensejadores de tomadas de contas especiais, pronunciando-se conclusiva e circunstancialmente acerca das contas analisadas, emitindo relatório e certificado de auditoria⁶³.

Assim, o Relatório de Auditoria passou a receber o adequado exame técnico, primando pelas recomendações que valorizem o autocontrole da Administração Pública. O enfoque de sua elaboração foi substancialmente alterado, com vistas a subsidiar a tomada de decisão do Secretário de Estado supervisor da área envolvida.

O instrumento, atualmente elaborado pelo corpo técnico da Controladoria, da Corregedoria-Geral do Distrito Federal, deve avaliar todas as circunstâncias dos autos, fazendo análise crítica do evento e do relatório emitido pela comissão de tomada de conta especial. À luz do princípio da verdade material, não pode se contentar com os autos. Se necessário, pois, deverá consignar o resultado de incursões porventura efetuadas junto às unidades de onde se originou o procedimento. Deve carrear a maior quantidade de provas possível, fundamentando sua conclusão.

A conclusão do Relatório de Auditoria - que tem independência técnica - deve apontar os indícios de irregularidades e de autoria, classificando o fato ensejador nos termos da lei, certificando a quantificação do dano constante dos autos, e manifestando-se independentemente da conclusão da comissão tomadora, porém levando-a em consideração como essencial instrumento de apuração dos fatos. A manifestação da autoridade superior deverá integrar os autos e, se for o caso, com a devida fundamentação de discordância.

Além disso, incumbe ao Controle Interno penetrar os contornos da responsabilidade para defini-la individual ou solidária. Foi nesse sentido, e à luz da manifestação do Ministério Público⁶⁴ que o Tribunal de Contas do Distrito Federal, por intermédio da Decisão nº 4.327/1997, resolveu:

II- determinar às inspetorias de Controle Externo que, nos processos de tomada de contas especial que versem ato danoso para cuja ocorrência concorra a participação culposa de mais de um agente, objetivando a definição da solidariedade da obrigação de indenizar o prejuízo, verifiquem a presença dos seguintes dados ou situações (...).

⁶³ Texto alterado pelo Decreto nº 23.602, de 12 de fevereiro de 2003.

⁶⁴ Recurso de Reconsideração no Processo nº 7.336/93-TCDF (Decisão nº 6.613/96).

O encaminhamento é autorizado pela Lei Complementar nº 01/94:

Art. 13- Verificada irregularidade nas contas, o Relator ou o Tribunal:

I - definirá a responsabilidade individual ou *solidária* pelo ato de gestão inquinado; (...)

Art. 17- As contas serão julgadas:

(...)

§ 2º - Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade *solidária*: (...) (destacou-se).

É importante que a avaliação do Controle Interno leve em conta os mesmos parâmetros utilizados pelo Controle Externo quando do julgamento das contas. Assim, recomenda-se que siga a regra estabelecida no art. 17 da Lei Complementar nº 01/94, pugnando pela regularidade, regularidade com ressalva ou irregularidade das contas, conforme segue:

Art. 17. As contas serão julgadas:

I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário.

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

a) omissão no dever de prestar contas;

b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

Entretanto, há de se observar que a aplicação do retrotranscrito artigo, na íntegra, no caso específico da TCE, não é uma unanimidade. O Tribunal de

Contas da União, em seu Manual de Instrução de Processos de TCE, aprovado pela Portaria nº 284-GP, de 27 de maio de 1998, prevê a possibilidade de julgamento, tão-somente, pela *irregularidade* ou *regularidade com ressalva*, deixando de referir-se à hipótese de *regularidade*. Já Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é um defensor da aplicação integral do citado artigo, pugnano pela possibilidade do julgamento nas três modalidades (regulares, regulares com ressalva e irregulares)⁶⁵, tese que, pela prática, se verifica mais verossímil, sendo adotada pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal.

Para aprofundar ainda mais o tema são necessárias algumas considerações. Em histórica apreciação do Tribunal de Contas do Distrito Federal, veio à tona a necessidade de uniformização dos julgamentos na hipótese de impossibilidade de identificação do responsável, pendente o dano. A instrução, diligentemente ressaltou a dualidade de posicionamentos, algumas vezes pela absorção de prejuízo; outras pela irregularidade, sem imputação de débito⁶⁶, o que - diga-se de passagem - tem o mesmo efeito prático para a sociedade: *o dano não será ressarcido*.

A questão, contudo, tem grande relevância jurídica. Mais uma vez recorra-se ao magistério de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes quando afirma que, diante do dano sem autoria identificada: *“não pode o julgamento ser pela regularidade, posto que as contas não ‘fecham’.* São irregulares, sem imputação de débito.” (destacou-se). Do que deixou expresso o Mestre, pode-se fazer a ilação de que, pelo fato de afastar a possibilidade de regularidade das contas e pugnar pela irregularidade (sem imputação de débito), usando a expressão *“as contas não fecham”* (demonstração contábil), parte do pressuposto de que as contas a serem julgadas são do órgão ou entidade. Nesse caso, subsistindo o dano, mantêm-se a irregularidade, porém, pela impossibilidade de identificação do responsável (pessoa física ou jurídica, pública ou privada, sujeita ao dever de prestar contas), diz-se *sem imputação de débito*. Logo, segundo esse juízo, ainda que - desde o início do procedimento tomador - tenham os trabalhos da comissão encaminhado para uma suposta autoria, indicando-a em seu relatório e, mesmo assim, forem discordantes dessa posição os Órgãos de Controle, diante da vulnerabilidade do nexos causal entre a conduta do suposto autor e o dano, e da impossibilidade de identificação do responsável; não poderá haver proposta de julgamento pela regularidade das contas do responsável inicialmente (atos) indicado pela comissão tomadora, uma vez que as contas que se julgam são da unidade e permanecem pendentes (*“não fecham”*), não do suposto causador do dano.

⁶⁵ Op. cit. p. 240/242 e 376/383.

⁶⁶ Processo nº 2.404/99-TCDF.

Em sentido diametralmente oposto, o Órgão Instrutivo do Tribunal de Contas do Distrito Federal manifestou-se:

(...) o entendimento de julgar contas irregulares, sem imputação de débito, *data máxima vênia*, mostra-se dissociado do texto legal, na medida em que pressupõe que o Tribunal de Contas julga variações patrimoniais ou demonstrações contábeis, quando deveria julgar atos de gestão praticados por pessoas, consubstanciados em suas contas (art. 1º da LC 01/94, com especial atenção para o disposto no seu § 1º)⁶⁷. (destaque no original).

Diligentemente o mencionado Órgão assevera:

Ora, se não há responsável, a rigor, não há débito a respaldar a irregularidade das contas, mas um prejuízo que deverá ser absorvido pela Administração Pública. O conceito de prejuízo e de débito são diferentes. Débito pressupõe a existência de responsável.” E acrescenta: “Quando houver prejuízo (ou irregularidade), mas este não puder ser atribuído a alguém, não há como se falar em débito. Tampouco pode-se falar em multa. Nestes casos, entendo que a conta *deve ser considerada encerrada, com quitação aos responsáveis, porque não ficou caracterizado serem eles os causadores do prejuízo ou da irregularidade, sendo autorizada a absorção do prejuízo pela Administração.*”. (destacou-se).

Embasando a tese acima suscitada, a Conselheira, Doutora Marli Vinhadeli, em voto proferido no Processo nº 1.349/95, esclarece:

... esse tipo de julgamento dado pelo Tribunal, embora fundamentado no art. 20, da LC 01/94, conflita com o nosso entendimento de que *só há falar-se em julgamento de contas somente de pessoas e não de fatos originados de TCEs, por causa de uma diminuição patrimonial. O Tribunal julga as contas de servidores e de responsáveis por bens e valores públicos e não os fatos decorrentes das diminuições patrimoniais objeto das TCEs.* Esse posicionamento tem por base o art. 3º, II, do RI/TCDF e o art. 1º, I, da LC 01/94, *os quais conferem ao Tribunal competência para julgar contas, apenas de pessoas, que tratam de bens e valores públicos.* Então, a nosso ver, no caso da TCE em questão, *se não houve imputação de valores, por ausência de culpa configurada, não há o que se falar em contas irregulares.* Em outros termos, porque as expressões “contas irregulares” e “condenação de responsáveis” estão intimamente ligadas, entendemos, por fim, que, numa TCE, as contas somente podem ser julgadas irregulares quando houver um débito e uma pessoa responsável pelos atos que o originaram ...”. (destacou-se).

⁶⁷ 1ª Inspeção de Controle Externo, Processo nº 2.404-TCDF (apenso nº 054.000.725/99).

A Ilustre Conselheira, com a mestria que lhe é peculiar, manifestou-se, também, no processo nº 2412/88:

Com a Constituição de 1988 e legislação infraconstitucional superveniente, os exames afetos ao julgamento das contas ampliou-se ainda mais, englobando os aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de gestão, assim entendidos os de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. 36. A partir de então, ousou dizer, ao exercer sua atribuição constitucional de julgar da regularidade *do que historicamente se convencionou chamar de contas, o Tribunal de Contas julga, em verdade, a gestão do administrador público, ou dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos*. Para tanto, leva em consideração não apenas a exatidão dos demonstrativos e documentos que formam os processos de Tomada ou Prestação de Contas, mas, principalmente, os resultados da fiscalização que lhe compete, quais sejam, auditorias e inspeções de natureza contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de gestão. (destacou-se).

Há de se admitir que a segunda tese referenciada tem maior consistência. De fato, o que se julga é a conduta, os atos inquinados do agente. Porém, é importante aclarar alguns pontos. Em verdade, não existe, na norma, palavra a que não se possa dar significado jurídico relevante. O art. 20 da Lei Complementar nº 01/94 enfatiza:

Art. 20. Quando julgar as contas irregulares, *havendo débito*, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida (...)

Parágrafo único. *Não havendo débito* mas comprovada qualquer ocorrências previstas nas alíneas a, b, c do inciso III, do art. 17, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso I do art. 57, desta Lei.

O art. 58 do mesmo diploma legal também ressalta: *“Art. 58. Nos casos de irregularidade ou ilegalidade constatados, sem imputação de débito, em que o Tribunal de Contas decidir pela dispensa de aplicação de multa deverão (...)”*.

Segundo De Plácido e Silva⁶⁸ há duas acepções para a palavra *débito*. A primeira de natureza ampla, correspondente a:

um dever de cumprir, resulte de qualquer obrigação jurídica, represente uma prestação material de dar, de fazer, ou mesmo de não fazer. *Estar em débito quer, pois, dizer, ter um compromisso ou uma obrigação a cumprir*. (destacou-se).

⁶⁸ *Apud* Anexo da Ata nº 3.572, Sessão Ordinária TCDF de 19.04.2001

A outra, de sentido estrito que quer dizer: “*toda soma ou dívida de dinheiro conseqüente de um empréstimo ou de uma compra a prazo.*”. Evidentemente, o que ficou expresso na LC nº 01/94 diz respeito ao sentido amplo, *uma obrigação de reparar, recompor em razão da diminuição*, o que pressupõe a existência de um dano subjacente e de um responsável identificado. O parágrafo único do retrocitado artigo, portanto, poderia ser lido da seguinte forma: *Não havendo obrigação de reparar, mas comprovada*: a) omissão no dever de prestar contas; b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, o Tribunal aplicará ao responsável a multa pertinente.

De pronto se constata que pode não haver obrigação de recompor, mesmo diante de: a) *omissão no dever de prestar contas*; b) *prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial*; c) *dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico*. Nas duas primeiras hipóteses, por que podem subsistir sem dano, e não havendo dano, não há obrigação de ressarcir, mas, mesmo assim, as contas serão julgadas irregulares - em que pese os posicionamentos contrários⁶⁹ - e será aplicada a multa legal.

No caso da alínea “c”, o dano é integrante do fato ensejador, todavia pode dissipar-se pelo adimplemento da obrigação (o pagamento) já na fase interna. Desse modo, a norma é hipotética: Não havendo débito (*obrigação de reparar*) - pois já houve quitação – ainda assim, diante da ocorrência de dano (*já reparado, afastando o débito*) ao erário pela prática de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, o Tribunal deverá aplicar a multa legal. Isso ocorre por que, no caso de instauração para apuração de responsabilidade civil, como elucida Osvaldo Cipriano da Silva Filho:

a reparação do dano, em qualquer fase do processo, não tem a faculdade de eximir (exonerar) o agente da ação lesiva praticada (...) o julgamento não é do efeito causado (o dano) pela ação do servidor público, mas da causa, que recai sobre a pessoa do agente público. Afinal, como sujeito da ação, responderá por ela e sofrerá as conseqüências do julgamento⁷⁰.

⁶⁹ Decisão nº 110/95-TCU, 2ª Câmara, Rel. Min. Iram Saraiva

⁷⁰ SILVA FILHO, Osvaldo Cipriano da. Tomada de Contas Especial Responsabilidade Civil e Julgamento das Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, v. 25 t. 1, 1999. p. 115

Se, de outra forma, o débito (*obrigação de reparar*) permanecer pendente, e nos exatos termos do art. 17 da Lei Complementar nº 01/94, forem julgadas irregulares as contas (conduta), obviamente, o Tribunal deverá determinar que o responsável efetue a reparação.

São por esses motivos, e não por outros, que não há de se falar em *“julgamento pela irregularidade, sem imputação de débito”*, no caso de não identificados os autores. A palavra *débito*, grafada tanto no art. 20, como no art. 58 da Lei Complementar nº 1/94, ressalte-se, dá idéia de obrigação de reparar, e não de dano que justificaria o julgamento pela irregularidade e manteria as contas em aberto (*“não fecham”*). Se por qualquer motivo essa hipótese ocorre (não identificação dos responsáveis), não há de se falar em irregularidade de contas (conduta) de quem quer que seja, pois, como já assentado, não há responsável identificado.

Para não deixar dúvidas, *“imputação”* grafada no art. 58 da norma citada significa: *“o ato pelo qual se declara que alguém, como autor ou causador de uma ação, como efeito, de que é causa, deve responder pelas conseqüências da mesma ação.”* Indica: *“simplesmente a relação do ato (efeito) com a pessoa ou agente, como causa”*⁷¹. Ademais, a palavra *“irregularidade”* ali posta não tem relação alguma com o *julgamento pela irregularidade das contas* do art. 17. Assim, o dispositivo poderia ser lido: *Nos caso de irregularidade ou ilegalidade constatados, sem imputação de débito (vinculação do agente com a obrigação de reparar) em que o Tribunal de Contas decidir pela dispensa de aplicação de multa deverão os respectivos votos ser publicados juntamente com a ata da sessão em que se der o julgamento.*

Por todo o exposto, não há previsão legal que autorize se falar em *julgamento pela irregularidade, sem imputação de débito*. Pode-se se dizer, nesse caso, que o dano será absorvido pela Administração Pública e encerrada a TCE, dando-se quitação ao responsável.

No entanto, resolvida essa questão, surge uma outra. O simples encerramento das contas com quitação ao responsável não foi previsto no rol *numerus clausus* do art. 17 da Lei Complementar nº 1/94, como *forma de julgamento*, para exercício da competência privativa da Corte de Contas e, tampouco, aplica-se à hipótese aventada no art. 21 da norma (contas ilíquidáveis).

De toda forma é possível reduzir as incertezas. Se, porventura, a comissão tomadora - na fase interna - indica responsáveis e o que se julga são as contas

⁷¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 14ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 418.

(conduta) desses responsáveis, nada mais equívoco que o Controle Interno, dissociando o nexo de causalidade dessas condutas, e apoiado no art. 17 da LC nº 1/94, pugnar pela *regularidade das mesmas* e, se, na sua análise, não estabelecer novas responsabilidades, recomendar a *absorção do prejuízo*. Se por outro lado, o Controle Interno estabelece novas responsabilidades, o encaminhamento deve ser pela irregularidade das contas (condutas) dos novos indicados, à exceção de serem eles particulares sem vínculo com a Administração Pública, não jungidos ao dever de prestar contas, conjuntura que, estritamente, levaria à recomendação de encerramento, na forma do art. 12, § 1º da Resolução nº 102/98-TCDF, como será visto. Caso não haja responsáveis indicados pela comissão tomadora, o Controle Interno poderá apontá-los, recomendando a irregularidade de suas contas. Se a comissão tomadora não indicar responsáveis e o Controle Interno ratificar essa impossibilidade, a recomendação deve ser pelo encerramento da tomada de contas, com absorção do dano pelo erário. Em todos os casos, obviamente, caberá ao Tribunal de Contas, julgar nos estritos termos da lei.

O inciso XVI, do art. 3º requer ainda o pronunciamento expresso e indelegável do Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou do Secretário de Estado supervisor da área sobre as contas e os Relatório e Certificado emitidos pelo Controle Interno, atestando haver tomado conhecimento das conclusões neles contidas.

Decorre de mandamento consignado na Lei Complementar nº 01/94, art. 10, IV c/c art. 51, que determina, respectivamente:

- art. 10. Integração a tomada ou prestação de contas, inclusive a tomada de contas especial (...)

IV – pronunciamento do Secretário de Estado supervisor da área ou da autoridade de nível hierárquico equivalente, na forma do art. 51 desta Lei;

- art. 51 – O Secretário de Estado supervisor da área ou a autoridade de nível hierárquico equivalente emitirá, sobre as contas e o parecer do controle interno, expresso e indelegável pronunciamento, no qual atestará haver tomado conhecimento das conclusões nele contidas.

Neste ponto é essencial recorrer ao magistério de Hely Lopes Meirelles para enfatizar que:

Supervisão não é subordinação, pois que esta decorre do poder hierárquico e aquela resulta do sistema legal imposto às autarquias e entidades paraestatais, sujeitas, apenas, ao controle finalístico da Administração que as institui. A

subordinação admite o controle pleno do órgão superior sobre o inferior; a supervisão é limitada aos aspectos que a lei indica, para não suprimir a autonomia administrativa e financeira das entidades vinculadas à Administração central⁷².

Logo, não há dúvidas de que o dispositivo fez referência a todos os Secretários de Estado, pois toda unidade da administração indireta, autárquica e fundacional possui vínculo - por supervisão - a uma Secretaria de Estado.

O Tribunal de Contas do Distrito Federal, examinando situação particular da Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar, e tendo em vista as sucessivas negativas do então Secretário de Segurança Pública em pronunciarse nas tomadas de contas especiais oriundas dessas unidades - sob o argumento de que elas gozavam de autonomia administrativa e financeira - deixou consignado por meio da Decisão nº 7.794/2000:

(...) III. dar à Polícia Civil, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militar ciência de que, à luz do disposto no art. 20 do Decreto nº 21.170/2000 e no art. 1º do Decreto nº 21.607/2000, incumbe ao Secretário de Segurança Pública emitir o pronunciamento previsto nos arts. 10, IV, e 51 da Lei Complementar nº 01/94, em relação às tomadas de contas anuais e às tomadas de contas especiais originárias daquelas unidades.

IX - Da comissão de tomada de contas especial

Saliente-se, inicialmente, que o ato que designar a comissão tomadora é ato de investidura administrativa, o qual impõe encargos e determinadas prerrogativas aos agentes incumbidos da apuração em sede de TCE⁷³. Dessa forma, assim como incumbe ao Administrador observar os requisitos para designação dos membros da comissão tomadora, levando em conta o grau de complexidade do assunto em apuração; aos membros designados formalmente incumbe o dever de realizar os trabalhos de maneira eficaz, observando a legislação pertinente, sem facultar-lhes a recusa do encargo sob argumentos que não evidenciem os impedimentos normativos ou caracterizem a suspeição. Na análise dos impedimentos e suspeições, o Mestre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁷⁴ orienta quanto à utilização subsidiária dos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.

⁷² Op. cit. p. 576/577

⁷³ Parecer MP/Tribunal de Contas do Distrito Federal nº 908/95, Dra. Cláudia Fernanda de Oliveira.

⁷⁴ Op. cit. p. 218.

É importante enfatizar que o encargo inerente à investidura dos membros da comissão tomadora não se encerra com a apresentação do relatório. Isso porque não cabe à autoridade instauradora o julgamento, mas sim ao Tribunal de Contas. O procedimento instaurado receberá inicialmente o crivo do Órgão de Controle Interno que, verificando a existência de falhas na instrução processual ou qualquer irregularidade, poderá remetê-lo ao órgão para que, sob a supervisão da comissão tomadora, sejam adotadas as medidas necessárias ao saneamento. À luz dessa orientação e principalmente tendo em vista que a substituição dos membros integrantes da comissão tomadora pode acarretar prejuízos ao eficaz andamento das apurações, é que a autoridade responsável pela designação deve enxergar as solicitações de afastamento com a adequada cautela, verificando se a fundamentação é pertinente e razoável e se não protelar o encaminhamento ordinário do procedimento. Também a Corte de Contas poderá, compreendendo necessário, remeter o procedimento ao órgão para que, por intermédio da comissão, sejam saneados os autos.

1) Composição das Comissões de Tomada de Contas Especial.

Quanto à indicação dos membros para compor a comissão tomadora, é importante enfatizar que a autoridade deve fazê-lo observando, necessariamente, as habilidades técnicas dos servidores. Infelizmente essa não tem sido a regra. Muitas indicações, além de não observarem essa premissa, acabam se pautando em critérios meramente subjetivos. Nesse caso, o prejuízo para a Administração Pública torna-se ainda maior. Os processos se arrastam e atos protelatórios tornam antieconômicas as apurações.

Para minimizar os problemas, em diversas oportunidades a extinta Subsecretaria de Auditoria-SEFP, manifestou-se recomendando a designação de comissões permanentes de tomadas de contas especiais multiprofissionais⁷⁵. Tal iniciativa, adequadamente calculado o custo/benefício, em muito tem contribuído para a qualidade dos trabalhos das comissões que, além de passarem a contar com o tempo necessário para a especialização dos seus membros, acabam por acumular experiências na função e organizar razoavelmente suas rotinas de trabalho.

Há de se ressaltar a vigência e eficácia da Lei nº 981/95, a qual determina a obrigatoriedade de participação, na composição das comissões de sindicância, inquérito administrativo e TCE da administração direta, autárquica, fundacional, empresas públicas e sociedades de economia mista, de, no mínimo, um servidor de carreira do órgão para membro efetivo, como representante do corpo funcional.

⁷⁵ Parecer nº 008/2000-DITEC/SUAUD.

Além disso, o art. 4º da Resolução nº 102/98-TCDF determina que a comissão de TCE deve ser composta de servidores estranhos ao setor onde ocorreu o fato motivador, podendo a escolha recair sobre servidores de outros órgãos e entidades.

O citado dispositivo intenciona evitar interferências daqueles que tenham interesse direto nas apurações. Faculta a participação de servidores de outros órgãos e entidades, dando maior flexibilidade à escolha dos membros integrantes, ainda que, na prática, essa regra seja de difícil operacionalização. A regra destina-se basicamente às unidades que não possuem comissão permanente de TCE.

Em matéria de impedimentos e suspeições, é importante que se observe os artigos 18 a 20 da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e que foi recepcionada no Distrito Federal por meio da Lei n.º 2.834 de 7 de dezembro de 2001.

Além disso, os §§ 1º e 2º do art. 4º da Resolução n.º/98-TCDF estabelecem:

§ 1º Se o responsável for Secretário de Estado ou dirigente de entidade da administração indireta, incluídas as fundações, a designação da comissão será feita, respectivamente, pelo Governador do Distrito Federal ou pelo Secretário a cuja supervisão estiver vinculada a entidade.

§ 2º No caso de as apurações procedidas pela comissão levarem à responsabilidade a autoridade que a constituiu, nova comissão deverá ser designada, no prazo de 5 (cinco) dias, pela autoridade de nível hierárquico imediatamente superior ao do responsabilizado, dispensando-se o pronunciamento previsto no inciso XIII do art. 3º, se o responsabilizado for dirigente de órgão ou entidade.

As fórmulas descritas nos mencionados parágrafos objetivam proporcionar independência e imparcialidade nas apurações levadas a cabo pela comissão tomadora.

Assim, havendo indícios da responsabilidade de Secretário de Estado ou dirigente de entidade da administração indireta, incluídas as fundações, a designação da comissão ficará a cargo do Governador do Distrito Federal e do Secretário supervisor, respectivamente. É importante lembrar que as Administrações Regionais encontram-se, atualmente, vinculadas à Secretaria de Estado de Coordenação das Administrações Regionais. Assim, havendo indícios de que a irregularidade ensejadora tenha sido praticada pelo

Administrador Regional, a comissão deverá ser designada pelo Secretário de Estado supervisor.

O segundo parágrafo é de difícil aplicação prática, ainda mais que ficou sob a responsabilidade exclusiva da comissão tomadora prover as medidas necessárias no sentido de tornar exequível a regra, segundo art. 5º, inciso VI da Resolução nº 102/98-TCDF: “VI - adotar as providências necessárias ao cumprimento do disposto no § 2º do art. 4º, caso ocorra a situação ali prevista.”

2) Das competências da comissão tomadora.

Não há, em nível do Poder Executivo local, norma que trate das competências das comissões de tomada de contas especial. Segundo o art. 5º da Resolução nº 102/98-TCDF⁷⁶ cabe à comissão tomadora promover todos os atos necessários ao bom andamento da TCE. Referenciaremos os mais relevantes: a) “I - levantar ou fazer levantar o valor do prejuízo;”

Como já foi esclarecido, o dano é essencial requisito caracterizador da responsabilidade civil. A liquidação adequada do valor a ressarcir, quando for o caso, é primordial para o regular andamento do procedimento tomador. A comissão tomadora deve ser precisa e objetiva na definição do valor do prejuízo causado à Administração Pública. Não é necessário, entretanto, que sejam seus membros os elaboradores dos cálculos, podendo a comissão requerer que outro servidor ou setor o faça, desde que, é claro, não sejam eles envolvidos. O demonstrativo financeiro do débito em apuração é exigência do inciso VI, art. 3º, da Resolução nº 102/98-TCDF, como visto anteriormente.

Importante ponto a ressaltar diz respeito à hipótese de o fato ensejador referir-se ao desaparecimento de bens. Nesse caso, a Resolução nº 102/98, em seu art. 3º, estabelece fórmula para fixação do montante a ressarcir, ressaltando que o débito objeto de indenização pecuniária será fixado com base no valor de mercado do bem, levando-se em conta o tempo de uso e o estado de conservação e, na impossibilidade de se indicar o valor de mercado do bem desaparecido, por motivo devidamente justificado, o débito será determinado pelo valor de bem similar que permita cumprir as funções do material ou equipamento objeto da apuração.

A norma faculta, ainda, em caráter de exceção, a fixação do valor a ressarcir com base em bem similar, que cumpra as funções do bem desaparecido.

⁷⁶ “Art. 5º Cabe à comissão de tomada de contas especial promover todos os atos necessários ao bom andamento do processo, sobretudo:”

Isso por que existem determinados bens que, seja em razão da época de fabricação, seja pela singularidade de suas próprias características, sequer são encontrados no mercado de usados, dificultando o estabelecimento de paradigmas. Não se deve perder de vista, porém, que o parâmetro utilizado deve estar dos limites da razoabilidade. Não haveria sentido, por exemplo, em fixar o valor de uma máquina de escrever manual antiga, com base no preço de uma elétrica de última geração. Tratar-se-ia de locupletamento ilícito. A regra do “*tempo de uso*” e do “*estado de conservação*” deve ser perseguida em qualquer hipótese.

Observe-se que, não raramente, alguns menos afeiçoados à sistemática que envolve o tema, pretendem fixar o valor de mercado com base no valor residual contábil expresso nos registros dessa natureza. Esse procedimento deve ser de todo rechaçado. Não há nenhum sentido, por exemplo, em se considerar que um valor de R\$ 0,01 (um centavo), normalmente consignado nos registros de controle, representa ponto de partida para determinar o prejuízo.

Destaque-se, ainda, que o § 1º do art. 3º da Resolução nº 102/98-TCDF estabelece que “(...) A Administração deve determinar, preferencialmente, a reposição do bem, em lugar do simples ressarcimento de seu valor.”. É a mais adequada expressão do reestabelecimento do *statu quo ante*, de maneira que as atividades da Administração Pública não sejam inviabilizadas pelo desaparecimento dos equipamentos e materiais que utiliza.

b) “*III - coligir as provas necessárias à comprovação dos fatos, bem como realizar diligência no sentido de proporcionar os elementos de convicção indispensáveis à atribuição de responsabilidade;*”

Como assevera Couture, *in* Fundamentos del Derecho Procesal Civil: “*provar é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação*”⁷⁷. O objetivo da prova, portanto, é formar convicção acerca dos fatos apurados. Seu destinatário, em última análise, é a Corte julgadora das contas, no caso, o Tribunal de Contas do Distrito Federal.

O ônus da prova daquilo que se alega em sede de TCE é da Administração Pública, incumbindo aos envolvidos direcionar suas argumentações, já na fase interna - pois aqui não há litígio - para provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da Administração Pública, em consonância com o art. 333 do Código de Processo Civil, subsidiariamente utilizado em TCE⁷⁸.

⁷⁷ *Apud* JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. 26ª ed. Rio de Janeiro : Revista Forense, 1999. p. 416

⁷⁸ Súmulas TCU nº 103 e 145.

c) “IV - expedir aviso ao responsável, no sentido de verificar deste o interesse em apresentar defesa ou ressarcir os prejuízos;”

Desde já deve-se ponderar que, ainda que algumas correntes doutrinárias sustentem entendimento diverso - a rigor - não há de se falar em defesa no procedimento de TCE (fase interna). Tal compreensão não afronta o inciso IV, art. 5º da Constituição Federal, pois, aqui, como já foi dito, não há acusados, não há litígio, não há processo. Também na seara da sindicância administrativa o equívoco foi cometido e criticado pelo Mestre Hely Lopes Meirelles:

sindicância administrativa é o meio sumário de elucidação de irregularidades (...). Dispensa defesa do sindicado (...) por se tratar de simples expediente de verificação de irregularidade, e não de base para punição, equiparável ao inquérito policial em relação à ação penal. (...) *Entretanto, a sindicância tem sido desvirtuada e promovida como instrumento de punição de pequenas faltas de servidores, caso em que deverá haver oportunidade de defesa para validade da sanção aplicada*⁷⁹.” (destacou-se).

A comparação com o inquérito policial também se aplica à TCE, pois como se sabe, o inquérito é mero procedimento administrativo que objetiva a coleta de provas para consubstanciar as informações do fato infringente e de sua autoria, não existindo nele acusação, mas devendo ser observados os direitos fundamentais do acusado.

A TCE, na fase interna, também, sequer enseja aplicação de quaisquer sanções, portanto, não suscita ampla defesa, entretanto, o contraditório, meio que a possibilita, deve ser estabelecido.

O ressarcimento do dano, quando integrante do fato ensejador, provoca a perda do objeto da TCE, portanto, deve-se, desde o início, informar ao responsável acerca desse efeito. Ressalte-se que não há óbice legal para que o dano seja ressarcido por terceiro, que poderá sub-rogar-se nos direitos do credor. À Administração importa ver-se ressarcida.

3) Providências supervenientes aos trabalhos da comissão tomadora.

Para evitar erros na tramitação dos autos, propõe-se que a própria comissão designada recomende os procedimentos posteriores adequados, em razão das particularidades de cada apuração.

⁷⁹ Op. cit. p. 598

Primeiro, os autos devem ser remetidos à apreciação da autoridade instauradora para pronunciamento na forma do inciso XII, art. 3º da Resolução nº 102/98-TCDF. Após, deve-se observar o art. 6º da norma, procedendo-se aos registros contábeis e patrimoniais.

Acerca do registro contábil já foi feito o apropriado comentário. Quando ao registro patrimonial, é exigência das normas visando ao adequado controle patrimonial. Assim, se por exemplo desaparece um bem, dever-se-á providenciar a respectiva baixa. Se ocorrer reposição far-se-á a incorporação. Ressalte que o registro patrimonial regula-se na forma do Decreto nº 16.109/94. A requisição formal também é necessária no caso do registro patrimonial.

Seqüencialmente, o art. 7º da citada Resolução requer o encaminhamento dos autos, à exceção da Câmara Legislativa do Distrito Federal e das Secretarias de Estado, ao dirigente do órgão ou entidade para a emissão do pronunciamento previsto no inciso XIII do art. 3º, e posteriormente enviados ao órgão central do Sistema de Controle Interno do correspondente Poder.

Mais uma vez vem a lume a controvérsia acerca da obrigatoriedade do pronunciamento previsto no inciso XIII, art. 3º da Resolução nº 102/98-TCDF. Desta feita, a própria norma tratou de excluir a exigência do dito pronunciamento, nos casos em que o fato ensejador ocorrer na Câmara Legislativa do Distrito Federal e nas Secretarias de Estado.

Em verdade, para o bem do autocontrole, adequado seria que a regra não excluísse o pronunciamento com a especificação das providências adotadas para resguardar o interesse público e evitar a repetição do ocorrido. Entretanto, não há como entender o dispositivo de outra forma, mesmo porque, como já esclarecido, compreendemos que não há amparo legal para a exigência. Ressalte-se, ainda, que, diante da literal interpretação do dispositivo, fica prejudicada o pronunciamento do Órgão de Controle Interno nos moldes do inciso XVI, art. 3º da Resolução nº 102/98-TCDF, vez que não constarão dos autos, nesse caso, *as providências para resguardar o interesse público e evitar a repetição do ocorrido*.

Como se pode verificar, o Tribunal de Contas da União, na Instrução Normativa nº 13/96, que dispõe sobre a instauração e organização de processos de TCE, não fez a exigência nos mesmos moldes da Resolução nº 102/98-TCDF, preferindo requerer tão-somente o pronunciamento do Ministro de Estado supervisor da área ou autoridade de nível hierárquico equivalente, na forma do art. 52 da Lei nº 8.443/92, semelhantemente ao especificado no inciso XVI, art. 3º da Resolução nº 102/98-TCDF.

O art. 8º da Resolução nº 102/98-TCDF arremata sobre o trâmite seguinte, exigindo a remessa dos autos aos órgãos centrais dos Sistemas de Controle Interno dos Poderes Legislativo e Executivo no prazo de até 90 (noventa) dias, contados da data de sua instauração. Esse é o prazo para que a comissão tomadora finde as apurações sob sua responsabilidade, já incluindo os procedimentos complementares relativos ao pronunciamento da autoridade instauradora, registro contábil e registro patrimonial. O descumprimento do citado prazo sujeita os responsáveis às penalidades legais, conforme artigos 55 a 57 da Lei Complementar nº 01/94.

X - Das responsabilidades atinentes ao Controle Interno

A matéria encontra-se disciplinada pelos artigos 9º e 10 da Resolução nº 102/98-TCDF.

Ao examinar o procedimento tomador incumbe ao Controle Interno verificar a existência de falhas de natureza formal ou material e irregularidades que dificultem ou impeçam a análise e a emissão de juízo de valor acerca dos fatos. Assim, pode Órgão Central de Controle Interno encaminhar os autos ao órgão de origem solicitando esclarecimentos e, se for o caso, anexação de documentos.

A diligência é procedimento de exceção, devendo ser adotado nas estritas hipóteses em que não for possível obter fidedignamente, por outros meios, as informações necessárias à emissão do relatório de auditoria.

Ressalte-se que, por força da Lei nº 3.105, de 27 de dezembro de 2002 c/c o Decreto nº 23.602, de 12 de fevereiro incumbe à Corregedoria-Geral do Distrito Federal, por meio de sua Controladoria, o exame e a certificação das tomadas de contas especiais instauradas no âmbito do Poder Executivo local.

Cabe, atualmente, à Gerência de TCE, segundo o inciso IV, art. 19 do supracitado Decreto: “(...) *propor prazo para o cumprimento de diligência;*”. Tal prazo, porém, deve ser de até 20 (vinte) dias.

A Resolução nº 102/98-TCDF foi omissa quanto à possibilidade de prorrogação do prazo concedido pelo Controle Interno, entretanto, parece que entendimento diverso pugnaria pela ineficácia do procedimento, haja vista que, não são raras as ocasiões em que esse prazo torna-se exíguo para o saneamento adequado dos autos. Infelizmente, ainda são acentuadas as falhas formais e de conteúdo no procedimento tomador.

Por outro lado, compreender que a prorrogação somente ficaria a cargo da Corregedoria-Geral do Distrito Federal quando contida no lapso temporal de vinte dias, cabendo ao Controle Externo manifestar-se em relação a prazos superiores, é retornar a épocas em que grande parte das manifestações do Tribunal de Contas do Distrito Federal referia-se não a julgamento de contas, mas à apreciação de pedidos de prorrogação de prazos. A responsabilidade que o dispositivo requer do Órgão de Controle Interno não pode se limitar ao prazo de vinte dias, sob pena de dificultar sobremaneira o controle dos prazos concedidos e tornar ineficaz a própria norma que, se de um lado concederia a prerrogativa de concessão do prazo de diligência, do outro, simplesmente a excluiria, transmitindo a decisão para outra esfera.

O próprio Tribunal de Contas do Distrito Federal, por meio da Decisão nº 1.760/98, determinou, referindo-se à Lei nº 830/94:

b) por força da Lei mencionada no item anterior, *estabeleça coordenação do ciclo de controle interno, assinando prazo para as entidades do Complexo Administrativo do Distrito Federal quanto ao atendimento das diligências formuladas* por esta Pasta decorrentes da análise de tomada de contas especial, *solicitando a esta Corte, se for o caso, prorrogação do prazo* expresso no artigo 158 do RI/TCDF, aprovado pela Resolução nº 38/90. (destacou-se).

Logo, a interpretação mais adequada da norma - uma vez que se pretendesse vedar a prorrogação, expressamente o faria, assim como se deu no § 3º, art. 1º da Resolução nº 102/98 - é de que a Corregedoria-Geral do Distrito Federal deverá, nesse particular, coordenar o ciclo de controle interno e, à luz da análise do caso concreto, conceder prorrogações, comunicando as circunstâncias ao Tribunal de Contas a cada concessão, que se manifestará na hipótese de entender impertinente o procedimento.

Aliás, a Decisão nº 5.662/2001 do Tribunal de Contas do Distrito Federal, em pedido de prorrogação de prazo formulado pelo Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal para cumprimento de diligência encaminhada pela extinta Subsecretaria de Auditoria, asseverou:

(...) II- não conhecer do pedido de prorrogação de prazo formulado pelo Ofício nº 161/2001-CBMDF/EMG e anexo; III- esclarecer à jurisdicionada que compete ao Controle Interno decidir sobre a prorrogação de prazo por ele assinado para o cumprimento de diligência, nos termos do art. 10 e parágrafo único da Resolução nº 102/98 (...)

Saliente-se que o prazo determinado pelo art. 9º da Resolução nº 102/98 (trinta dias para exame do Controle Interno) ficará suspenso pelo período em

que o processo estiver baixado em diligência, inclusive durante o prazo relativo às prorrogações eventualmente concedidas. Nesse momento cabe obtemperar que o termo “*suspensão*”, contrapondo-se à expressão “*interrupção*”, implica a paralisação momentânea do prazo, voltando ele a fluir normalmente a contar do instante em que foi sobrestado. Logo, se o prazo para exame do Controle Interno é de trinta dias, e ele passou dez dias com o processo, baixando-o em diligência nesse momento, o prazo será suspenso pelo período em que estiver na unidade de origem, restando apenas vinte dias para exame, quando retornar à Controladoria-Geral do Distrito Federal.

O “*Analista de Controle Interno*”⁸⁰ responsável pela elaboração do Relatório de Auditoria, antes de baixar os autos em diligência, deverá verificar todas as necessidades de saneamento de forma a evitar a renovação das solicitações.

A peça de diligência deve ser dirigida ao órgão de origem e montada de maneira a facilitar o entendimento da comissão tomadora, a quem incumbe diretamente prestar os esclarecimentos solicitados ou coordenar os procedimentos visando ao atendimento.

Após o saneamento adequado dos autos, o Órgão de Controle Interno do Poder Executivo do Distrito Federal deverá remetê-lo ao Secretário de Estado supervisor da área para o pronunciamento de que trata o art. 3º, XVI da Resolução nº 102/98-TCDF, em obediência ao art. 11 da norma.

XI - Do valor de alçada

O art. 12 da Resolução nº 102/98-TCDF estabelece que, nas tomadas de contas cujo valor de apuração seja inferior à quantia fixada conforme o § 2º do art. 9º da Lei Complementar nº 01/94, o órgão ou entidade deverá se utilizar de procedimentos sumários e econômicos de apuração de responsabilidade, assegurando, em qualquer hipótese, direito de ampla defesa e de contraditório aos envolvidos, sendo indispensáveis os elementos listados nos incisos XII e XIII do art. 3º daquela Resolução.

Trata-se de mecanismo que utiliza o chamado valor de alçada, qual seja, o montante definido pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, a cada ano civil, cuja expressão monetária serve de parâmetro comparativo para elaboração de TCE sob a forma simplificada.

⁸⁰ Analistas de Finanças e Controle

Assim, se o valor estimativo ou real do dano for inferior ao valor de alçada, a TCE não seguirá a tramitação ordinária. Aos autos não se aplicarão as regras fixadas pelo artigo 8º a 11 da Resolução nº 102/98-TCDF, por força do art. 14 da norma:

Logo, nos procedimentos de TCE cuja finalidade imediata - pois a mediata é o autocontrole - for a apuração de responsabilidade civil, ficando assentado que o dano subjacente é inferior ao valor de alçada; os autos não deverão ser remetidos ao Controle Interno para emissão de Relatório e Certificado de auditoria e tampouco ao Controle Externo para julgamento ordinário. Observe-se, pois, que - nesse caso - os autos não serão remetidos à Corregedoria-Geral do Distrito Federal para emissão do competente Relatório e Certificado de Auditoria. Saliente-se, entretanto que, no caso da Administração Direta, devem ser normalmente encaminhados à Subsecretaria de Finanças da Secretaria de Fazenda, para que sejam efetivados os registros contábeis e patrimoniais necessários. Aliás, não caberia diverso entendimento, posto que a própria norma, em seu art. 12, parte final, assim o exigiu: “*sendo indispensáveis os elementos listados nos incisos XII e XIII do art. 3º.*” Embora o dispositivo tenha deixado de referir-se ao registro patrimonial, ele também é obrigatório e será efetuado, no caso da Administração Direta, também pela Subsecretaria de Finanças-SEF.

Aqui, exsurge uns dos maiores avanços introduzidos pela Resolução nº 102/98-TCDF. Muitas polêmicas vieram à tona em decorrência desse dispositivo. Mais em razão da compreensão limitada dos princípios que devem nortear o procedimento de TCE, do que propriamente da inovação.

Ressalte-se que esse encaminhamento visa a proporcionar uma apuração mais célebre e menos onerosa para a Administração Pública, sem contudo dispensar a instauração do procedimento tomador. Primordial é levar em conta, neste momento, dois importantes princípios aplicáveis, aos quais já se fez alusão com maiores detalhes. O Princípio da Economicidade e do Informalismo Moderado. Outrossim, é necessário fazer menção ao Princípio da Eficiência⁸¹.

Não há sentido em promover apurações em sede de TCE, movimentando diversos recursos materiais e humanos, cujo custo se revele superior ao próprio dano. Foi nessa vertente que a norma trouxe duas providências: ampliou o valor de alçada para encaminhamento ordinário das contas⁸² e tratou de flexibilizar os procedimentos para as tomadas de contas especiais de dano inferior ao valor de alçada.

⁸¹ vide art. 37, *caput* da CF/88.

⁸² Vide Emenda Regimental nº 01/98 e Resolução nº 126, de 22.04.2001.

Diante disso, dúvidas surgiram quanto à competência para julgamento das contas; quanto à forma de proceder no âmbito da Administração e quanto à eficácia do encaminhamento.

1) Competência para Julgamento.

A competência para julgamento das contas é privativa do Tribunal de Contas, conforme determina a Constituição Federal em seu art. 71, II, c/c art. 75. Não há delegação. O julgamento existirá em qualquer hipótese, por determinação expressa do parágrafo 3º, art. 9º da Lei Complementar nº 01/94, sendo efetuado em conjunto com a prestação ou tomada de contas anual, ainda que, nesse caso, deva o Tribunal observar o consignado no art. 85 da mesma lei, ou seja, à título de racionalização administrativa e economia processual, e com o objetivo de evitar que o custo da cobrança seja superior ao valor do ressarcimento, o Tribunal poderá determinar, desde logo, o arquivamento do processo, sem cancelamento do débito, a cujo pagamento continuará obrigado o devedor, para que lhe possa ser dada quitação. Logo se vê que, pendente o débito, não se referirá o julgamento ao mérito, uma vez que não poderá o Tribunal, com base em mero demonstrativo, julgar a irregularidade das contas, haja vista que, na hipótese, não haveria como observar as formalidades necessárias e inerentes ao devido processo legal. Haverá, então, arquivamento dos autos sem julgamento de mérito. A propósito, o Tribunal de Contas da União foi mais feliz ao fixar essa regra expressamente no art. 6º, § 1º da Instrução Normativa nº 13/96.

Por outro lado, ocorrendo quitação, e somente nesse caso, poderá o julgamento ser pela regularidade, agora, com base no demonstrativo de que trata o art. 14. Esse é o entendimento expresso no Processo nº 2587/99-A pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal.

2) Forma de proceder no âmbito da Administração.

Como já foi expresso, o julgamento das contas é de competência privativa do Tribunal de Contas. Assim, não cabe ao dirigente, tampouco à comissão tomadora pretender efetuar-lo.

De posse da conclusão da comissão, o dirigente deve acionar os setores competentes para que se efetive a cobrança administrativa do dano, notificando o responsável indicado, a quem - segundo a norma - deve ser garantido o direito de contraditório e ampla defesa, a ser exercido perante a própria comissão tomadora, ou, se for o caso, junto à autoridade instauradora⁸³. Por se tratar de

⁸³ Vide Decisão nº 2.859/2000-TCDF.

procedimento e não de processo, a observância de tal direito, na fase interna, visa a garantir uma apuração detalhada, tendente à composição amigável, e não propriamente a um encaminhamento formal para julgamento futuro, pois, a instância adequada para essa franquia é o Tribunal de Contas do Distrito Federal. Além disso, tem a intenção de evitar a condução arbitrária e ilegal dos procedimentos apuratórios, sem contudo, modificar a natureza de mero procedimento da fase interna da TCE. Assim, os dirigentes não tem competência para determinar, por exemplo, desconto em folha de pagamento, sem consentimento prévio do servidor ou empregado (Decisão nº 3.482/99-TCDF).

Assim, incumbe - inicialmente - ao próprio órgão ou entidade buscar reaver o dano junto ao responsabilizado, fazendo constar no demonstrativo de que trata o art. 14, em qualquer hipótese, os procedimentos levados a efeito, havendo ou não sucesso na investida. Feito isso e não se obtendo o ressarcimento, a unidade deverá encaminhar os autos ao órgão jurídico competente, para que, avaliando as circunstâncias, possa verificar a possibilidade fática de, judicialmente, perseguir o ressarcimento (Decisão nº 3.482/99).

Deve ser ressaltado que, no caso da Administração Direta, cabe à Procuradoria-Geral do Distrito Federal o encaminhamento das providências judiciais, em observância ao art. 2º do Decreto nº 13.119 de 12 de abril de 1991: *“Art. 2º - Fica dispensado o ajuizamento de débitos de qualquer natureza de valor consolidado igual ou inferior a duas Unidades Padrão do Distrito Federal – UPDF.”*

Observe-se, ainda, que, antes de se iniciar a apuração, uma vez visualizado que o dano é inferior ao valor de alçada, o órgão ou entidade deve se utilizar de procedimentos sumários e econômicos para definir a responsabilidade, porém, é claro, sem arbitrariedade.

Além disso, é importante lembrar que não existe prazo fixado em norma para desenvolvimento de procedimento de TCE cujo valor do dano seja inferior ao de alçada, devendo ser fixado, nesse caso, pelo próprio dirigente. Recomenda-se que não ultrapasse os parâmetros ordinários.

A Decisão nº 1.539/99-TCDF asseverou:

alertar todas as jurisdicionadas no sentido de que, a teor do disposto no art. 14, ‘caput’, da Resolução nº 102/98, são inaplicáveis às tomadas de contas especiais de valor inferior ao de alçada (...) as disposições contidas no art. 8º da referida Resolução, que fixam o prazo de 90 dias para conclusão e encaminhamento das contas especiais aos órgãos centrais dos sistemas de

controle interno dos Poderes Legislativo e Executivo, não sendo cabível, portanto, a interposição de pedidos de prorrogação de prazo para conclusão dessas TCEs, uma vez que a mencionada norma procedimental sequer pretendeu fixar tal prazo;

Saliente-se que, em nenhuma hipótese, dispensa-se a instauração da TCE no caso aqui avençado.

A norma, além disso, fixou a obrigatoriedade do pronunciamento de que trata o art. 3º, XIII, ao qual já se fez referência.

O valor de alçada atualmente fixado pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal é de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais)⁸⁴. Valor este que, em nosso entendimento, carece de revisão periódica.

Como já esclarecido, o dispositivo em comento baseou-se nos princípios da Economicidade, do Informalismo Moderado e da Eficiência. A TCE não deixará de ser instaurada; a recomposição não deixará de ser perseguida, não ficando excluídos os encaminhamentos judiciais com esse objetivo e, finalmente, não restarão desconsideradas as ações do gestor visando ao ressarcimento, que serão detidamente avaliadas pelo Controle Interno e Externo, por ocasião da apreciação das contas anuais, ou, se for o caso, em qualquer instante.

XII) Do encerramento do procedimento por perda de objeto e por incompetência legal

O art. 13 da Resolução nº 102/98-TCDF prevê o encerramento da TCE em 4 (quatro) hipóteses: ressarcimento integral do dano ou reposição do bem pelos responsáveis; reaparecimento ou recuperação do bem extraviado ou danificado; ausência de prejuízo; e, independentemente do valor envolvido, quando as apurações concluírem ser a responsabilidade pelo ressarcimento exclusivamente de terceiros, não vinculados à Administração Pública, devendo o órgão ou entidade adotar as providências administrativas ou judiciais cabíveis, fazendo-se o devido registro nos autos e no demonstrativo previsto no art. 14 da norma. Destaca, ainda, que disposto no artigo não se aplicará no caso de o material repostado, apreendido ou recuperado não apresentar condições de uso.

A primeira hipótese decorre do efetivo cumprimento da obrigação pecuniária de reparar o dano, obrigação essa derivada da prática de um ato ilícito, nos termos dos arts. 186 do CC, aqui consubstanciado nos fatos ensejadores, *exempli gratia* da Decisão nº 9.878/98-TCDF.

⁸⁴ Vide Resolução nº 126/2001-TCDF.

A Segunda tem origem composta. Ao suscitar o “reaparecimento”, afasta o próprio fato ensejador. Em princípio, o próprio ato ilícito, pois a palavra *aparecimento*, segundo De Plácido e Silva significa:

ato de surgir alguém ou alguma coisa, ou de vir algum acontecimento, que não se esperava, capaz de modificar uma situação jurídica. Tem assim, o mesmo sentido de visibilidade ou evidência. Pelo aparecimento, a coisa, a pessoa, ou fato, torna-se visível ou evidente⁸⁵.

Reaparecimento, portanto, significa *tornar a aparecer, voltar a ser visível*, o que outrora não era. A localização de um bem móvel dado como desaparecido por ocasião do inventário é o exemplo mais comum. Ao referir-se à “*recuperação do bem extraviado ou danificado*”, faz exsurgir uma forma de retornar ao *statu quo ante*, devolvendo as características originais antes da ocorrência do ato ilícito, uma espécie resarcimento, porém sem o recolhimento pecuniário direto. Corriqueiro, *exempli gratia*, é a reparação de veículos acidentados a expensas do próprio causador do dano.

“*A ausência do prejuízo*”, terceira hipótese, extirpa a própria existência da responsabilidade civil. Não afasta, porém, como foi defendido, determinados fatos ensejadores. Por isso, verifica-se temerária a regra aqui estabelecida. Pugnar pelo encerramento da TCE, no caso, por exemplo, de omissão no dever de prestar contas, sem exame do Controle Interno e do Tribunal de Contas, prejudica a ação do controle e pode fragilizar a Administração Pública no que concerne à finalidade a que se deve ater. E pode ensejar penalidades decorrentes de apurações posteriores.

O quarto e último caso é o mais interessante. Diz respeito à competência da Corte de Contas. Walton Alencar Rodrigues, em trabalho publicado na Revista do Tribunal de Contas da União-TCU, esclarece:

Temos defendido, em oportunidades várias, que o particular, pessoa estranha ao serviço público, ainda que dolosamente cause dano ao Erário, não está sujeita a figurar como sujeito passivo do processo de Tomada de Contas Especial, a menos que tenha agido em conluio com algum agente público.

(.....)

A competência de julgar contas, previstas no inciso II do art. 71 da CF, há de ser interpretada em consonância com o disposto no art. 70 e seu parágrafo único da Constituição, segundo o qual presta contas qualquer pessoa física ou

⁸⁵ Op. cit. p. 68.

jurídica que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens ou valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.(...)⁸⁶

E conclui:

(...) a jurisdição do Tribunal de Contas da União concernente à competência para instaurar processos de Tomada de Contas Especial não abrange todo o universo de possibilidades de dano ao Erário. Há de existir sempre a condição de agente público no causador do dano à Administração Pública, ou sua ação em conluio com algum agente público, para justificar a intervenção do Tribunal de Contas da União, tese que, a nosso ver, melhor atende os interesses da Administração Pública e da coletividade em geral⁸⁷.

Por intermédio da Decisão nº 2.693/99, a Corte de Contas do Distrito Federal acenou diligentemente:

a) observando o disposto no artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19/98, firmar entendimento segundo o qual a jurisdição desta Corte de Contas alcança qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada – inclusive terceiro sem vínculo com a Administração – *desde que jungida ao dever de prestar contas, ou seja, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais o Poder Público responda, ou que em nome dele assuma obrigações de natureza pecuniária*. Nos casos específicos da apuração de responsabilidade por dano causado ao Erário, *em processos de tomadas de contas especiais, a jurisdição do Tribunal alcança o terceiro sem vínculo com a Administração Pública se configurada a responsabilidade solidária com um agente público*. Decidiu, mais, mandar publicar, em anexo à presente ata, o Relatório/Voto da Relatora. (destacou-se).

Logo, fica cristalino que não cabe às Cortes de Contas o julgamento das contas de particulares sem vínculo com a Administração Pública, ou, mesmo vinculados, mediante contrato ou outros instrumentos, os quais não estejam obrigados ao dever de prestar contas. Exceção faz-se no caso de conluio com servidor público, hipótese em que poderá ser erigida a solidariedade. Afora isso, deve ser encerrada a TCE, independentemente do valor do dano. Aliás, também nesse caso seria razoável que, diante de indícios da responsabilidade exclusiva de terceiros não vinculados à Administração Pública, não jungidos ao dever de prestar contas, as apurações fossem procedidas de forma sumária, de maneira

⁸⁶ RODRIGUES, Walton Alencar. O dano causado ao erário por particular e o instituto da tomada de contas especial. Revista do Tribunal de Contas da União, v. 19 n. 77, 1998. p. 54/59.

⁸⁷ Op. cit.

que, apenas, fosse confirmada a hipótese. Em face da notoriedade dessa responsabilidade exclusiva, entretanto, à luz do princípio da economicidade, sequer há de se proceder à instauração, fazendo-se necessário, porém, que a Corte de Contas ratifique o encaminhamento.

A conclusão aqui posta reforça a tese de que os Tribunais de Contas julgam contas de pessoas e não de órgãos ou entidades. Por que julgam contas de pessoas, não tem competência para julgar contas de terceiros sem vínculo com a Administração Pública, não jungidos ao dever de prestar contas. Se contrário fosse, ainda que houvesse responsabilidade exclusiva de terceiro, as contas do órgão ou entidade permaneceriam em aberto e o Tribunal teria a obrigação de julgá-las.

Em referência a esse dispositivo, a regra proposta no art. 14 da Resolução nº 102/98-TCDF traz embutida a aplicação prática dos princípios da Economicidade e da Razão Suficiente Ab-rogável, além de consolidar a inteligência do parágrafo 1º do art. 13, afastando a apreciação dos Órgãos de Controle, nesse caso; e estabelecendo mecanismo para monitoramento das ações do gestor. As informações requeridas deverão ser anexadas à respectiva Tomada ou Prestação de Contas Anuais para as verificações pertinentes e, se for o caso, visando à aplicação do § 3º, art. 9º da Lei Complementar nº 1/94 que especifica:

§ 3º. Se o dano for de valor inferior à quantia referida no parágrafo anterior, a tomada de contas especial será anexada ao processo da respectiva tomada ou prestação de contas anual do administrador ou ordenador de despesa, *para julgamento em conjunto*. (destacou-se).

Assim, tem-se:

Art. 14. As disposições contidas nos arts. 8º a 11 não se aplicam às tomadas de contas especiais encerradas na forma do art. 13 e às de valores apurados inferiores à quantia fixada conforme o § 2º do art. 9º da Lei Complementar nº 1/94, as quais serão registradas em demonstrativo contendo as seguintes informações (...).

O Tribunal de Contas do Distrito Federal, em diversas ocasiões, manifestou-se ratificando a regra:

(...) III) alertar todas as jurisdicionadas no sentido de que, de acordo com a Lei Complementar nº 01/94 (art. 9º, § 3º), a Emenda Regimental nº 01/98 (art. 2º, § 8º) e a Resolução nº 102/98 (arts. 13 e 14), as tomadas de contas especiais de valor inferior ao de alçada (3300 UFIRs), bem assim as encerradas por ausência de prejuízo, ressarcimento integral do dano, reposição do bem pelo

responsável, reaparecimento ou recuperação dos bens extraviados/danificados, como também aquelas cujas apurações concluírem que a responsabilidade pela reparação do dano deve recair exclusivamente sobre terceiros (não vinculados à Administração Pública), passaram a ser registradas em demonstrativos que, por sua vez, deverão ser anexados à correspondente tomada ou prestação de contas anual, não sendo cabível, portanto, o encaminhamento dessas contas especiais em processos apartados; (...) (Decisão nº 9.013/98).

Em recente *decisium*⁸⁸, entretanto, o TCDF consignou o entendimento de que, ainda que gravadas por um motivo de encerramento, as tomadas de contas especiais instauradas por determinação daquela Corte devem ser remetidas à Corregedoria-Geral do Distrito Federal, seguindo a tramitação ordinária com vistas ao julgamento. Essa postura - ainda que seja forçoso compreender o espírito de cautela que dela emana - e com a devida deferência, nos parece inadequada. As regras restritivas devem ser interpretadas de maneira restritiva. O art. 13 e 14 da Resolução formam um conjunto harmônico à luz dos princípios da Economia Processual, do Informalismo Moderado e da Razão Suficiente Ab-rogável. Nesse caso, a ressalva inserta fora da norma não interpreta; cria, sim, *novel* regra. Ademais, há de se considerar que tal encaminhamento, além de hierarquizar os procedimentos de TCE, tendo por base a origem da determinação para instauração; pode avolumar ainda mais e, desnecessariamente, a fila de processos a examinar pelo Controle Interno e Externo. A alternativa seria o aperfeiçoamento dos procedimentos de fiscalização sobre esses processos, mantendo-os nos órgãos, de modo que, da exceção, não fosse erigida a regra.

XIII - Das providências derradeiras requeridas pela norma

São os artigos 16 a 19 da Resolução nº 102/98-TCDF que estabelecem as regras de transição dos dispositivos da norma remota, para a atual. Inicialmente as Inspetorias de Controle Externo foram autorizadas a proceder à devolução dos autos que não estivessem de acordo com a regra novel.

O art. 17, por sua vez, visando a tornar eficaz a providência requerida no art. 16, cunhou o entendimento de que a norma deveria ser aplicada imediatamente, alcançando, inclusive, os procedimentos em andamento. Com isso, entrando em vigor a Resolução nº 102/98-TCDF, o que se deu 30 (trinta) dias após a sua publicação, autorizou-se a utilização das regras de natureza processual nela fixadas. Assim, passou-se a aplicar as hipóteses de encerramento

⁸⁸ Decisão nº 1.292/2003

contidas no art. 13 e o novo valor de alçada, hoje fixado pela Resolução nº 126/2001-TCDF.

XIV - Considerações finais

Em face de tudo que foi dito, é espontânea a dedução acerca da importância do procedimento de TCE para a Administração Pública do Distrito Federal. É, sem dúvidas, um poderoso instrumento de controle dos atos de gestão que, dinamizado pelas normas aplicáveis, especialmente a Resolução nº 102/98-TCDF, alia a eficiência da prevenção geral e específica à eficácia da reparação dos danos causados ao erário.

Sem dúvidas insere-se nos meandros da responsabilidade civil, mas não somente isso, vez que desencadeia apurações em todos as hipóteses que a lei enumera.

Embora por muitos ainda seja tratada como instituto de mera vocação sancionadora, tendente a proporcionar a atuação sentinela das Cortes de Contas, o procedimento de tomada de conta especial soergue-se à grande distância desse patamar. Assim, além de proporcionar aos Controles Interno e Externo o monitoramento constante dos eventos ensejadores, culminando com as providências que cada caso requer, oferece ao Gestor Público um proeminente diagnóstico de sua administração, dando-lhe a oportunidade de adotar as medidas necessárias para correção das falhas detectadas.

As regras inovadoras introduzidas pela Resolução nº 102/98-TCDF, especialmente aquelas relacionadas ao prazo concedido à autoridade competente para buscar o ressarcimento e regularizar a situação; bem como as que principiam as apurações de caráter sumário em razão do valor de alçada e as que requerem encerramento do procedimento em qualquer fase; deram à TCE o efeito prático necessário para afastar qualquer sopro de oposição a sua eficácia.

Ao diligente Administrador Público, pois, que compreende a necessidade de sua atuação pontual em face das irregularidades havidas e conhece o verdadeiro objetivo de sua atuação em prol da sociedade, presta serviço o procedimento de TCE. Aos não tão diligentes assim, de qualquer forma, dá oportunidade de redirecionamento das ações à luz da legalidade e da finalidade pública. Finalmente, em combate aos pouco afeiçoados à função pública, exerce ação profilática e coercitiva em benefício do erário, obstaculizando a reiteração dos eventos danosos.

Finalmente, é necessário afirmar que nada disso será possível, porém, se às instituições e à sociedade não for revelada a importância da atuação dos Órgãos Controle e dos instrumentos por eles utilizados para consolidação dos objetivos do Estado, pois:

O controle, como função do Estado, exige, como o regime democrático, um grau de desenvolvimento da sociedade e dos agentes da Administração para alcançar seu escopo, evoluindo de modo permanente, como num ciclo de realimentação constante: democracia – controle – democracia⁸⁹.

⁸⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial* : Processo e Procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública. 2ª ed. Brasília : Brasília Jurídica, 1998. p. 24.

COMPOSTO E IMPRESSO NA

Barbara
Editora
Gráfica **bela**

CSG 01 - Lote 02 - Taguatinga-DF

Tel.: (61) 356-1818

e-mail: barbarabela@brturbo.com

REVISTA
DO
TRIBUNAL DE CONTAS
DO
DISTRITO FEDERAL

BRASÍLIA

V. 29 2003