

WWW.TCE.PR.GOV.BR

[SANEAMENTO] E REGIMES TARIFÁRIOS

Investimentos realizados e regimes tarifários praticados pelos prestadores de serviços de saneamento no Estado do Paraná

Controle judicial do direito à saúde e a construção do conceito de democracia deliberativa como princípio interpretativo

Prazo prescricional da despesa pública de aquisição de bens e serviços pelo Estado

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
NÚMERO 3

SET/DEZ 2012

REVISTA DIGITAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Revista Digital do Tribunal de Contas do Estado do Paraná/Tribunal de Contas do Estado do Paraná. - n. 1, (2012) - . Curitiba: Tribunal de Contas do Estado do Paraná, 2012- .

Quadrimestral

Resumo em português e espanhol

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

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

CDU 336.126.55(816.5)(05)

Conselho Editorial:

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES

Presidente

ÂNGELA CÁSSIA COSTALDELLO

Vice-Presidente

CAROLINE GASPARIN LICHTENSZTEJN

Secretária

YARUSYA ROHRICH DA FONSECA

OSNI CARLOS FANINI SILVA

GUMERCINDO ANDRADE DE SOUZA

LUCIANA DE FÁTIMA NOGUEIRA NASCIMENTO

Seleção de processos: LIGIA MARIA HAUER RÜPPEL

Organização: CAROLINE GASPARIN LICHTENSZTEJN

Normalização bibliográfica: YARUSYA ROHRICH DA FONSECA

Projeto gráfico: Núcleo de Imagem

Diagramação: Núcleo de Imagem

Capa: Núcleo de Imagem

Tribunal de Contas do Estado do Paraná – Secretaria do Conselho Editorial

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

Contato: CAROLINE GASPARIN LICHTENSZTEJN (carolg@tce.pr.gov.br)

Tel. (41) 3350-1670

[SUMÁRIO

EDITORIAL.....10

TEMA EM DESTAQUE - SANEAMENTO E REGIMES TARIFÁRIOS

Investimentos realizados e regimes tarifários praticados pelos prestadores de serviços de saneamento no Estado do Paraná14

Inversiones y los regímenes arancelarios practicados por proveedores de servicios de saneamiento y alcantarillado en el Estado de Paraná

MARINHO, Maria do Socorro Japiassú

DOCTRINA

Controle judicial do direito à saúde e a construção do conceito de democracia deliberativa como princípio interpretativo42

Control judicial del derecho a la salud y la construcción del concepto de la democracia deliberativa como principio interpretativo

PIVETTA, Saulo Lindorfer

Prazo prescricional da despesa pública de aquisição de bens e serviços pelo Estado84

Limitaciones de plazo del gasto público en bienes y servicios por parte del Estado

Limitation period of public spending on goods and services by state

KANAYAMA, Rodrigo Luís

JURISPRUDÊNCIA

UNIFORMIZAÇÃO

Uniformização de Jurisprudência nº 19102

Uniformização de Jurisprudência nº 20110

PREJULGADO

Prejulgado nº 16117

ACÓRDÃOS122

Acumulação - Remuneração.....122

Proventos de inatividade - Concurso público -

Constituição Federal, Artigo 37, XVI

Aposentados e pensionistas.....127

Reajuste sem paridade

Certidão de tempo de contribuição133

Tempo Concomitante - Cargo Efetivo Acumulável

Despesas não empenhadas na gestão anterior138

Empenho prévio

Empregos públicos - Programas federais

(PSF, ACS, Saúde Bucal, etc.)148

Transformação - Regime CLT para estatutário - Projetos de

engenharia - Termo de cooperação técnica com a Associação dos Municípios do Centro do Paraná (AMOCENTRO)	
Pregão Presencial	155
Âmbito municipal	
Professores - Aposentadoria	162
Redução dos limites de idade e tempo de contribuição	
Recursos previdenciários	166
Aplicação financeira - instituições bancárias de natureza privada	
Regime Próprio de Previdência	180
Entidades gestoras - Taxa de administração	
Sociedade de Economia Mista	184
Transferência de empregados	
Vereador Preso – Remuneração	195
Decisão judicial de 1º grau	
REVISTA DIGITAL DO TCE-PR - ORIENTAÇÕES PARA PUBLICAÇÃO	202

[EDITORIAL

A noção contemporânea de democracia e de controle governamental prega um compromisso das instituições públicas com a inovação, a revolução dos conteúdos e a eliminação de práticas anacrônicas que prejudicam o seu funcionamento.

O Tribunal de Contas do Paraná é órgão comprometido com os valores fundamentais atinentes ao aperfeiçoamento institucional, face às exigências de um mundo globalizado e de uma cidadania que pleiteia a implantação de políticas públicas capazes de melhor equacionar as desigualdades sociais através da eficiente gestão de recursos do tesouro.

A Revista Digital do TCE-PR é exemplo desse processo de transformação, a partir do momento em que diversificou substancialmente o conteúdo de suas matérias para incluir a análise e revelação de temas e problemas de interesse do cidadão e que lhe permita atuar sobre as ações dos agentes públicos.

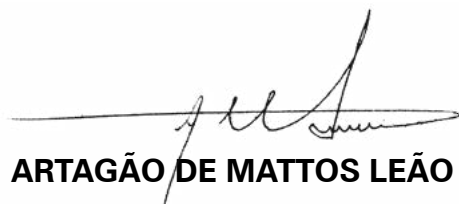
Nesse sentido, a ideia básica, nuclear, é a de dar novo sentido e alcance à publicação, deixá-la afinada com as modernas diretrizes de gestão pública e ampliar o diálogo com a sociedade.



Ademais, busca-se, também, o fomento de uma cultura para que a Revista seja veículo permanente de pesquisa e que possa subsidiar a resolução de demandas próprias da gestão fiscal responsável, contribuindo para a efetivação do planejamento e do bem comum a ser atendido.

O tema em destaque desta edição, SANEAMENTO E REGIMES TARIFÁRIOS, dá bem a exata dimensão do novo enfoque da Revista, ao abordar, de forma transparente e inteligível, questão que constitui desafio das cidades brasileiras.

Tenho a certeza de que a Revista Digital do TCE-PR será um canal científico, democrático e de difusão do conhecimento.



ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO
Presidente do Tribunal de Contas do Paraná



E REG



SANEAMENTO [TEMAS TARIFÁRIOS]

[TEMA EM DESTAQUE]

Investimentos realizados e regimes tarifários praticados pelos prestadores de serviços de saneamento no Estado do Paraná

Inversiones y los regímenes arancelarios practicados por proveedores de servicios de saneamiento y alcantarillado en el Estado de Paraná

MARINHO, Maria do Socorro Japiassú¹

Analista de Controle do TCE/PR
Economista, Doutora em Desenvolvimento Econômico pela UFPR,

RESUMO

Este artigo é uma síntese dos resultados apresentados no capítulo IV (Aspectos Econômico-Financeiros da Prestação de Serviços de Coleta e Tratamento de Esgotos) do Relatório da auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE/PR, nas condições da prestação de serviços de esgotamento sanitário² (coleta e tratamento de esgotos) nos municípios das três regiões metropolitanas do Estado, no período 2008/2011. Com o objetivo de verificar se os investimentos realizados e os regimes tarifários praticados pelos prestadores de serviços vêm obedecendo aos ditames da Lei nº 11.445/2007 e do Decreto Federal nº 7.217/2010, esse capítulo demonstra a inadequação dos municípios aos requisitos dessa legislação, em particular no que se refere à inexistência dos Planos Municipais de Saneamento na maioria dos municípios, à falta de transparência nos gastos realizados em saneamento nos municípios por parte da Companhia Estadual de Saneamento - SANEPAR, à inexistência de saneamento rural, à falta de transparência e ineficiência na tarifação dos serviços de água e esgoto.

Palavras-Chave: Prestação de serviços de esgotamento sanitário. Coleta e tratamento de esgotos. Planos municipais de saneamento. Saneamento rural. Tarifação dos serviços de água e esgoto.

¹ Contato: japy@tce.pr.gov.br

² Processo nº 544859/10 e Acórdão nº 2601/11.

RESUMEN

Este artículo es una síntesis de los resultados presentados en el Capítulo IV (Aspectos financieros y económicos de la provisión de los servicios de recogida y tratamiento de aguas residuales) de Informe de la auditoría realizada por el Tribunal de Contas do Estado do Paraná, en las condiciones de la provisión de servicios de alcantarillado (recolección y tratamiento de aguas residuales) en los municipios de las tres áreas metropolitanas del estado, en el periodo 2008/2011. Con el fin de verificar las inversiones y tarifas practicadas por los proveedores de servicios que están obedeciendo los dictámenes de la Ley nº 11.445/2007 y el Decreto Federal nº 7.217/2010, este capítulo demuestra la insuficiencia de los municipios con los requisitos de esta legislación, en particular en lo que respecta a la ausencia de Planes Municipales de Servicios de Agua e Alcantarillado en la mayoría de los municipios, la falta de transparencia en el gasto en servicios de recogida y tratamiento de aguas residuales en los municipios por parte de la Companhia de Saneamento do Paraná - SANEPAR, la falta de servicios rurales de agua potable y alcantarillado, la ineficiencia y falta de transparencia en la fijación de precios de los servicios de agua y alcantarillado.

Palabras clave: *Provisión de los servicios de alcantarillado. Recolección y tratamiento de aguas residuales. Planes municipales de servicios de agua e alcantarillado. Servicios rurales de agua potable y alcantarillado. Fijación de precios de los servicios de agua y alcantarillado.*

1 INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta uma síntese da auditoria operacional realizada pelo TCE/PR nas condições da prestação de serviços de esgotamento sanitário (coleta e tratamento de esgoto) nos municípios³ das três regiões metropolitanas do estado, no período 2008/2011, no que diz respeito, especificamente, a verificar se os investimentos realizados e os regimes tarifários praticados pelos prestadores de serviços (prestadores autônomos e Companhia de Saneamento do Paraná – SANEPAR) vêm obedecendo aos ditames da Lei nº 11.445/2007 e Decreto Federal nº 7.217/2010.

Sem entrar em detalhes a respeito de todos os passos seguidos pela auditoria operacional⁴, o trabalho foi realizado dando cumprimento as seguintes etapas:

- a) exame e levantamento da legislação e de informações sobre a prestação dos serviços de saneamento nos municípios em documentos oficiais (Lei nº 11.445/2007, Decreto Federal nº 7.217/2010, planos plurianuais dos municípios e do Estado, orçamentos anuais municipais e do Estado, balanços municipais, relatórios de execução financeira disponibilizados no site da Secretaria do Tesouro Nacional - SISTN e relatórios gerenciais disponibilizados pelos prestadores);
- b) levantamento de informações sobre a prestação dos serviços nos municípios nas seguintes instituições: Institutos de Pesquisa [IBGE - Pesquisa Nacional de Saneamento Básico – PNSB (2008) e Censo Demográfico (2010); IPARDES – Base de Dados do Estado]; TCE-PR - Sistema de Informações Municipais – SIM; prestadores autônomos dos serviços; e Companhia Estadual de Saneamento Básico do Estado do Paraná – SANEPAR – Sistema de Informações Gerenciais;

3 Adrianópolis, Agudos do Sul, Almirante Tamandaré, Ângulo, Araucária, Astorga, Atalaia, Balsa Nova, Bela Vista do Paraíso, Bocaiúva do Sul, Bom Sucesso, Cambé, Cambira, Campina Grande do Sul, Campo Largo, Campo Magro, Cerro Azul, Colombo, Contenda, Curitiba, Doutor Ulysses, Dr. Camargo, Fazenda Rio Grande, Floraí, Floresta, Flórida, Ibiporã, Iguaraçu, Itambé, Itaperuçu, Ivatuba, Jandaia do Sul, Jataizinho, Lapa, Lobato, Londrina, Mandaguaçu, Mandaguari, Mandirituba, Marialva, Maringá, Munhoz de Mello, Ourizona, Paçandu, Pinhais, Piraquara, Presidente Castelo Branco, Quatro Barras, Quitandinha, Rio Branco do Sul, Rolândia, Santa Fé, São Jorge do Ivaí, São José dos Pinhais, Sarandi, Sertanópolis, Tamarana, Tijucas do Sul, Tunas do Paraná.

4 Cuja metodologia já foi detalhada anteriormente.

- c) aplicação de dois *check-lists* aos prestadores de serviços de saneamento, um sobre os critérios adotados para a realização dos investimentos e outro sobre as características dos regimes tarifários praticados; e
- d) análise das informações e redação final do trabalho.

Com relação aos investimentos realizados em saneamento nos municípios, procurou-se investigar os seguintes aspectos:

- a) critérios adotados na definição dos investimentos;
- b) se os empreendimentos têm sido norteados pelos Planos Municipais de Saneamento Básico – PMSB;
- c) se os investimentos realizados priorizam de alguma forma o atendimento à população de baixa renda;
- d) se tem havido alguma limitação à realização dos investimentos (por exemplo, se a capacidade de endividamento tem sido um empecilho);
- e) se tem havido dificuldade de ordem técnica-institucional para viabilizar as ações (dificuldades de contratação de pessoal capacitado, dificuldades para realizar projetos e operar sistemas) de investimento;
- f) se há subsídio à prestação do serviço proveniente de fontes orçamentárias;
- g) se o prestador conta com algum plano de investimento para aumentar o número de domicílios atendidos com ligações de esgoto de forma a que todas as ligações de água estejam conectadas à rede de esgotos e para ampliar o tratamento do esgoto coletado.

Com relação aos regimes tarifários praticados pelos diversos prestadores (municipais autônomos e pela Companhia de Saneamento do Estado – SANEPAR), procurou-se investigar:

- a) o regime tarifário praticado em coleta e tratamento de esgoto;
- b) se o regime tarifário concede tratamento prioritário para o atendimento a funções essenciais relacionadas à saúde pública;

- c) se o regime tarifário prioriza a ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços (por exemplo, através da adoção de tarifa social);
- d) se a receita tarifária garante os recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas;
- e) se o regime tarifário contempla a inibição do consumo supérfluo e o desperdício de recursos;
- f) se a tarifa garante a recuperação dos custos incorridos na prestação dos serviços, em regime de eficiência;
- g) a composição da tarifa de coleta de esgoto;
- h) como é feita a cobrança do serviço de coleta;
- i) a composição da tarifa de tratamento de esgoto;
- j) como é feita a cobrança do serviço de tratamento de esgoto;
- k) a sistemática de reajuste da tarifa (periodicidade, Índice de Preços utilizado no reajuste);
- l) a sistemática de revisão tarifária (em que condições estão previstas e/ou foram realizadas revisão tarifária);
- m) se o regime tarifário contempla algum tipo de subsídio.

Sobre as condições da prestação dos serviços de saneamento nos municípios das três regiões metropolitanas do Estado foram as seguintes as informações e indicadores escolhidos para análise:

- a) municípios sem rede coletora de esgoto, por principal solução alternativa de esgotamento (Fonte: IBGE – Pesquisa Nacional de Saneamento Básico, 2008);
- b) número de Ligações de Água e de Esgoto existente em cada município (Fonte: IPARDES, Sistema de Informações da SANEPAR e prestadores municipais);
- c) número de Ligações de Água que contam com Ligações de Esgoto em cada município (Fonte: Sistema de Informações da SANEPAR e prestadores municipais);
- d) municípios com Tratamento de Esgoto Sanitário, por Tipo de Sistema de Tratamento (Fonte: IBGE – Pesquisa Nacional de Saneamento Básico, 2008);

- e) volume de Esgoto Coletado e Tratado em cada município (Fonte: Sistema de Informações da SANEPAR e prestadores municipais).

Sobre os investimentos e o regime tarifário praticado em saneamento, por parte dos prestadores, nos municípios, foram as seguintes as informações e indicadores utilizados na análise:

- a) municípios das três RMs do Estado que apresentaram Gastos na Função Saneamento nos Balanços Orçamentários Anuais (Fonte: Sistema de Informações da Secretaria do Tesouro Nacional - SISTN - Despesa por Função - Balanço Orçamentário Anual; Relatório Resumido de Execução da Receita. Disponível em http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/estados_municipios/sistn.asp);
- b) Investimentos Programados X Investimentos Realizados - Metas Físicas (Ações) e Financeiras (R\$) – nos Municípios com Prestadores Autônomos de Saneamento, nas três RMs do Estado (Fonte: Tribunal de Contas do Estado do Paraná – SIM);
- c) Investimentos Programados X Investimentos Realizados em Coleta de Esgotos, pela SANEPAR, nos Municípios das três RMs do Estado (R\$ 1.000,00) (Fonte: SANEPAR);
- d) Investimentos Realizados em número de Ligações de Esgoto pela SANEPAR, nos Municípios das três RMs do Estado (Fonte: SANEPAR);
- e) Investimentos Programados X Investimentos Realizados em Tratamento de Esgotos, pela SANEPAR, nos Municípios das três RMs do Estado (R\$ 1.000,00) (Fonte: SANEPAR);
- f) Simulação do Valor da Conta de Esgoto Cobrada por Faixas de Consumo de Água, pelos Prestadores de Serviços de Saneamento no Estado (R\$) (Fonte: Prestadores);
- g) Municípios das três RMs do Estado com Tratamento de Esgoto Sanitário, por Tipo de Sistema de Tratamento (Fonte: IBGE – Pesquisa Nacional de Saneamento Básico).

Este artigo apresenta, por primeiro, as características da prestação dos serviços de saneamento nos municípios das três RMs do Estado (item 2), em

segundo lugar, discorre sobre a situação dos investimentos em saneamento nesses municípios (item 3), depois, apresenta os principais aspectos do regime tarifário aplicado em saneamento no Estado (item 4) e, por último (item 5), assinala as principais conclusões da auditoria.

2 CARACTERÍSTICAS DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO NOS MUNICÍPIOS DAS RMS DO ESTADO

Os 59 municípios das três regiões metropolitanas do Estado dispõem de rede de abastecimento de água. Entretanto, 21 municípios não dispõem de rede coletora de esgoto⁵, tendo como principal solução alternativa de esgotamento, as fossas sépticas e rudimentares.

Considerando os municípios da RM de Maringá, do número total de ligações de água existentes, apenas 55,48% estão ligadas a rede de esgotos. Além disso, 10 dos 25 municípios não dispõem de rede coletora de esgoto (Ângulo, Atalaia, Bom Sucesso, Cambira, Floresta, Flórida, Iguaçu, Ivatuba, Ourizona e Munhoz de Melo). Os municípios com os piores índices de ligações de esgoto como proporção das ligações de água, em 2010, foram: Sarandi (3,14%); Pres. Castelo Branco (6,37%) e Doutor Camargo (20,45%).

É importante ressaltar que a utilização de fossas sépticas é considerada uma alternativa adequada para o esgotamento sanitário em municípios com população abaixo de 5.000 habitantes, sendo este o caso dos seguintes municípios: Ângulo, Atalaia, Flórida, Iguaçu, Ivatuba, Ourizona e Munhoz de Melo.

Nos municípios de Lobato e São Jorge do Ivaí mais de 90% das ligações de água estão conectadas à rede de esgotos.

5 Adrianópolis, Agudos do Sul, Ângulo, Atalaia, Bocaiúva do Sul, Bom Sucesso, Cambira, Contenda, Doutor Ulysses, Floresta, Flórida, Iguaçu, Itaperuçu, Ivatuba, Munhoz de Melo, Ourizona, Quitandinha, Rio Branco do Sul, Tamarana, Tijucas do Sul e Tunas do Paraná. IBGE. **Pesquisa Nacional de Saneamento Básico** (2008).

Considerando os municípios da RM de Londrina, do número total de ligações de água existentes, 69,45% estão ligadas à rede de esgotos. O município de Tamarana, com população de 12.057 habitantes (IBGE, 2010), foi o único a não apresentar rede coletora de esgotos. Os municípios que apresentaram os piores índices de ligações de esgoto como proporção das ligações de água, em 2010, foram: Rolândia (33,31%); Bela Vista do Paraíso (46,10%) e Sertanópolis (50,88%).

Nos municípios de Ibiporã e Jataizinho mais de 85% das ligações de água estão conectadas à rede de esgotos.

Considerando os municípios da RM de Curitiba, do número total de ligações de água existente, 67,09% dispõem de ligações de esgotos. Entretanto, 10 dos 26 municípios não dispõem de rede coletora de esgoto (Adrianópolis, Agudos do Sul, Bocaiúva do Sul, Contenda, Itaperuçu, Quitandinha, Rio Branco do Sul, Tijucas do Sul, Tunas do Paraná e Doutor Ulysses). A população individual desses municípios sem rede coletora de esgotos se encontra entre 5.685 habitantes (Doutor Ulysses) e 28.005 habitantes (Rio Branco do Sul), segundo o último Censo (IBGE, 2010), portanto, acima do limite em que o sistema de fossas sépticas é considerado uma solução razoável. Os municípios que apresentaram os piores índices de ligações de esgoto como proporção das ligações de água, em 2010, foram: Cerro Azul (2,22%); Mandirituba (5,30%) e Almirante Tamandaré (13,96%).

Os municípios de Curitiba (84,03%), Campina Grande do Sul (77,93%) e Lapa (71,47%) apresentaram índices de ligações de esgoto bem acima dos demais municípios.

A Lei nº 11.445/2007 (art. 19, § 1º) e o Decreto Federal nº 7.217/2010 (arts. 23, inc. I, 24, inc. I e 25 incs. I a V) preveem a necessidade de planejamento das ações de saneamento pelo titular dos serviços, no caso, os municípios, através da elaboração de um Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB). A partir de 2014, segundo o art. 26, § 2º do Decreto Federal nº 7.217/2010, a existência do PMSB passará a ser condição de acesso do município aos recursos orçamentários da União ou a recursos geridos ou administrados por órgão ou entidade da administração pública federal, quando destinado a serviços de saneamento básico.

Entretanto, os empreendimentos de saneamento da maioria dos municípios de duas RMs do Estado com serviços de saneamento prestados de forma autônoma, não têm sido norteados pelos Planos Municipais de Saneamento Básico (PMSB), como é o caso de Jataizinho (RM de Londrina), Sertanópolis (RM de Londrina), São Jorge do Ivaí (RM de Maringá), Presidente Castelo Branco (RM de Maringá), Lobato e Marialva (ambos da RM de Maringá). Isso vem ocorrendo porque os municípios ainda não elaboraram esses planos e/ou em alguns casos estão pleiteando recursos junto a Fundação Nacional de Saúde - FUNASA para a contratação de consultoria para sua elaboração. Em função disso, os empreendimentos são realizados para atender demandas urgentes sem levar em conta um maior horizonte temporal e metas progressivas de atendimentos dos serviços à população.

Por outro lado, verificou-se que, em geral, os Planos Plurianuais não têm cumprido o papel de efetivo instrumento de planejamento das ações de longo prazo das municipalidades, uma vez que nestes planos não estão bem definidos os critérios e as metas físicas e financeiras da função saneamento, servindo este instrumento mais para cumprir uma exigência legal.

Cabe salientar que os municípios de Sarandi (RM de Maringá) e Ibiporã (RM de Londrina) já elaboraram e aprovaram seus PMSB, apesar de em Sarandi ter-se constatado que os empreendimentos não vinham sendo norteados pelo PMSB.

3 SITUAÇÃO DOS INVESTIMENTOS EM SANEAMENTO NOS MUNICÍPIOS DAS RMS DO ESTADO

Os investimentos em saneamento na maioria dos municípios de duas RMs com serviços de saneamento prestados de forma autônoma são realizados com base em critérios diversos para atender demandas pontuais e urgentes e não estão sistematizados em um plano, como detalhado abaixo:

- Em Jataizinho (RM de Londrina), o prestador de serviço alegou que os recursos são investidos primeiramente em ampliação de rede nas regiões que não necessitam de elevatórias. Depois, investe-se na construção de elevatórias nas regiões cuja topografia assim o determine. Em seguida, amplia-se a rede nessa região;
- Em Ibiporã (RM de Londrina), o prestador alegou que os recursos são investidos prioritariamente em abastecimento de água. A rede de esgoto atende a 98% da população, com 100% do esgoto sendo tratado. Os gastos com esgoto são de manutenção;
- Em Sertanópolis (RM de Londrina), o prestador alegou que os recursos são investidos prioritariamente nas regiões próximas à Estação de Tratamento de Esgoto – ETE – em função da situação de recalque. A topografia, como em Jataizinho, define a prioridade dos investimentos, não se levando em consideração a população de baixa renda. Nas regiões sem rede de esgoto, há fossas, cujo esgoto é recolhido e despejado na ETE;
- Em São Jorge do Ivaí (RM de Maringá), como em Ibiporã, o prestador alegou que os recursos são investidos prioritariamente em abastecimento de água, por meio da captação de mina e poço artesiano. O prestador tem ampliado a rede de abastecimento de água em conjuntos habitacionais populares através da FUNASA. A coleta do esgoto já está resolvida;
- Em Pres. Castelo Branco (RM de Maringá), o prestador alegou que a construção de nova Estação de Tratamento de Esgoto (ETE), a compra de equipamentos para operá-la e a efetiva operação da rede são investimentos prioritários. Como nos demais municípios, a topografia é um critério para a definição dos investimentos prioritários, dada a proximidade do emissário;
- Em Lobato (RM de Maringá), o prestador alegou que os recursos são investidos prioritariamente em abastecimento de água. A instalação de esgoto está resolvida, com toda a população tendo acesso à rede;

- Em Sarandi (RM de Maringá), o prestador⁶ não sabia informar o destino prioritário dos investimentos. Embora o município tivesse aprovado recentemente o seu Plano Municipal de Saneamento Básico, a escassez de investimentos em rede de esgoto é grande – apenas 3% das ligações de água estão conectadas a rede de esgoto;
- Em Marialva (RM de Maringá), o prestador alegou que a demanda da população e a necessidade de preservação do manancial é que definem os investimentos que serão realizados prioritariamente.

A população de baixa renda não figura como critério do destino dos investimentos em saneamento em 88% dos municípios com os serviços prestados de forma autônoma em duas RMs do Estado. Entre os municípios com prestadores autônomos de duas RMs do Estado, Ibiporã (RM de Londrina) foi o único que concedeu tratamento prioritário aos investimentos para a população de “baixa renda”. Esse município disponibiliza rede de esgoto para os conjuntos habitacionais e exige que os loteamentos privados entreguem os lotes já equipados com rede de esgoto. Em geral, nos demais municípios, os empreendimentos são realizados para atender demandas urgentes sem levar em conta maior horizonte temporal e metas progressivas de atendimentos dos serviços à população mais necessitada.

Já nos municípios que tem os serviços concedidos à SANEPAR, os investimentos são realizados com base nos critérios definidos pela Companhia, que prioriza os seguintes aspectos na definição dos investimentos: adensamento populacional; preservação de mananciais; 80% de atendimento de esgoto para os municípios com população acima de 50.000 habitantes; 65% de atendimento de esgoto⁷ para os municípios com população abaixo de 50.000 habitantes. Esse fato contraria as diretrizes estabelecidas nos arts. 9º (inc. I e II) e 11 (inc. I e § 1º e 2º do inc. IV) da Lei Federal nº 11.445/2007, e arts. 23 (inc. I), 24 (inc. I), 25 e 39 (inc. I, e § 3º do inc. VI) do Decreto Federal nº 7.217/2010, quanto à responsabilidade do titular (mu-

6 Nova equipe tinha assumido o órgão no período da auditoria.

7 SANEPAR. Relatórios de Planejamento Estratégico.

nicípio) de elaborar e aprovar os planos municipais de saneamento, que deveriam nortear os respectivos contratos de concessão celebrados entre o titular dos serviços (município) e o concessionário (SANEPAR), em especial quanto às metas progressivas de atendimento dos serviços, definidas a partir de diagnóstico prévio. A contradição existente entre a política de investimentos da SANEPAR que tem um caráter regional e do município, cujo interesse é local, não favorece a transparência das ações, a eficiência e a eficácia dos investimentos nem a equidade na prestação dos serviços.

A falta de transparência nos gastos realizados em saneamento nos municípios com serviços concedidos à SANEPAR também decorre de outros aspectos. Primeiro, porque os balanços orçamentários municipais não são um retrato fidedigno das despesas com saneamento nesses municípios uma vez que os gastos realizados pela SANEPAR não são contabilizados nos balanços orçamentários municipais. Segundo, porque as despesas previstas pela Companhia nos municípios não são apresentadas de forma desagregada (por município) no Plano Plurianual do Estado – PPA e no Orçamento Anual, tampouco no balanço anual do Estado (despesas realizadas).

Alguns municípios com prestadores autônomos de duas RMs do Estado alegaram dificuldades de ordem técnica-institucional para viabilizar as ações de investimento:

- O prestador de Jataizinho (RM de Londrina) alegou que não tem engenheiro no seu quadro de pessoal. Entretanto, o Consórcio do qual faz parte (CISMASA) proporciona assessoria técnica e jurídica para os projetos;
- O prestador de Sertanópolis (RM de Londrina) alegou que não tem engenheiro no quadro de pessoal (concurso recente aprovou um engenheiro, mas as despesas de pessoal do município se encontram no limite estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), dificultando a contratação);

- O prestador de Pres. Castelo Branco (RM de Maringá) alegou que não tem pessoal capacitado para elaborar projetos e preparar relatórios que cumpram com as exigências da contabilidade pública;
- O prestador de Lobato (RM de Maringá) alegou que o município apresenta impedimento para contratação pela LRF e que a elaboração de projetos de investimentos para água e esgoto vem sendo viabilizada através de consultoria.

Os prestadores autônomos dos municípios de Ibiporã (RM de Londrina), Sarandi (RM de Maringá) e São Jorge do Ivaí (RM de Maringá) alegaram não ter esse tipo de dificuldade para viabilizar as ações de investimento.

Com relação ao destino dos gastos em saneamento (urbano/rural), constatou-se que 93% dos municípios das três RMs do Estado não efetuaram gastos em saneamento rural. Com exceção dos municípios de Jataizinho (RM de Londrina), Dr. Camargo (RM de Maringá), Lapa (RM de Curitiba) e Mandirituba (RM de Curitiba) que apresentaram gastos em alguns anos, nos demais municípios das três RMs do Estado nenhum gasto foi realizado nessa sub-função no período 2008/2010.

Também se verificou que nos oito municípios com prestadores autônomos de duas RMs do Estado, apenas em Sertanópolis (RM de Londrina) e Pres. Castelo Branco (RM de Maringá) ocorreram investimentos em saneamento no período 2008/2010.

Na RM de Londrina, dos quatro municípios com serviços prestados pela SANEPAR (Londrina, Cambé, Rolândia e Bela Vista do Paraíso), Cambé foi o único que apresentou redução de investimentos em coleta de esgotos no período 2008/2010. Entretanto, os quatro municípios apresentaram redução no número de novas ligações de esgoto no mesmo período.

Na RM de Maringá, todos os municípios com serviços prestados pela SANEPAR (Mandaguari, Maringá, Astorga, Doutor Camargo, Floraí, Itambé,

Jandaia do Sul, Mandaguaçu, Paçandu e Santa Fé) apresentaram redução de investimentos em coleta e tratamento de esgotos e no número de novas ligações de esgoto, no período 2008/2010.

Na RM de Curitiba: nove municípios que tem os serviços prestados pela SANEPAR apresentaram redução de investimentos em coleta de esgotos no período 2008/2010 [Campina Grande do Sul (-74,06%), Piraquara (-50,45%), São José dos Pinhais (-75,75%), Curitiba (-50,89%), Campo Largo (-41,13%), Balsa Nova (-99,75%), Araucária (-92,92%), Mandirituba (-79,00%) e Campo Magro (-78,34%)]; com exceção de Campo Largo, Balsa Nova e Campo Magro, os demais municípios apresentaram redução no número de novas ligações de esgoto no mesmo período e, no que se refere a tratamento de esgotos, com exceção de Quatro Barras, Balsa Nova e Araucária, os demais municípios apresentaram redução de investimentos no período considerado.

4 PRINCIPAIS ASPECTOS DO REGIME TARIFÁRIO PRATICADO PELOS PRESTADORES DE SERVIÇOS DE SANEAMENTO NOS MUNICÍPIOS DAS RMS DO ESTADO

Em geral os prestadores de serviços tarifam os serviços de coleta e tratamento de esgoto conjuntamente (“esgoto”), e tarifam o serviço de “esgoto” através da aplicação de um percentual sobre a tarifa de água, numa escala que vai de 40% (SAMAE - Lobato; e SAAE - Sertanópolis) a 85% (SANEPAR - Curitiba), sendo esses percentuais definidos de forma arbitrária⁸, uma vez que

⁸ Segundo Fernandes (1997), “[...] é natural que parcela da água fornecida pelo sistema público de abastecimento de água não seja transformada em vazão de esgotos como, por exemplo, a água utilizada na rega de jardins, lavagens de pisos externos e de automóveis, etc. Em compensação na rede coletora poderão chegar vazões procedentes de outras fontes de abastecimento como do consumo de água de chuva acumulada em cisternas e de poços particulares. Essas considerações implicam que, embora haja uma nítida correlação entre o consumo do sistema público de água e a contribuição

não estão respaldados no volume de esgoto produzido e/ou nos custos dos Sistemas de Tratamento de Esgoto utilizados em cada localidade.

Essa forma de cobrar os serviços contraria as diretrizes estabelecidas na Lei Federal nº 11.445/2007 e no Decreto Federal nº 7.217/2010. Os arts. 21, 22, 23, 24 e 25 da Lei Federal nº 11.445/2007 preveem a instituição de regulação dos serviços e a definição de tarifas com base em critérios técnicos que assegurem o equilíbrio econômico-financeiro e a modicidade tarifária mediante mecanismos que induzam à eficiência e à eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade. O art. 29, § 1º, alíneas III, IV, V, VI, VII e VIII da Lei Federal nº 11.445/2007 e o art. 45 do Decreto Federal nº 7.217/2010 preveem, respectivamente, que esses serviços terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração que permita recuperação dos custos dos serviços prestados em regime de eficiência.

No caso dos prestadores autônomos, essa prática se deve à ausência tanto da medição do volume de esgoto produzido quanto da apropriação de custos de coleta e tratamento de esgoto. No caso da SANEPAR, a utilização do subsídio cruzado como parte do modelo de prestação do serviço da companhia (tarifa única – em que os municípios mais ricos subsidiam a prestação dos serviços nos municípios mais pobres) impede que a tarifa espelhe os reais custos da prestação do serviço em cada localidade, apesar da empresa fazer a apropriação dos custos e ter um sistema informatizado de indicadores por meio do qual monitora a prestação dos serviços.

Essa prática, devido à ausência de transparência, dificulta a aprovação de tarifas realistas no Legislativo e a gestão eficiente dos serviços.

de esgotos, alguns fatores poderão tornar esta correlação maior ou menor conforme a circunstância. De acordo com a frequência [sic] e intensidade da ocorrência desses fatores de desequilíbrio, a relação entre o volume de esgotos recolhido e o de água consumido pode oscilar entre 0,60 a 1,30, segundo a literatura conhecida. Esta fração é conhecida como relação esgoto/água ou coeficiente de retorno e é representada pela letra 'c'. De um modo geral estima-se que 70 a 90% da água consumida nas edificações residenciais retorna a rede coletora pública na forma de despejos domésticos. No Brasil é usual a adoção de valores na faixa de 0,75 a 0,85, caso não haja informações claras que indiquem um outro valor para 'c'.

É uma prática comum dos prestadores autônomos dos municípios de duas RMs do Estado, conceder isenções tarifárias sem considerar a situação socioeconômica individual do beneficiário final: o prestador de Jataizinho (RM de Londrina) concede isenção tarifária a Instituições de Ensino Municipais e a Associação de Servidores; o prestador de Lobato (RM Maringá), a Centros de Educação Infantil; o prestador de Pres. Castelo Branco (RM de Maringá), a prédios públicos; o de Sarandi (RM de Maringá), a Templos Religiosos, e; em São Jorge do Ivaí (RM de Maringá), a Sindicato de Trabalhadores.

Essa prática contraria as diretrizes estabelecidas no art. 29, I, § 1º, alíneas I a VIII da Lei Federal nº 11.445/2007 e art. 46, § único do Decreto Federal nº 7.217/2010 quanto à garantia da sustentabilidade econômico-financeira mediante remuneração pela cobrança dos serviços em regime de eficiência e à observação da ampliação do acesso dos cidadãos e das localidades de baixa renda aos serviços.

Quanto à suficiência ou não da receita tarifária para fazer frente às despesas de investimento, verificou-se que para os prestadores SANEPAR, “Águas de Sarandi” (Sarandi – RM de Maringá) e SAEMA de Marialva (RM de Maringá), a receita tarifária é considerada suficiente para garantir os recursos necessários para fazer frente aos investimentos planejados enquanto para os prestadores autônomos dos municípios de Jataizinho (RM de Londrina), Ibi-porã (RM de Londrina), Sertanópolis (RM de Londrina), São Jorge do Ivaí (RM de Maringá), Pres. Castelo Branco (RM de Maringá) e Lobato (RM de Maringá), a receita tarifária não é considerada suficiente.

Essa prática contraria as diretrizes estabelecidas no art. 29, I, § 1º, alíneas I a VIII da Lei Federal nº 11.445/2007 e art. 46, inc. III do Decreto Federal nº 7.217/2010 que preconiza que os serviços deverão ter a sustentabilidade econômico-financeira garantida mediante remuneração pela cobrança dos serviços em regime de eficiência e a geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, visando ao cumprimento das metas e objetivos do planejamento.

Ao analisar a composição de custos da prestação dos serviços de saneamento do prestador SANEPAR (Sistema de Custos – SCT, 2010), verificou-se que os componentes “Despesa de Terceiros” e “Pessoal” representavam, conjuntamente, entre 50% a 60% das despesas de “Tratamento de Esgoto” para a maioria dos municípios atendidos por essa companhia nas três RMs do Estado, no exercício de 2010. O peso da “energia elétrica” nas “Despesas de Terceiros” varia de 30% a 60%, sendo que 27% do “custo da energia elétrica” é despesa de imposto (ICMS).

Sendo, então, a energia elétrica um dos principais componentes de custo da prestação dos serviços de saneamento – não só porque a maior parte dos Sistemas de Tratamento de Esgoto utilizados tem a energia elétrica como um dos principais componentes de custo, como também dado o peso desse custo no tratamento da água – considera-se que o elevado peso do ICMS no custo da energia elétrica e nas despesas de terceiros é um elemento que dificulta a busca da eficiência na prestação do serviço e encarece a tarifa para o usuário.

Essa prática impacta negativamente nas diretrizes estabelecidas no art. 29, § 1º, alínea VIII da Lei Federal nº 11.445/2007 e art. 46, inc. VIII do Decreto Federal nº 7.217/2010 quanto à garantia da sustentabilidade econômico-financeira mediante remuneração pela cobrança dos serviços em regime de eficiência.

Quanto à existência ou não de sistemática definida em lei de reajuste tarifário anual, verificou-se que os prestadores autônomos dos municípios de Jataizinho (RM de Londrina), Sertanópolis (RM de Londrina), São Jorge do Ivaí (RM de Maringá), Pres. Castelo Branco e Lobato (ambos RM de Maringá) não contam com tal sistemática enquanto os prestadores dos municípios de Ibiporã (RM de Londrina) (Lei Municipal nº 2.384/2010) e Sarandi (RM de Maringá) (Lei Municipal nº 1.650/2009) já instituíram essa possibilidade nos planos municipais de saneamento e o de Marialva (RM de Maringá) conta com sistemática de reajuste definida em Lei (Lei Municipal nº 1.411/2010).

Já o prestador SANEPAR dispõe de sistemática de reajuste tarifário anual. Entretanto, permaneceu por seis anos (em 31/01/2005, (Decreto Estadual nº 4.266) o percentual médio de reajuste foi de 7,6% e, em 18/02/2011, foi anunciado um reajuste da tarifa de água e esgoto a partir de 04/04/2011 em 16%, por decisão do Governo) sem reajustar suas tarifas de água e esgoto. Segundo a Companhia, durante esses seis anos em que a tarifa ficou sem reajuste, os principais custos (pessoal, material para tratamento de água e esgoto, energia e serviços de terceiros) aumentaram em média 39%. A opção de uma política tarifária populista teve como principal efeito inviabilizar um maior volume de receitas e, portanto, de investimentos, em uma área cujos gastos produzem um elevado impacto sobre a saúde da população e sobre o meio ambiente.

O fato do prestador não contar com sistemática de reajuste tarifário anual contraria as diretrizes estabelecidas no art. 37 da Lei Federal nº 11.445/2007 e art. 50 do Decreto Federal nº 7.217/2010, quanto à observância do intervalo mínimo de 12 meses para a realização dos reajustes das tarifas desses serviços, de acordo com normas legais, regulamentares e contratuais.

Quanto à existência ou não de sistemática definida em lei de revisão tarifária - reavaliação das condições da prestação dos serviços e das tarifas praticadas - como preconizam o art. 38 da Lei Federal nº 11.445/2007 e o art. 51 do Decreto Federal nº 7.217/2010, verificou-se que o prestador SANEPAR e os prestadores autônomos dos municípios de Jataizinho (RM de Londrina), Sertanópolis (RM de Londrina), São Jorge do Ivaí (RM de Maringá), Presidente Castelo Branco (RM de Maringá) e Lobato (RM de Maringá), não dispõem de sistemática de revisão tarifária.

Já os prestadores dos municípios de Ibiporã (RM de Londrina), Sarandi (RM de Maringá) e Marialva (RM de Maringá) contam com previsão legal de sistemática de revisão tarifária. Em Ibiporã (SAMAÉ), a Lei Municipal nº 2.384/2010 que instituiu o PMSB estabelece, no art. 29, as condições em que poderão ocorrer revisões tarifárias - ordinárias e extraordinárias. Em Sarandi (Águas de Sarandi), a Lei Municipal nº 1.650/2009 que instituiu o PMSB também estabelece, no art. 29, as condições em que poderão ocorrer revisões tarifárias - periódicas e extraordi-

nárias. Em Marialva (SAEMA), a Lei que criou a autarquia municipal de prestação dos serviços de saneamento (Lei Municipal nº 1.411/2010), estabelece, no art. 17, § 2º, que a revisão tarifária ocorrerá mediante lei específica sempre que se verificar a ocorrência de fatos que alterem o equilíbrio econômico financeiro.

Ao se proceder a uma simulação dos valores das contas de esgoto por faixas de consumo de água por prestador (prestadores autônomos e SANEPAR), verificou-se uma grande disparidade na cobrança dos serviços de esgoto para a mesma faixa de consumo de água entre os prestadores, a qual decorre do método de tarifação dos serviços e não dos custos de esgotamento sanitário: tarifam o serviço de “esgoto” (coleta e tratamento), conjuntamente, através da aplicação de um percentual fixo sobre a tarifa de água. Entretanto, esse método não se justifica por duas razões: primeiro, porque o percentual aplicado não espelha o índice de conversão do volume de água consumida em volume de esgoto produzido, uma vez que não há medição do volume de esgoto produzido; segundo, porque são diferentes os Sistemas de Tratamento de Esgoto utilizados e, portanto, diferentes os custos na prestação desses serviços.

Essa prática de tarifar os serviços de esgoto com base em percentual da tarifa de consumo de água sem que de fato esteja respaldado tecnicamente em um coeficiente de retorno (c)⁹ e sem que se leve em conta o real custo de prestação dos serviços, inclusive custo de capital, contraria os preceitos estabelecidos no art. 29, § 1º, alíneas III a VIII da Lei nº 11.445/2007 e art. 45 do Decreto Federal nº 7.217/2010 quanto a assegurar a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços mediante a cobrança dos serviços em regime de eficiência e revela a ausência de mecanismos regulatórios instituídos pelos entes competentes, conforme preconizam a Lei Federal Nº 11.445/2007 (artigos 21 a 25) e o Decreto Federal nº 7.217/2010 (arts. 27 a 30).

Por outro lado, a falta de transparência na cobrança dos serviços dificulta o processo de aprovação, no Legislativo, de regimes tarifários que assegurem a sustentabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços em regime de eficiência.

9 Vide Nota de Rodapé (8).

É importante ressaltar que a SANEPAR faz apropriação dos custos e tem um sistema informatizado de indicadores, através do qual a empresa monitora a prestação dos serviços. Entretanto, como mencionado anteriormente (item 4), a cobrança dos serviços se baseia no subsídio cruzado.

5 CONCLUSÃO

No Estado do Paraná, 44% da população reside nas regiões metropolitanas, espaço onde estão concentradas as maiores demandas de serviços públicos essenciais. Entretanto, como verificado pela auditoria, dos 59 municípios das três RMs do estado, 21 não dispõem de rede coletora de esgotos.

Considerando a situação por região metropolitana, a RM de Maringá foi a que apresentou o pior panorama em número de ligações de esgoto: do total de ligações de água existente nos municípios da RM de Maringá, apenas 55,48% estão ligadas a rede de esgotos ao passo que nos municípios da RM de Londrina, 69,45% das ligações de água estão ligadas a rede de esgotos e nos municípios da RM de Curitiba, 67,09% das ligações de água estão ligadas à rede de esgotos.

A Lei nº 11.445/2007 e o Decreto Federal nº 7.217/2010 preveem a necessidade de planejamento das ações de saneamento pelo titular dos serviços (municípios), através da elaboração de um Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB). A existência deste Plano, a partir de 2014, passa a ser condição de acesso do município aos recursos orçamentários da União ou a recursos geridos ou administrados por órgão ou entidade da administração pública federal, quando destinado a serviços de saneamento básico.

Entretanto, a auditoria constatou que os empreendimentos de saneamento da maioria dos municípios com prestadores autônomos de duas RMs não vêm sendo norteados pelos Planos Municipais de Saneamento Básico (PMSB), em função dos municípios ainda não terem elaborado estes Planos ou estarem pleiteando recursos junto à FUNASA para a contratação de consultoria para sua elaboração. A consequência da ausência de plano é que os empreendimentos são realizados

para atender a demandas urgentes sem levar em conta um maior horizonte temporal e metas progressivas de atendimentos dos serviços à população.

Além disso, a auditoria constatou que os Planos Plurianuais não vêm cumprindo o papel de efetivo instrumento de planejamento das ações de longo prazo das municipalidades, uma vez que nestes planos não estão bem definidos os critérios e as metas físicas e financeiras da função saneamento, servindo este instrumento mais para cumprir uma exigência legal.

A auditoria também constatou que a população de baixa renda não figura como critério do destino dos investimentos em saneamento em 88% dos municípios com serviços prestados de forma autônoma em duas RMs do Estado.

Para os municípios com serviços prestados pela SANEPAR, a auditoria constatou que os investimentos são realizados com base nos critérios definidos pela Companhia, contrariando as diretrizes estabelecidas pela Lei Federal nº 11.445/2007 e pelo Decreto Federal nº 7.217/2010 quanto à responsabilidade do titular (município) de elaborar e aprovar os planos municipais de saneamento, que deveriam nortear os respectivos contratos de concessão celebrados entre o titular dos serviços (município) e o concessionário (SANEPAR), em especial quanto às metas progressivas de atendimento dos serviços, definidas a partir de diagnóstico prévio.

Também verificou-se falta de transparência nos gastos realizados em saneamento nos municípios pela SANEPAR, uma vez que as despesas com saneamento previstas de serem realizadas pela Companhia Estadual no exercício não são apresentadas de forma individualizada (por município) nem no Plano Plurianual do Estado – PPA nem no Orçamento Anual e também não são contabilizadas nos balanços orçamentários municipais e do Estado.

Alguns municípios que têm os serviços prestados de forma autônoma alegaram dificuldades de ordem técnica-institucional para viabilizar ações de investimento: Jataizinho (RM de Londrina); Sertanópolis (RM de Londrina); Pres. Castelo Branco (RM de Maringá) e Lobato (RM de Maringá).

Quanto ao destino dos gastos em saneamento (urbano/rural), verificou-se que 93% dos municípios das três RMs não efetuaram gastos em saneamento rural no período 2008/2010.

A situação dos investimentos em saneamento apresentada pelos municípios com prestadores autônomos, no período 2008/2010, foi a seguinte: Sertãoópolis (RM de Londrina) e Pres. Castelo Branco (RM de Maringá) foram os únicos que apresentaram investimentos em saneamento no período considerado.

A situação dos investimentos em saneamento apresentada pelos municípios com serviços prestados pela SANEPAR, no período 2008/2010, foi a seguinte:

- Na RM de Londrina, dos quatro municípios com serviços prestados por essa Companhia (Londrina, Cambé, Rolândia e Bela Vista do Paraíso), Cambé foi o único que apresentou redução de investimentos em coleta de esgotos e todos apresentaram redução no número de novas ligações de esgoto no período considerado;
- Na RM de Maringá, todos os municípios com serviços prestados pela SANEPAR (Mandaguari, Maringá, Astorga, Doutor Camargo, Floraí, Itambé, Jandaia do Sul, Mandaguaçu, Paiçandu e Santa Fé) apresentaram redução de investimentos em coleta e tratamento de esgotos e no número de novas ligações de esgoto, no período 2008/2010;
- Na RM de Curitiba, dos 16 municípios que têm os serviços de esgotamento sanitário prestados pela SANEPAR, nove apresentaram redução de investimentos em coleta de esgotos (Campina Grande do Sul, Piraquara, São José dos Pinhais, Curitiba, Campo Largo, Balsa Nova, Araucária, Mandirituba e Campo Magro), com exceção de Campo Largo, Balsa Nova e Campo Magro, os demais municípios apresentaram redução no número de novas ligações de esgoto e, com exceção de Quatro Barras, Balsa Nova e Araucária, os demais municípios apresentaram redução de investimentos em tratamento de esgotos, no período 2008/2010.

Com relação ao regime tarifário praticado verificou-se que, em geral, os prestadores de serviços tarifam os serviços de coleta e tratamento de esgoto conjuntamente (“esgoto”) através da aplicação de um percentual sobre a tarifa de água, numa escala que vai de 40% (SAMAE - Lobato; e SAAE - Sertãoópolis) a 85% (SANEPAR - Curitiba), sendo esses percentuais definidos de forma arbitrária, uma vez que não estão respaldados no volume de esgoto produzido e/ou nos custos dos Sistemas de Tratamento de Esgoto utilizados em cada localidade. No caso dos prestadores autônomos, a utilização desse regime de tarifação decorre da ausência de medição do volume de esgoto produzido e da apropriação de custos de coleta e tratamento de esgoto. No caso da SANEPAR, a utilização desse regime está respaldada na opção do subsídio cruzado como forma de exploração econômica dos serviços (tarifa única – em que os municípios mais ricos subsidiam a prestação dos serviços nos municípios mais pobres), fato este que impede à tarifa espelhar os reais custos da prestação do serviço em cada localidade, apesar de a empresa fazer a apropriação dos custos e ter um sistema informatizado de indicadores por meio do qual monitora a prestação dos serviços.

Essa prática não transparente de cobrar pelos serviços dificulta a aprovação de tarifas realistas no Legislativo e a gestão eficiente dos serviços. Além disso, contraria os ditames da legislação aplicada (Lei Federal nº 11.445/2007 e do Decreto Federal nº 7.217/2010) que prevê a necessidade do titular instituir a regulação dos serviços e a definição de tarifas com base em critérios técnicos que assegurem o equilíbrio econômico-financeiro e a modicidade tarifária mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade, especificando a necessidade da sustentabilidade econômico-financeira ser assegurada, sempre que possível, mediante remuneração que permita a recuperação dos custos dos serviços em regime de eficiência.

Com relação à concessão de isenções, verificou-se, como prática comum dos prestadores autônomos de alguns municípios (Jataizinho, Lobato, Pres. Castelo Branco, Sarandi e São Jorge do Ivaí) conceder isenções tarifárias sem considerar a situação socioeconômica individual do beneficiário final, fato este contrário às diretrizes estabelecidas na Lei Federal nº 11.445/2007 e Decreto Fe-

deral nº 7.217/2010 que especifica a necessidade de se garantir a sustentabilidade econômico-financeira mediante remuneração pela cobrança dos serviços em regime de eficiência e observação da ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços.

Com relação à suficiência ou não da receita tarifária para financiar os investimentos planejados, verificou-se que, para a SANEPAR, “Águas de Sarandi” (Sarandi) e SAEMA de Marialva, a receita tarifária é considerada suficiente ao passo que para os prestadores autônomos dos municípios de Jataizinho, Ibiporã, Sertanópolis, São Jorge do Ivaí, Pres. Castelo Branco e Lobato, a receita tarifária não é considerada suficiente, contrariando as diretrizes estabelecidas na Lei Federal nº 11.445/2007 e Decreto Federal nº 7.217/2010 quanto aos serviços terem a sustentabilidade econômico-financeira garantida mediante remuneração pela cobrança dos serviços em regime de eficiência e a geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, visando o cumprimento das metas e objetivos do planejamento.

Com relação à composição dos custos dos serviços de esgotamento sanitário, verificou-se, na SANEPAR, uma vez que os prestadores autônomos não apropriam esses custos, que os componentes “Despesa de Terceiros” e de “Pessoal” representam, conjuntamente, entre 50% a 60% das despesas de tratamento de esgoto para a maioria dos municípios atendidos por essa Companhia nas três RMs do Estado, no exercício de 2010. O peso da “energia elétrica” nas “Despesas de Terceiros” varia de 30% a 60%, o que faz deste insumo um dos principais componentes de custo da prestação dos serviços de saneamento – não só porque a maior parte dos Sistemas de Tratamento de Esgoto utilizados tem na energia elétrica um dos principais componentes de custo como também dado o peso desse custo no tratamento da água. A elevada participação do ICMS no custo da energia elétrica (27%) prejudica a eficiência na prestação do serviço e encarece a tarifa para o usuário, dificultando o cumprimento das diretrizes da Lei Federal nº 11.445/2007 e do Decreto Federal nº 7.217/2010 quanto à necessidade de garantir a sustentabilidade econômico-financeira mediante remuneração pela cobrança dos serviços em regime de eficiência.

Com relação à necessidade dos prestadores disporem de sistemática de reajuste das tarifas de prestação dos serviços, verificou-se que os prestadores autônomos dos municípios de Jataizinho, Sertanópolis, São Jorge do Ivaí, Pres. Castelo Branco e Lobato não contam com sistemática definida em lei de reajuste tarifário anual e a SANEPAR, apesar de dispor de sistemática de reajuste tarifário anual, permaneceu por seis anos (de 31/01/2005 a 04/04/2011) sem reajustar suas tarifas de água e esgoto, contrariando as diretrizes estabelecidas pela legislação (Lei Federal nº 11.445/2007 e Decreto Federal nº 7.217/2010) que prevê a observância do intervalo mínimo de 12 meses para a realização dos reajustes das tarifas desses serviços.

Com relação à necessidade dos prestadores disporem de sistemática de revisão tarifária, verificou-se que a SANEPAR e os prestadores autônomos dos municípios de Jataizinho, Sertanópolis, São Jorge do Ivaí, Presidente Castelo Branco e Lobato, não dispõem de sistemática de revisão tarifária, contrariando as diretrizes estabelecidas na Lei Federal nº 11.445/2007 e no Decreto Federal nº 7.217/2010.

Por fim, em simulação realizada pela auditoria, constatou-se grande disparidade nos valores das contas dos serviços de esgoto, entre os prestadores, para a mesma faixa de consumo de água, decorrente do método de tarifação dos serviços, que tarifa o serviço de esgoto mediante a aplicação de um percentual fixo sobre a tarifa de consumo de água, método que, além de não estar respaldado tecnicamente em um coeficiente de retorno (c)¹⁰ não leva em conta o real custo de prestação dos serviços em cada localidade, inclusive custo de capital, contrariando, dessa forma, as diretrizes da legislação pertinente (Lei nº 11.445/2007 e do Decreto Federal nº 7.217/2010) que prevê que a tarifação deve assegurar a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços mediante a cobrança destes em regime de eficiência e a necessidade de instituição de mecanismos regulatórios por parte dos entes competentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto Federal nº 7.217, de 21 de junho de 2010**. Regulamenta a Lei no 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm>. Acesso em: 10 ago. 2010.

_____. IBGE. **Censo 2010**. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em 10 ago. 2010.

_____. IBGE. **Pesquisa de informações básicas municipais: perfil dos municípios brasileiros: 2009**. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2009/munic2009.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2010.

_____. IBGE. **Pesquisa Nacional de Saneamento Básico: 2008**. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/pnsb2008/PNSB_2008.pdf>. Acesso em 10 ago. 2010.

_____. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 10 ago. 2010.

_____. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. **Diretrizes para a definição da política e elaboração do Plano de Saneamento Básico**. 2011. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/ArquivosPDF/Diretrizes_Politica_Planos_de_Saneamento.pdf>. Acesso em 10 ago. 2010.

_____. Sistema de Coleta de Dados Contábeis de Estados e Municípios (SISTN). **Despesa por Função: Balanço Orçamentário Anual (2008, 2009); Relatório Resumido de Execução da Receita (2010)**. Disponível em <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/estados_municipios/sistn.asp>. Acesso em: 10 ago. 2010.

FERNANDES, Carlos. **Esgotos sanitários**. João Pessoa: Ed. UFPB, 1997.

PARANÁ. Instituto Paranaense de Desenvolvimento Econômico e Social (IPARDES). **Base de Dados do Estado**. Disponível em: <<http://www.ipardes.pr.gov.br/imp/index.php>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

_____. Secretaria de Estado do Planejamento e Coordenação Geral. **Plano Plurianual 2008 a 2011**. Curitiba, 2007. Disponível em: <<http://www.sepl.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=12>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

_____. Tribunal de Contas. **Sistema de Informações Municipais: Acompanhamento Mensal (SIM – AM)**. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/o-que-e-o-sim/20>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

_____. Companhia de Saneamento do Paraná (SANEPAR). Relatórios gerenciais.





[DOUTRINA]

Controle judicial do direito à saúde e a construção do conceito de democracia deliberativa como princípio interpretativo¹

Control judicial del derecho a la salud y la construcción del concepto de la democracia deliberativa como principio interpretativo

PIVETTA, Saulo Lindorfer²

Analista de Controle do TCE/PR

Bacharel em Direito - UFPR

Mestrando do Curso de Direito do Estado da UFPR

RESUMO

O trabalho destina-se a contribuir com o debate acerca do conteúdo material do direito à saúde que é passível de tutela pelo Poder Judiciário. Para promover esta reflexão, o texto adota como ponto de partida um recente voto exarado pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal, em que o problema da saúde é debatido de maneira metódica, servindo para balizar a atuação do STF nas ações relacionadas a prestações sanitárias. Posteriormente, a partir da ideia de paradigma de controle judicial, desenvolvida por Lucas Grosman, o hodierno entendimento do STF é enquadrado no chamado paradigma da inclusão, advindo daí algumas observações críticas que são abordadas pelo texto. Finalmente, a partir, principalmente, de Cass Sunstein, é debatida a necessidade de determinação, pelo Poder Judiciário, de um princípio interpretativo que oriente a atuação judicial nos casos que demandam prestações do direito à saúde, tendo em vista a existência de posições sobremaneira divergentes a respeito do tema nos diversos órgãos jurisdicionais. Continuando a reflexão, define-se a democracia deliberativa como princípio interpretativo a nortear a interpretação constitucional do direito à saúde, sendo na sequência delineados alguns critérios, a partir da fundamentação apresentada, os quais podem orientar, de maneira coerente, a atuação judicial quando estiver em pauta alguma questão sanitária.

Palavras-chave: Tutela judicial do direito à saúde. Paradigmas de controle judicial. Interpretação constitucional. Democracia deliberativa.

1 Artigo laureado com o prêmio “Jorge Luis Salomoni”, por ter ficado em 1º lugar no Concurso de Artigos Jurídicos do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul – Homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni, realizado no Município de Foz do Iguaçu/PR nos dias 7 a 9 de junho. O texto integral também será publicado nos anais do evento.

2 Contato: saulo.pivetta@tce.pr.gov.br

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto contribuir al debate sobre el contenido sustantivo del derecho a la salud que está sujeto a la posibilidad del control judicial. Para promover esta reflexión, el documento toma como punto de partida un reciente voto del ministro Gilmar Ferreira Mendes, de la Corte Suprema, sobre la cuestión de la salud, que ha servido para orientar la acción de la Corte en las acciones relacionadas con la salud. Más tarde, a partir de la idea de paradigma de control judicial, desarrollada por Lucas Grosman, la comprensión actual de lo STF se enmarca en el paradigma de la inclusión, derivándose de ahí algunas observaciones críticas que se indican en el texto. Finalmente, con base principalmente en Cass Sunstein, se debate la necesidad de determinación, por el Poder Judicial, de un principio interpretativo para guiar la acción de los jueces en los casos que involucran el derecho a las prestaciones de salud, especialmente en vista de la existencia de posiciones divergentes sobre el tema en los distintos tribunales. Continuando la reflexión, se define la democracia deliberativa como principio interpretativo para orientar la interpretación del derecho constitucional a la salud, con la descripción de algunos criterios que pueden servir de guía, de manera coherente, a la acción judicial en los casos de derecho a la salud.

Palabras clave: Tutela judicial del derecho a la salud. Paradigmas del control judicial. Interpretación constitucional. Democracia deliberativa.

1 INTRODUÇÃO

A positivação da saúde como direito fundamental social (art. 6º da Constituição Federal), apesar de significar um considerável avanço, não é suficiente para promover todas as alterações necessárias para a transformação da realidade sanitária brasileira. Isso porque, a despeito da inegável força normativa da Constituição³, diversas outras questões também devem ser resolvidas para que a satisfação do direito à saúde possa alcançar patamares satisfatórios.

Uma delas é o fato de que a concretização desse direito demanda a implementação, pelo Poder Público, de políticas públicas. Contudo, nem o texto constitucional nem a legislação ordinária indicam, de modo inequívoco, qual o conteúdo exato do direito à saúde a ser contemplado por tais políticas. Assim, torna-se cada vez mais comum a busca pelo Poder Judiciário para que este determine, em cada caso, se a prestação requerida pode ser considerada direito subjetivo do cidadão, o que autorizaria a condenação do Estado ao seu custeio. Este fenômeno geralmente é indicado pela doutrina como a “judicialização do direito à saúde”.⁴

No contexto judicial brasileiro essa discussão ganhou novos contornos a partir da organização, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de audiência pública destinada exclusivamente a debater o problema da saúde pública no Brasil, conforme se analisará de maneira mais detalhada no corpo deste arti-

3 Sobre o contexto histórico, teórico e filosófico de formação das bases do constitucionalismo contemporâneo, cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). Doutrinas essenciais: direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 143-196; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Constituição como norma. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). Doutrinas essenciais: direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 73-88.

4 O professor Luis Roberto Barroso situa a problemática da “judicialização do direito à saúde” entre dois vetores estruturantes do Estado brasileiro: o constitucionalismo e a democracia. Neste contexto de potencial conflituosidade, entre direitos fundamentais garantidos pela Constituição e o exercício da soberania popular pelos órgãos democráticos representativos (como o Poder Legislativo e o Poder Executivo), exsurge o Poder Judiciário como instância capaz de velar pela efetividade daqueles direitos sempre que violado seu conteúdo essencial. Sobre o tema, cf. BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação estatal. [2008]. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/falta-efetividade-judicializacao-excessiva.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

go (especificamente, no ponto 2.2). Com as informações colhidas na audiência, o ministro Gilmar Ferreira Mendes redigiu voto em que o direito à saúde foi analisado pormenorizadamente, inclusive sendo delineados parâmetros que deveriam orientar a atuação jurisdicional quando estivesse em questão alguma tutela envolvendo esse direito.

O presente trabalho tem como objetivo analisar criticamente o entendimento que vem sendo firmado no STF sobre o assunto, que tem como paradigma o voto elaborado pelo ministro Gilmar Mendes. Para alcançar a meta proposta, a primeira parte deste artigo (ponto 2) realizará uma breve análise do regime jurídico-constitucional do direito à saúde, além de apresentar descritivamente o referido voto. Na sequência (ponto 3), será utilizado o aporte doutrinário de Lucas Grosman para identificar o paradigma de controle judicial em que se encontra situado o entendimento do Corte constitucional brasileira.

Finalmente, com base principalmente nas fundamentações de Cass R. Sunstein, o ponto 4 do trabalho justificará a necessidade de se definir um princípio interpretativo da Constituição que oriente a atuação judicial nos casos relacionados ao direito à saúde. Também se buscará delinear, a partir da realidade constitucional brasileira e das construções teóricas apresentadas, alguns critérios mais claros para que se possa decidir, diante do caso concreto, se a prestação pleiteada encontra-se albergada no direito à saúde constitucional e legalmente assegurada.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O CONTEMPORÂNEO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 O REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

Na ordem jurídica pátria, a Constituição Federal de 1988 inseriu o direito à saúde no rol dos direitos sociais (art. 6º), que integra o Título II (“Dos Direi-

tos e Garantias Fundamentais”). Mais detalhadamente, o tema é tratado nos artigos 196 a 200 (seção II do Título VIII – “Da Ordem Social”).

O texto constitucional, portanto, atribuiu ao direito à saúde o *status* de **direito fundamental**, material e formalmente. A fundamentalidade formal, assevera Ingo Sarlet (2011), é resultado:

- a) de sua hierarquia axiológico-normativa superior, enquanto norma positivada pela Constituição;
- b) de sua previsão entre os limites materiais à reforma constitucional (art. 60, § 4º, IV da CF);
- c) da aplicabilidade imediata e vinculatividade imposta ao Estado, em razão da norma do artigo 5º, § 1º da Constituição (ou seja, o exercício do direito à saúde independe de regulação infraconstitucional).⁵

A fundamentalidade material decorre da relevância da saúde como bem jurídico tutelado por dispositivo constitucional, que possui íntima ligação com outros direitos fundamentais e valores constitucionais, como o próprio direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Ademais, a garantia da saúde, assim como dos demais direitos sociais, representa medida que assegura o exercício, pelo indivíduo, das liberdades civis outorgadas pelo Estado.⁶

Por outro lado, a Constituição elegeu a saúde não apenas como direito, mas também como **dever** fundamental, conforme se depreende do *caput* do artigo 196: “a saúde é direito de todos e dever fundamental do Estado [...]”. O

5 O professor Clèmerson Merlin Clève reconhece, inclusive, que do art. 6º da Constituição Federal decorrem direitos prestacionais originários, ou seja, há alguns conteúdos dos direitos sociais que podem ser direta e imediatamente reclamados judicialmente, ainda que inexista legislação regulamentadora. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 102.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Interesse Público**, v. 3, n. 12, p. 91-107, out./dez. 2001. p. 92-93.

estudo dos deveres a que se refere o artigo 196 suscita o problema das possíveis dimensões reconhecidas ao direito à saúde, tendo em vista que é a partir delas que decorrem os respectivos deveres.⁷

Sarlet (2007) argumenta que o direito à saúde é direito social que apresenta dupla dimensão, uma defensiva e outra prestacional.⁸ Como direito de defesa, o direito à saúde impõe o dever de respeito, em sentido precipua-mente negativo: a saúde de alguém não deve ser prejudicada, mas preserva-da. Enquanto direito prestacional, é determinado, notadamente ao Estado⁹, o dever de agir concretamente para garantir a saúde da população.¹⁰ Esse agir concreto do Estado configura-se tanto no sentido de fornecimento de bens e serviços (direito a prestações em sentido estrito), como na organização de instituições e procedimentos de proteção do direito à saúde.¹¹

Ainda no âmbito da dimensão defensiva do direito à saúde, Sarlet (2001) ressalta que deve ser considerado o princípio da proibição do retrocesso. De maneira simplificada, tal princípio impõe, sobretudo ao legislador infracons-titucional e à administração pública, que não seja desconstituído o nível de concretização que eles próprios haviam dado aos dispositivos da Constitui-ção, ainda mais quando se considera que a eficácia e efetividade do direito à

7 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 86-87.

8 Alexy, principalmente, é responsável pela formulação inicial da proposta de classifica-ção dos direitos fundamentais segundo a função principal que exerçam (classificação funcional). Ingo Sarlet adaptou essa classificação à realidade constitucional brasileira, fazendo a distinção entre direitos de defesa (operando limites à atuação estatal, na tutela da liberdade individual) ou direitos a prestações, em sentido amplo (direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento) e em sentido estrito (prestações materiais). Para um estudo aprofundado, cf. SARLET, Ingo Wolf-gang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 191-241; ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

9 Reconhece-se, igualmente uma dimensão horizontal de eficácia dos direitos fundamen-tais, que incide sobre as relações entre particulares. SARLET (2007), p 374 e ss. Inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, reconheceu que, mesmo em associações privadas, é obrigatória a observação do direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV da CF) nos processos que tenham por escopo a apuração de infração cometida por algum associado.

10 SARLET (2001), p. 97.

11 MILANEZ, Daniela. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 197-221, jul./set. 2004. p. 198-199.

saúde são densificadas quando existente regulamentação infraconstitucional (o que, certamente, não exclui sua aplicabilidade imediata a partir do próprio texto constitucional).¹²

Quanto à dimensão prestacional do direito à saúde, ressalte-se que o artigo 6º da Constituição já compreende uma série de direitos prestacionais originários (ou seja, que não dependem de regulamentação infraconstitucional para serem exercidos)¹³, o que se conclui até mesmo em razão do princípio da vedação do retrocesso social. Infraconstitucionalmente, a Lei Federal nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), explicita a noção ampla que possui a dimensão prestacional do direito à saúde.¹⁴ Isso porque o art. 3º dessa Lei¹⁵ associa a saúde a diversos fatores determinantes: a alimentação, a saúde, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Havendo, pois, determinação constitucional de que o direito à saúde seja concretizado, devem ser tomadas as providências para que tal objetivo seja alcançado. Nessa esteira, a própria Constituição elegeu as políticas públicas como instrumento privilegiado, ao definir em seu art. 196 que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante **políticas sociais e econômicas** que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (grifo nosso).

12 SARLET (2001), p. 100. Ainda, para um estudo aprofundado sobre o tema do princípio da vedação do retrocesso social, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco G. M. de; BEDÊ, Faya (Coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 292-335.

13 FIGUEIREDO (2007), p. 90.

14 SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.41.

15 Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Nesse dispositivo constitucional percebe-se a preocupação do constituinte em sedimentar a obrigação do Estado de implementar os meios necessários à efetivação do direito à saúde. E este direito foi assegurado não apenas em nível superficial, mas abarcando os âmbitos de promoção, proteção, recuperação e, destaque-se, prevenção. Reforçando o caráter preventivo que deveria assumir a gestão da saúde pública, o art. 198, II da Constituição consignou como uma das diretrizes básicas do Sistema Único de Saúde o “atendimento integral, **com prioridade para as atividades preventivas**, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (grifo nosso).

Do exposto, admite-se que o esquema teórico e dogmático em que se enquadra o direito à saúde é bastante complexo. Apesar do consenso a respeito de sua eficácia e aplicabilidade imediata, há uma específica dificuldade em se definir quais prestações materiais seriam exigíveis do Poder Público em razão da normativa constitucional e infraconstitucional. É nesse âmbito que ganha relevo a atuação judicial, haja vista que é volumosa a quantidade de demandas no Poder Judiciário envolvendo o direito à saúde, questão que será enfrentada no próximo tópico.

2.2 O ENTENDIMENTO DO STF EM RELAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE

Proliferam, no Poder Judiciário, ações cujos autores pleiteiam prestações relacionadas ao direito à saúde. Esse fato decorre não só da dificuldade em se delimitar os limites do conteúdo desse direito, como também da atuação por vezes ineficaz do Poder Público (seja com a destinação de recursos insuficientes para as políticas sanitárias, seja com a má gestão da saúde pública).

O problema da saúde, assim, muitas vezes, é colocado perante o gabinete de juízes. A tramitação processual frequentemente alcança o Supremo Tribunal Federal, colocando-se a resolução dessa intrincada questão sob a batuta de seus ministros. Diante da significativa quantidade de ações, e da complexidade que as envolvia, o então presidente do STF, ministro Gilmar Ferreira Mendes, convocou uma audiência pública, que ocorreu nas datas

de 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Nos seis dias de debates, foram ouvidas mais de cinquenta pessoas, desde usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), passando por médicos, técnicos de saúde, gestores do SUS, até advogados, promotores de justiça, defensores públicos, magistrados e professores.

As ações relacionadas ao direito à saúde envolvem as mais diversas facetas que pode assumir esse direito, como a concessão de medicamentos, de próteses e de tratamentos, a construção de leitos hospitalares e de UTI's, a realização de obras de saneamento básico etc. Como não seria possível, partindo exclusivamente do texto da Constituição e dos demais dispositivos legais atinentes ao tema, definir rigorosamente quais dessas prestações estariam sob o âmbito de eficácia do direito fundamental à saúde, a audiência pública deveria prestar-se a fornecer subsídios que viabilizassem ao Poder Judiciário definir "se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial"¹⁶.

Nesse contexto, consignou o ministro Gilmar Mendes que o posicionamento definido pelo Supremo Tribunal Federal, levando em conta as informações colhidas por ocasião da audiência pública, teria o condão de erigir critérios mais bem definidos que orientariam as futuras atuações do Poder Judiciário quando estivesse em pauta alguma prestação envolvendo o direito à saúde.

Com efeito, o ministro Gilmar Mendes lavrou voto em que foram delineados os diversos nuances da questão, sedimentando-se critérios para a concessão judicial da tutela. Esse voto tem sido utilizado corriqueiramente pelo ministro para fundamentar seus posicionamentos, nos processos de sua relatoria¹⁷. Ainda, diversos ministros exaltaram o entendimento ali firmado,

16 Agravo Retido na Suspensão de Liminar nº 47, Relator Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010.

17 Cite-se, como exemplo, além da Suspensão de Liminar nº 47, a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, Relator Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, e Suspensão de Segurança nº 3724, Relator Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010.

reputando-o como decisão de referência para os demais casos ligados ao direito à saúde e às políticas sanitárias¹⁸. Assim, dada sua relevância, na sequência o referido voto será analisado sob dois aspectos principais: a delimitação realizada acerca do direito à saúde e os critérios estabelecidos para a concessão da prestação jurisdicional.

2.2.1 Delineamento do direito à saúde

O ministro Gilmar Mendes realiza minucioso estudo do art. 196 da Constituição, dividindo-o analiticamente em seis elementos:

- a) a saúde representa direito de todos;
- b) dever do Estado;
- c) garantido mediante políticas sociais e econômicas;
- d) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos;
- e) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário;
- f) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

O primeiro elemento (“direito de todos”), segundo o ministro, reforça a ideia de que o direito à saúde consignado na Constituição não se resume a mera norma programática – considerá-lo como tal implicaria a abolição de seu conteúdo normativo. Citando o ministro Celso de Mello, o ministro Gilmar Mendes registra que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”. Assentado o caráter normativo do mandamento, prossegue o ministro afirmando que o direito à saúde congrega uma dimensão individual (a saúde de cada pessoa não pode ser desassistida pelo Estado) e uma dimensão coletiva (a generalidade das pessoas deve ter acesso às políticas sociais e econômicas de efetivação do direito à saúde).

Diante dessas considerações, o ministro define que não há um direito subjetivo absoluto a qualquer prestação jurisdicional, mas sim um direito

18 Nesse sentido manifestaram-se os ministros Marco Aurélio, Eros Grau, Ayres Britto e Celso de Mello (cf. Suspensão de Liminar nº 47, Relator Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010).

público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam ou recuperem a saúde. Nesse sentido, a tutela judicial seria condicionada, *prima facie*, ao não comprometimento do Sistema Único de Saúde como um todo (ou seja, o direito subjetivo individual esbarra no momento em que sua satisfação puder causar transtorno à satisfação do direito à saúde dos demais membros da comunidade).

O segundo elemento (“dever do Estado”) explicita que o Estado, em todos os níveis da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), está obrigado a promover as políticas públicas necessárias à concretização do direito à saúde. O art. 23, II da Constituição estabelece competência comum dos entes da federação para zelar pela saúde. Disso, decorre que há responsabilidade solidária entre todos os entes, que poderão figurar no pólo passivo das ações em que forem pleiteadas prestações de saúde negadas ou não ofertadas pelo SUS. Igualmente, os recursos que financiarão as ações e serviços de saúde deverão ser provenientes dos orçamentos de todos os entes federativos, além do orçamento da seguridade social e de outras fontes (art. 195, CF).

O terceiro elemento (“garantido mediante políticas sociais e econômicas”) ressalta que a concretização do direito à saúde engendra escolhas alocativas, o que deve ser realizado mediante a formulação de políticas públicas. Tais políticas, além de realizarem a distribuição de recursos escassos, permitem o constante repensar das ações e serviços de saúde, tendo em vista a evolução da medicina e os novos desafios que se colocam perante o gestar de saúde (como o aparecimento de novas moléstias, o desaparecimento de outras, o envelhecimento da população etc.).

O quarto elemento (“políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”) indica a necessidade de serem adotadas atividades preventivas como medidas integrantes da política sanitária. O art. 198, II da Constituição, inclusive, alça as medidas preventivas ao patamar prioritário de ação do Estado.

O quinto elemento (“políticas que visem ao acesso universal e igualitário”) impõe ao Poder Público que as políticas públicas de saúde sejam formuladas de modo a alcançar a população como um todo. Ainda, a disposição constitucional é reforçada pelo art. 7º, IV da Lei nº 8.080/1990, segundo o qual deverá ser garantida a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”.

O sexto elemento (“ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde”), segundo o ministro, é central para a compreensão da efetividade do direito à saúde no Brasil. Isso porque, ressalta o ministro Gilmar Mendes, grande parte das ações e serviços necessários à adequada satisfação das demandas sanitárias da população já se encontra prevista em políticas públicas. O problema, portanto, estaria no âmbito na inexecução das políticas pelos entes federativos, e não na inexistência de políticas públicas.

Com isso conclui o ministro que a falta de eficácia social do direito à saúde, no Brasil, não é consequência apenas de lacuna normativa. Pelo contrário, a Constituição, bem como leis ordinárias (em especial a Lei nº 8.080/1990 e a Lei nº 8.142/1990), garantem uma base jurídica suficiente para a concretização do direito à saúde. A inoperância dos gestores (federais, estaduais ou municipais) é o principal motivo da não efetivação desse direito, o que tem abarrotado o Poder Judiciário com demandas sobre a questão.

A seguir será analisado como o ministro Gilmar Mendes, a partir de sua análise sobre o direito à saúde, define os critérios que devem orientar os magistrados na solução destes casos. Ressalte-se que os argumentos apresentados foram utilizados pelo próprio ministro para fundamentar sua decisão.

2.2.2 Critérios de concessão da tutela judicial

A partir do contexto esboçado anteriormente, o ministro desenvolveu uma série de critérios para balizar a atuação judicial quando estivesse em jogo alguma pretensão envolvendo o direito à saúde. Deve-se frisar que o ministro

estabeleceu tais parâmetros municiado com as informações obtidas na audiência pública realizada, fato destacado pelo membro da Corte Suprema.

Em primeiro lugar, as demandas de saúde foram repartidas em dois grandes grupos segundo o seguinte critério: existência ou não de política pública que abarque a prestação requerida. Caso exista a política pública, a solução apontada é simples: a administração pública omissa deverá ser obrigada a prestar a tutela, tendo em vista que a existência de política pública confere um direito subjetivo ao indivíduo. Em caso de omissão administrativa injustificada, portanto, a determinação judicial de concessão da tutela não significa, de modo algum, interferência do Poder Judiciário em esfera alheia à sua competência.¹⁹

O segundo grupo de casos (aqueles não abarcados por políticas públicas) exige um refinamento maior dos critérios a serem adotados. Tais demandas são subdivididas, pelo ministro, de acordo com a causa de negativa da prestação da tutela pleiteada. São identificadas duas circunstâncias principais:

- a) decisão administrativa motivada;
- b) existência de vedação legal.

Quando se tratar de não prestação devido a decisão administrativa motivada (a), dever-se-á atentar para a justificativa apresentada pelo administrador público. São basicamente duas hipóteses:

- a não concessão devido à existência de tratamento alternativo ofertado pelo SUS, comprovadamente eficiente para aquele tipo de caso;
- a não concessão pelo fato de o SUS não dispor de tratamento específico para o caso.

Na primeira hipótese aventada (existência de tratamento alternativo eficaz), o Poder Judiciário deve orientar-se, em regra, a não conceder pres-

¹⁹ Esse é o que o professor Luis Roberto Barroso chama de “espaço inequívoco de atuação judicial”. Cf. BARROSO (2008), p. 20.

tação diversa àquela oferecida pelo Sistema Único de Saúde. Isso porque a adoção de determinado tratamento médico ou medicamento pelo SUS é sinal de que ele já foi devidamente referendado pela comunidade científica, ou seja, ele mostra-se mais seguro em termos de saúde pública. Por outro lado, o SUS opta, dentre os medicamentos ou tratamentos eficazes, por aquele que apresenta a melhor relação custo/benefício. Isso decorre da necessidade de o Poder Público racionalizar a distribuição dos recursos existentes, viabilizando o fornecimento da prestação a um número maior de cidadãos.

Na segunda hipótese (SUS não dispõe de tratamento eficaz para determinado caso), dever-se-á verificar se o tratamento disponível é experimental (de eficácia ainda não comprovada cientificamente) ou se é tratamento novo, ainda não avaliado pelo SUS. Se o tratamento pleiteado pelo paciente for experimental, o Poder Judiciário não deverá conceder a tutela. Isso porque, se o sujeito deseja se submeter a tratamentos cuja eficácia ainda não tenha sido reconhecida, ele deverá inscrever-se no respectivo projeto de pesquisa médica, não sendo razoável exigir que o Estado o custeie ou forneça.

Diversamente, quando se tratar de situação em que existe tratamento cuja eficácia tenha sido chancelada pela comunidade científica, mas que ainda não tenha sido recepcionado pelo SUS, poderá ser concedida a tutela judicial. A evolução do saber médico caminha em ritmo mais acelerado que as burocracias estatais, de modo que não se pode admitir que um obstáculo burocrático represente limitação ao direito à saúde. Vários gestores públicos, de própria iniciativa, reconhecem isto e concedem determinado tratamento, ainda que o SUS não tenha realizado sua avaliação formal.

Consigne-se que o SUS baseia sua atuação na chamada “medicina com base em evidências”, havendo todo um regramento legal para que determinado tratamento ou remédio passe a integrar os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Assim, muitas vezes o tratamento/medicamento leva um tempo considerável até ser devidamente aprovado e recepcionado pelo Sistema

Único de Saúde. Através da atuação jurisdicional é possível minimizar as barreiras impostas pela burocracia.

Finalmente, há situações em que existe vedação legal ao fornecimento da prestação (b). Trata-se, sobretudo, da hipótese descrita pelo art. 12 da Lei nº 6.360/1976, que dispõe sobre os procedimentos de vigilância sanitária a que se sujeitam medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos. De acordo com tal dispositivo, “nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”.

Ou seja, os produtos que não tenham sido devidamente registrados na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) não podem ser fornecidos à população pela administração pública. Esta é uma medida imprescindível à proteção da saúde pública, haja vista que o registro só é concedido depois de verificada a eficácia do medicamento. Ainda, a ANVISA também realiza a regulação econômica dos fármacos, de modo que o novo produto somente poderá ser comercializado se seu preço estiver no mesmo padrão daqueles que promovem benefícios semelhantes.

Disso se compreende que o registro na ANVISA é requisito necessário à aferição da segurança e do benefício do medicamento. Mas essa regra não é absoluta. É possível que, em razão da demora na tramitação do pedido de registro, algum cidadão possa ser privado do tratamento sob investigação. Assim, em casos excepcionais, poderá ser relativizada a vedação, concedendo-se a prestação ainda que o medicamento não tenha obtido registro. Mas, reforça o ministro, esta deve ser medida de exceção.

3 A IDENTIFICAÇÃO DO PARADIGMA DE CONTROLE JUDICIAL

O estudo realizado até aqui teve por escopo apresentar os contornos constitucionais do direito fundamental à saúde (item 2.1), bem como des-

crever como o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado as demandas que envolvem este direito (item 2.2). A partir deste ponto, o trabalho terá como objetivo promover uma análise crítica do entendimento que tem sido consolidado naquela Corte. Para isso, serão adotadas, principalmente, as construções teóricas de Lucas S. Grosman (item 3) e de Cass R. Sunstein (item 4), conforme se verá a seguir.

3.1 TRÊS PARADIGMAS DE CONTROLE JUDICIAL

Lucas S. Grosman (2008), no livro *“Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución”*, busca delinear as situações em que o Estado tem o dever de ofertar uma prestação positiva para concretizar um direito social plasmado pela Constituição. Sua referência é o texto constitucional da Argentina, o que não diminui a fertilidade de sua obra para a análise de ambientes diversos – realizadas as devidas contextualizações, naturalmente.

O referido autor parte de uma premissa: a escassez de recursos é um fato que não pode ser negado. Contudo, essa realidade não é suficiente para se concluir que a efetivação de direitos sociais pode ser negada, indistintamente, com base em suposta reserva de caixa financeiro. Assim, Grosman (2008) desenvolve um raciocínio que permite balizar a atividade de distribuição de recursos pelo Estado – isso se mostra fundamental, notadamente para definir o âmbito legítimo de intervenção judicial nas escolhas alocativas operadas pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário.

Para o presente estudo, é frutífera a distinção que o autor faz a respeito das ações judiciais que versam sobre direitos sociais (e que, por conseguinte, têm potencial para gerar decisões de cunho redistributivo). Os casos são agrupados no que Grosman (2008) chama de “paradigmas de controle judicial”, que correspondem ao paradigma do abuso, paradigma da inclusão e paradigma da escassez. Cada um deles reclama uma atuação específica dos magistrados.

O paradigma do abuso compreende os casos em que o Poder Judiciário deve reprimir a atuação estatal que importe na violação de direitos individuais.²⁰ São exemplos de casos alocados nesse paradigma: a tortura promovida pelo Estado, a perseguição política, a censura realizada sobre os meios de comunicação, os impostos confiscatórios etc. Nessas situações a escassez não possui qualquer relevância normativa, vale dizer, o Estado não pode alegar falta de recursos como argumento válido de defesa perante o Poder Judiciário. Igualmente, os juízes não precisam se preocupar com a repercussão orçamentária que decorrerá de eventual condenação do Poder Público.

De qualquer forma, ressalte-se que, ainda que seja possível o Estado alegar que o abuso por ele cometido tenha causa na falta de recursos (por exemplo, se dispusesse de mais recursos poderia preparar e aparelhar melhor a polícia, que assim não torturaria), esta não será uma justificativa válida. Apesar de este paradigma ser de grande importância, deve-se fazer a ressalva de que não é o único (ou seja, há casos judiciais em que a escassez assume peso normativo).²¹

O segundo grupo de casos, agrupados sob o paradigma da inclusão, corresponde às situações em que Estado já tem estruturado determinado órgão ou entidade (estruturas protetoras), dotados de recursos financeiros suficientes, que se destinam à realização de algum direito garantido pela Constituição. Nesse paradigma, a atuação judicial tem o fim de evitar que o Poder Público exclua ilegitimamente algum indivíduo do alcance da prestação. São estruturas desse tipo: o sistema judicial, o sistema eleitoral, o sistema de educação, o sistema de seguridade social etc.²²

Nas ações judiciais que envolvem estes casos, assim como no paradigma do abuso, não se admite seja invocada a escassez de recursos como justificativa estatal válida para a negativa de consecução da atividade (exclusão de

20 GROSMAÑ, Lucas Sebastián. **Escasez e igualdad**: los derechos sociales en la Constitución. Buenos Aires: Librería, 2008. p. 37.

21 GROSMAÑ (2008), p. 38.

22 GROSMAÑ (2008), p. 38.

determinado cidadão do âmbito de tutela do direito). Certamente a quantidade de recursos destinada pelo Estado ao órgão ou entidade será determinante para a sua capacidade de ação. Entretanto, para que o caso seja situado no paradigma da inclusão, o respectivo ente deve dispor de fundos suficientes para proteger os direitos que não foram devidamente tutelados. Havendo estrutura protetora e recursos dotados para a proteção do direito, não poderá o Estado valer-se do fundamento de que lhe faltou reserva financeira para justificar sua inação. Assim, os juízes poderão conceder a tutela sem com isso realizar qualquer atividade redistributiva.

O paradigma da inclusão enquadra, notadamente, os casos em que pessoas ou grupos de pessoas são excluídos de alguma estrutura estatal protetora. Mas deve-se ter o cuidado de não reduzir esse paradigma às situações em que a exclusão ocorre por motivos discriminatórios. O paradigma é mais amplo que isso. Vale dizer, não é necessário existir uma finalidade discriminatória na ação estatal para que o caso seja abarcado pelo paradigma da inclusão. Em suma, é estritamente objetivo o critério para a alocação de determinada hipótese sob o paradigma em comento (qual seja, a exclusão de determinado sujeito de uma estrutura protetora estatal, mesmo havendo capacidade para incluí-lo). Dito em outras palavras, não é relevante a presença de qualquer elemento subjetivo (dolo, negligência etc.) na conduta para caracterizar a rotulação.²³

Se, por outro lado, a concessão de determinado benefício social excede a capacidade da estrutura protetora, o referencial analítico deve ser modificado. Assim, supera-se o paradigma da inclusão, adentrando-se no paradigma da escassez. Regra geral, as ações envolvendo direitos sociais são albergadas sob este paradigma, tendo em vista que a concessão de determinada prestação a um indivíduo pode implicar a negação desse mesmo benefício a outro (em razão da escassez de recursos disponíveis). A função dos magistrados, nesses casos, deve ser a de garantir que a distribuição de recursos operada pelos governantes não seja incompatível com as prescrições da Constituição.²⁴

23 GROSMAAN (2008), p. 39.

24 GROSMAAN (2008), p. 40.

O paradigma da escassez situa-se nas hipóteses em que se está diante de bens escassos, ou seja, bens que não podem satisfazer todos os indivíduos que pretendem ter acesso a eles. Desse modo, não se pode dizer, *a priori*, que a não concessão de determinada tutela resulta numa atitude inconstitucional do Estado. Será verificada lesão ao texto constitucional quando a decisão distributiva dos agentes públicos mostrar-se incompatível com ele. O paradigma da escassez, portanto, não é autossuficiente: para resolver os casos sob este rótulo, é necessário recorrer aos valores consignados na própria Constituição. São esses valores que dão conteúdo ao paradigma da escassez.²⁵

É justamente a necessidade de se valer de um elemento externo o traço que distingue o paradigma da escassez dos demais paradigmas. Nos paradigmas do abuso e da inclusão, as escolhas alocativas estão fora de pauta. A simples conduta abusiva ou excludente é determinante para balizar a atuação judicial. Nos casos sob o paradigma da escassez, é necessário definir um critério adicional, a partir da Constituição. É justamente sob a perspectiva de um parâmetro constitucionalmente fundamentado que se pode definir se a distribuição de recursos realizada pelo Estado foi constitucional.²⁶

Para realizar uma primeira análise da decisão do Supremo Tribunal Federal bastam as informações trazidas até aqui. Posteriormente a essa aproximação inicial, o presente trabalho realizará um desdobramento maior, de modo a desenvolver uma reflexão que colabore com a identificação dos parâmetros, a partir da Constituição Federal de 1988, que possam auxiliar o Poder Judiciário a decidir as ações de saúde que estejam sob o paradigma da escassez.

25 GROSMAN (2008), p. 40.

26 Lucas Grosman adota a noção de “igualdade estrutural de oportunidades” como critério para avaliar se a escolha distributiva do governo foi ou não constitucional (o autor fundamenta a escolha desse critério com base na própria Constituição argentina; não se trata, portanto, de eleição arbitrária, mas devidamente fundamentada). Superficialmente, por este critério a escolha alocativa feita pelo Estado será constitucional quando contribuir para que a estrutura social seja modificada, permitindo que as pessoas possam disputar em pé de igualdade (ou o mais próximo disso) as oportunidades de satisfação de seus desejos pessoais. Para uma análise aprofundada, cf. GROSMAN (2008), p. 65-94.

3.2 OS PARADIGMAS DE CONTROLE JUDICIAL E O ENTENDIMENTO DO STF

O arcabouço teórico apresentado no tópico anterior pode ser usado como parâmetro de avaliação do hodierno posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao direito à saúde. Convém ressaltar, preambularmente, que os casos envolvendo esse direito podem ser enquadrados em qualquer dos três paradigmas apresentados anteriormente.

Por exemplo, é possível entender que o tratamento oferecido à população em diversos hospitais públicos é de natureza degradante, o que viola uma garantia individual plasmada no art. 5º, inciso III da Constituição²⁷. Esses casos seriam enquadrados no paradigma do abuso, legitimando a intervenção do Poder Judiciário para determinar que o Estado adote as medidas necessárias para que essa conduta abusiva seja cessada.²⁸

De outro lado, considerando a situação hipotética em que o Ministério da Saúde adote um critério de distribuição de medicamentos que privilegie as regiões sul e sudeste, acarretando carência deste remédio nas demais regiões do país, estar-se-á diante de caso pertencente ao paradigma da inclusão. Não é lícito ao Estado excluir determinados indivíduos, ou grupos de indivíduos, do âmbito de alcance das estruturas protetoras (criadas pelo próprio Estado para promover direitos dos cidadãos). Neste caso, a atuação judicial determinaria ao Poder Público que os critérios fossem modificados, eliminando-se a exclusão de determinadas regiões.

27 Art. 5º. [...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

28 De forma pioneira, a concepção de que o art. 5º, III da CF configuraria norma atinente ao direito à saúde foi apresentada pelo Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho, Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná. Tal dispositivo geralmente é utilizado na esfera penal, em referência ao crime de tortura (Lei nº 9.455/97), ou em relação à execução penal (quando se argumenta que determinado presídio não apresenta condições dignas para o cumprimento da pena privativa de liberdade). Por ocasião do concurso para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Administrativo da UFPR, em 08 de junho de 2010, durante a prova didática e de defesa da produção intelectual, o professor Bacellar Filho refletiu sobre a vedação, imposta à administração pública, de que seja dispensado aos usuários dos serviços públicos de saúde tratamento que pudesse configurar-se como desumano ou degradante (violando, assim, o art. 5º, III da CF).

Ateste-se, de qualquer forma, que em ambos os casos exemplificativos apresentados a escassez de recursos não é normativamente relevante, vale dizer, não pode o Estado justificar o abuso ou a exclusão em suposta incapacidade financeira. Isso porque não se está diante de bens escassos, mas sim de condutas inconstitucionais do Poder Público (seja na destinação de recursos insuficientes ao hospital, seja na adoção de critérios desproporcionais para realizar a distribuição de medicamentos). Ainda que, para melhorar a estrutura do hospital público sejam necessários recursos financeiros, o Estado não poderá alegar a escassez como motivo do tratamento degradante oferecido em sua rede hospitalar (ele deverá remanejar os recursos, e não se escusar na falta deles).

Diversamente, o paradigma da escassez está presente quando, por exemplo, determinado cidadão, portador de doença rara, ajuíza ação demandando que o Estado custeie integralmente seu tratamento, que deveria ser realizado em outro país ao custo de elevada soma em dinheiro. Nesse caso, ainda que haja uma estrutura protetora criada pelo Estado (hospitais públicos e política de medicamentos, por exemplo), os recursos ordinários por ela recebidos não são capazes de abranger o tratamento necessário para a doença daquele paciente. Assim, a escassez de recursos adquire relevância normativa, porquanto a concessão dessa tutela pelo Estado implicaria a retirada de recursos de outra esfera também protegida pelo Poder Público. Para definir se a conduta omissiva do Estado (negativa do tratamento) é inconstitucional, o magistrado deverá fundamentar sua decisão em algum elemento externo ao próprio caso (ou seja, não basta a mera conduta em si), mas ainda assim a partir da Constituição.

Retomando a posição do Supremo Tribunal Federal, a primeira grande divisão realizada para agrupar os casos foi a partir da existência, ou não, de política pública para a prestação requerida. Em caso positivo (existência de política pública), bastaria ao Poder Judiciário determinar que a política fosse efetivamente implantada. Considerando o aporte teórico utilizado, tais casos seriam incluídos no paradigma da inclusão: se o próprio Estado se comprometeu a efetivar o direito, criando para isso

não só uma estrutura protetora, mas também uma política pública específica, a prestação pleiteada não poderá ser negada por suposta falta de recursos. Nesses casos, entendeu o Supremo, a alegação de escassez não é relevante para a decisão.

O segundo grupo de casos, aqueles não abarcados por políticas públicas, foi subdividido pelo ministro Gilmar Mendes em:

- a) negativa de prestação motivada administrativamente e
- b) existência de vedação legal à atuação do Poder Público.

Na primeira situação (negativa de prestação motivada), o STF entendeu que deve ser privilegiado o tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde, de modo que, se o autor da ação pleiteia tratamento diverso sem demonstrar que aquele ofertado pelo SUS é ineficiente para seu caso, a tutela judicial não deve ser deferida. Assim, o Supremo presta deferência às escolhas realizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, restando claro que a atuação do Estado não foi nem abusiva nem excludente (o que ensejaria uma atuação judicial).

Semelhante é o entendimento que se aplica quando a não prestação da tutela de saúde decorre de existência de vedação legal (como, por exemplo, a impossibilidade de a administração pública fornecer medicamentos não registrados na ANVISA). Também nessa hipótese o Supremo Tribunal Federal entendeu que não há abuso nem exclusão na conduta do Estado, de modo que deverá ser prestada deferência ao Poder Legislativo (que definiu a vedação mediante lei) e à administração pública (que se recusa a fornecer o medicamento, respaldada em determinação legal).

Note-se que o STF entende que, se o medicamento não tiver sido autorizado em razão de entraves burocráticos (como a demora na tramitação do pedido de registro), o Poder Judiciário poderá conceder a tutela. Não se trata de intervenção indevida, tendo em vista que, como a administração pública ainda não se manifestou a respeito da eficácia do remédio, o Poder Judiciário

não pode prestar deferência à sua escolha (pelo registro ou não). Assim, é lícito ao magistrado avaliar se é caso de concessão da tutela.

Situação diversa é quando o registro não é concedido em razão de motivos escusos (como, por exemplo, perseguição política ao fornecedor do medicamento). Nessas situações, se comprovado, estar-se-á diante do paradigma do abuso, quando uma atuação arbitrária do Estado veda o exercício das liberdades do indivíduo – na hipótese, a possibilidade de acesso ao medicamento.

Para esses casos, parece não haver críticas ao entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal. Deveras, os ministros demonstraram real preocupação com o problema da saúde pública brasileira (fato evidenciado até mesmo com a convocação de uma audiência pública para debater o tema), esclarecendo que as decisões distributivas realizadas pelos gestores merecem, ao menos em princípio, ser respeitadas (ou seja, foi bem delineado o âmbito de legitimidade de intervenção do Poder Judiciário).

Lacunar foi a abordagem realizada pelo Tribunal em relação aos casos em que o Sistema Único de Saúde não oferece tratamento eficaz para determinada doença. Nessa situação, o STF entendeu que a tutela judicial não será concedida se o tratamento pleiteado for de natureza experimental (novamente prestando deferência à escolha do legislador infraconstitucional, que estruturou o SUS a partir da chamada “medicina com base em evidências”).

O ponto fulcral a ser analisado é quanto aos tratamentos reconhecidos pela comunidade científica, mas que não são oferecidos pelo SUS. Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser possível a concessão da tutela judicial, mas não foram estabelecidos parâmetros para tanto. Isso permite que sejam avaliados da mesma forma tratamentos simples e complexos, que exigem o dispêndio de uma quantidade significativa de recursos. Vale dizer, a não delimitação de um critério que funcione de parâmetro para avaliar a constitucionalidade da negativa de prestação do tratamento pelo Estado faz com que os diversos casos envolvendo o direito à saúde sejam enquadrados

no paradigma da inclusão, quando, em verdade, vários deles deveriam ser situados no paradigma da escassez.

A indicação topológica do caso (se situado no paradigma da inclusão ou da escassez) não tem repercussão meramente teórica ou conceitual. Muito pelo contrário. Compreender, ainda que implicitamente, que uma situação se enquadra no paradigma da inclusão significa que a conduta (omissão de fornecimento da prestação) deverá ser avaliada em si, mostrando-se irrelevante o problema da escassez. Situando quase a totalidade dos casos no paradigma da inclusão, o STF tem utilizado a mesma fundamentação para conceder a tutela judicial de saúde, seja na hipótese de determinar que o Estado promova melhorias gerais em hospital público que se encontra em situação precária²⁹, seja na hipótese em que é deferido tratamento no valor de R\$ 920.000,000 (novecentos e vinte mil reais) anuais a uma única pessoa³⁰.

Em ambos os casos o Tribunal entendeu que a omissão do Estado, ao não realizar adequada manutenção do hospital ou não fornecer determinado medicamento, era por si só inconstitucional, ensejando a condenação do Poder Público sem que fosse debatida a consequência distributiva que poderia haver em ambos os casos. Considerando as lições de Lucas Grosman (2008), é de se admitir que a decisão que impõe a realização de melhorias em hospital público que se encontra em situação precária realmente esteja localizada no paradigma da inclusão (ou mesmo do abuso, a depender das condições do hospital).

É possível afirmar, sem grande esforço, que a omissão estatal nesse caso gera danos contínuos à saúde pública. Ainda, é de se presumir que o município que construa um hospital deve destinar recursos suficientes para a sua adequada manutenção. Ou seja, existe a estrutura protetora e existe (ou deveria existir) dotação orçamentária para a prestação da

29 Suspensão de Liminar nº 47, Relator Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010.

30 Suspensão de Tutela Antecipada nº 361 Relator Min. CEZAR PELUSO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2010.

tutela. Nessa situação, portanto, não se admite a alegação da escassez como fundamento de justificação do Estado para sua omissão. Este simples fato (existência de hospital em situação precária) parece suficiente para se determinar que o Poder Judiciário adote as medidas necessárias para cessar o problema.

Contudo, essa hipótese não parece ser idêntica àquela em que o Estado é condenado a fornecer tratamento de saúde caríssimo a uma única pessoa. E, ressalve-se desde já, isso não quer dizer que a tutela judicial não deveria ter sido concedida. Apenas está-se dizendo que ambos os casos não deveriam ser tratados da mesma forma, como de fato foram. Com efeito, ao conceder uma tutela judicial dessa natureza (medicamento de alto custo), o problema da escassez não pode ser olvidado. E, situando o caso no paradigma da escassez, a postura dos ministros deveria ser diversa: não bastaria a mera conduta estatal em si (a não concessão do medicamento), sendo necessário que o Tribunal definisse algum parâmetro externo (constitucionalmente referendado) que autorizasse a intervenção judicial. Na sequência do trabalho, este debate será aprofundado.

4 O DIREITO À SAÚDE E A BUSCA POR UM PRINCÍPIO DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

4.1 A NECESSIDADE DE DEFINIÇÃO DE UM PRINCÍPIO INTERPRETATIVO

O professor Marcelo da Costa Pinto Neves já alertou para a possibilidade de atuação muitas vezes aleatória do Supremo Tribunal Federal. De acordo com o doutrinador, o problema “reside no fato de que a decisão e os argumentos utilizados para fundamentá-la tendem a limitar-se ao caso concreto *sub judice*, mas não oferecem critérios para que se reduza o ‘valor surpresa’ das decisões de futuros casos”³¹.

31 NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. Brasília: Ed. UnB, 2010. p. 198.

No caso do direito à saúde esta é uma questão emblemática. Isso porque não é suficiente a alegação de que o direito à saúde está sendo violado. Nos casos que envolvem uma redefinição de prioridades de investimento estatal (rotulados sob o paradigma da escassez), é necessário que esteja claro o critério que norteia o Poder Judiciário para definir que a conduta questionada é inconstitucional. Em outras palavras, com um critério mais rigoroso é possível determinar com maior clareza qual o conteúdo, a extensão do direito à saúde. Isso tornaria a intervenção judicial mais legítima e coerente. E, caso o critério seja considerado ilegítimo, o debate com a sociedade poderá ser realizado de modo mais transparente.

A ausência de um parâmetro faz com que, diante de casos que envolvam situações de escassez (como as ações que demandam medicamentos de alto custo), os ministros promovam ponderações *ad hoc*, como aponta Marcelo Neves (2010).³² Vale dizer, como não há definição quanto aos critérios de atuação, o Tribunal sopesa princípios de maneira casuística, valendo-se de maneira nem sempre precisa da técnica de ponderação ensinada, notadamente, por Alexy (1997, 2010).³³ Ou seja, por vezes guiados por particularismos, e principalmente em situações que envolvem potenciais efeitos imediatos (como o são, via de regra, os casos envolvendo a saúde em geral, e o fornecimento de medicamentos, em especial), os magistrados decidem cada caso de maneira específica, sustentando sua posição em uma suposta ponderação de valores.

O principal efeito deletério ocasionado por essa postura é o de não se definir a extensão do direito à saúde assegurado constitucionalmente. Disso decorrem dois problemas mais notórios:

32 NEVES (2010), p. 200-201.

33 O próprio ministro Gilmar Mendes cita, na decisão aqui analisada (SL 47), as lições de Robert Alexy a respeito da técnica de ponderação. Contudo, em razão do objetivo do presente trabalho, não será possível aprofundar esta problemática, razão pela qual remete-se ao estudo feito pelo próprio Marcelo Neves a respeito da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, da técnica de ponderação: NEVES (2010), p. 196-218. Ainda, para uma investigação aprofundada sobre o tema, cf. ALEXY (1997); e ALEXY, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2010.

- a) atuação titubeante do Poder Judiciário, nos diversos níveis de jurisdição, em relação às possibilidades de concretização judicial desse direito; e
- b) ausência de critérios mínimos orientadores da administração pública no momento de formulação das políticas sanitárias.

Quanto ao primeiro problema (a), é de se notar que diversos ministros exaltaram o entendimento firmado pelo ministro Gilmar Mendes, reputando-o como norteador dos demais órgãos judiciais nos casos envolvendo o direito à saúde. Ocorre que, a partir das reflexões e dos argumentos aduzidos no voto supra-analisado, um vasto leque de questões permanece não respondido, justamente por não se ter estabelecido um critério que permitisse avaliar, de maneira mais coerente, a possibilidade de concreção judicial do direito à saúde.

Ademais, e esse é outro dado a ser destacado, os fundamentos daquela decisão voltam-se, quase exclusivamente, às questões envolvendo a concessão, via judicial, de medicamentos e tratamentos de saúde individuais. Ora, evidentemente os problemas sanitários não se resumem a esses pontos. Como exemplo, veja-se que é reconhecido pelos ministros que as medidas preventivas devem ser prioritárias nas políticas públicas (vide item 2.2.1, acima), mas na sequência não se discute como isso deve ser implementado pelo Poder Público, nem quais parâmetros devem guiar os magistrados para sopesar eventual embate entre medidas preventivas e medidas curativas.

Diante desse quadro, verifica-se uma enorme pluralidade de posições adotadas pelos diversos órgãos do Poder Judiciário. Se por um lado é pacífica (e praticamente unânime) a possibilidade de concessão judicial de medicamentos, há grande controvérsia quanta à intervenção em outros âmbitos relativos à saúde, como, por exemplo, a determinação de que o Estado promova melhorias em hospitais públicos. Da mesma forma que o STF já decidiu pela viabilidade da condenação do Poder Público à construção de novos leitos hospitalares³⁴, nos demais órgãos essa possibilidade está longe de ser

34 Como, por exemplo, no Agravo de Instrumento nº 734487, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 03/08/2010.

tranquila³⁵. Por que está incluído no direito à saúde o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, mas não está o atendimento digno em hospitais da rede pública? Esse contraste de posições decorre justamente da ausência de um critério norteador da atuação judicial na área da saúde.

O outro problema aventado (ausência de critérios mínimos orientadores da administração pública na formulação das políticas sanitárias) também decorre da ausência de uma postura mais uniforme por parte do Poder Judiciário. Não se alega, com isso, que são os magistrados que devem comandar as decisões políticas dos administradores. Contudo, dentro do arcabouço institucional brasileiro, a Justiça tem um papel relevante na definição do conteúdo da Constituição, sobretudo o Supremo Tribunal Federal. Tanto é assim que o próprio STF já consolidou a possibilidade de intervenção em políticas públicas quando a atuação da administração não é suficiente para concretizar os ditames constitucionais³⁶.

Na área do direito à saúde essa questão se torna relevante. Por se tratar de direito social que demanda uma série de prestações estatais para ser efetivado (conforme demonstrado no ponto 2.1 deste trabalho), nota-se uma grande dificuldade em se determinar quais dessas prestações seriam abrangidas pelo direito à saúde. Apesar de o legislador e o administrador buscarem implementar medidas de satisfação das necessidades da população, ainda assim o tema se mostra controvertido, razão pela qual é enorme o volume de ações judiciais sobre a matéria.

Desse modo, se o STF admite a possibilidade de intervenção judicial quando o Estado não promove as políticas públicas necessárias, é imperioso que o próprio Poder Judiciário tenha claro o liame que separa o adimplemento do

35 Como, por exemplo, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Paraná: “O Poder Judiciário não pode invadir a área de atuação do Poder Executivo, determinando a realização de atos administrativos na condução de hospital, inclusive com contratação de pessoal especializado e equipamentos necessários, porque se assim fora, implicaria em se afastar da sua missão de julgar, para de forma exorbitante, passar a administrar” (TJPR - 5ª C.Cível - AI 0615341-1 - Paranaguá - Rel.: Des. Rosene Arão de Cristo Pereira - Unânime - J. 24.08.2010).

36 Por exemplo, no Recurso Extraordinário nº 607381, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011.

inadimplemento do seu dever de concretização do direito à saúde. Se o assunto estivesse satisfatoriamente pacificado, o próprio administrador público saberia os contornos que obrigatoriamente devem alcançar as políticas sanitárias.

O principal ator na efetivação do direito à saúde deve ser o legislador e o administrador público, haja vista que lidam de maneira incondicionada com os problemas sociais, e não apenas mediante provocação. Entretanto, diante do cenário complexo da realidade brasileira, que ainda apresenta índices precários de satisfação desse direito, a atuação do Poder Judiciário mostra-se indispensável para que os demais Poderes assumam o compromisso de efetivar a Constituição, quando estes se mostrarem omissos. Tal obrigação encontra-se inclusive determinada pelo texto constitucional.³⁷

Como alerta Grosman, se os tribunais não definem um critério para sua atuação nos casos do paradigma da escassez, desemboca-se em um vácuo de justiciabilidade, quando nem os demais órgãos judiciais nem os administradores têm ciência dos limites alcançados pelo respectivo direito social. Nesse contexto, segundo o doutrinador, o Poder Judiciário acaba por adotar, ainda que implicitamente, o critério da “ordem de chegada”, quando o acesso ao direito assegurado pela Constituição depende da habilidade de cada indivíduo de acessar os tribunais em tempo oportuno.³⁸

4.2 CONSTRUINDO UM CRITÉRIO DE DELIMITAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

4.2.1 Fixação de um princípio interpretativo: a democracia deliberativa

Como exposto acima, é imperioso que se estabeleçam parâmetros que orientem a atuação dos tribunais na concessão de tutelas que perpassem o direito à saúde. Certamente este não é o espaço para se esgotar a matéria, que exige um árduo esforço argumentativo. Contudo, em modestas páginas é possível contribuir para o debate a partir de algumas ideias que serão a se-

37 Sobre a temática das omissões do Estado em matéria de direitos fundamentais, cf. HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

38 GROSMAN (2008), p. 63.

guir apresentadas. E nesse intento é proveitosa a obra de Cass R. Sunstein, notadamente o livro “A Constituição Parcial”.

Uma lição inicial de Sunstein é quanto ao método de se interpretar a Constituição. Ressalta o autor que qualquer sistema de interpretação deve levar em conta três elementos básicos: texto, estrutura e história.³⁹

O texto da Constituição jamais pode ser desprezado na atividade interpretativa. Mas isso não se trata de mero dogma; pelo contrário, exigir-se que os magistrados permaneçam adstritos ao texto constitucional representa importante mecanismo de contenção de eventuais decisões arbitrárias. Os próprios dispositivos inseridos na Carta Magna impõem limites às possibilidades de interpretação. Contudo, ressalta o próprio Sunstein (2008), sua redação frequentemente mostra-se aberta o suficiente para inviabilizar a extração de uma orientação inequívoca. Assim, é necessária a construção de princípios interpretativos que permitam delimitar o alcance da Constituição.⁴⁰

A estrutura constitucional pode auxiliar na construção de um princípio interpretativo. Vale dizer, os dispositivos insertos na Carta não devem ser lidos isoladamente, mas sim à luz uns dos outros. Isso contribui para a coerência e a racionalidade do direito constitucional. Mas a leitura estrutural também apresenta limites, principalmente na medida em que é possível a existência de dispositivos conflitantes dentro da mesma Constituição.⁴¹

Cientes das possibilidades e dos limites do texto e da estrutura constitucionais, Sunstein (2008) admite como sendo razoável voltar os olhos à própria história em que o intérprete se encontra inserido. Ou seja, quando as lacunas textuais e estruturais da Constituição dificultam sua interpretação, parece adequado considerar o entendimento histórico que pode ser atribuído ao texto. Certamente há limites à utilização da história nos estudos do direito constitucional, quer dizer, o intérprete da Constituição não está adstrito ao

39 SUNSTEIN, Cass R. **A constituição parcial**. Tradução Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 150.

40 SUNSTEIN (2008), p. 151.

41 SUNSTEIN (2008), p. 152.

que pensava o constituinte originário; pelo contrário, a história se mostra útil somente na medida em que possa contribuir para o aperfeiçoamento da operatividade da democracia constitucional, considerando os tempos atuais.⁴²

De qualquer forma – e talvez aqui resida o cerne da lição apresentada –, a utilização desses elementos não exaure a atividade interpretativa. O intérprete, ao utilizá-los, certamente partirá de dimensões valorativas próprias. Contudo, as suas valorações deverão ser justificadas com base em princípios interpretativos substantivos (que não se fundamentam apenas no texto da Constituição, exigindo uma fundamentação política). Nas palavras de Sunstein (2008):

A busca por justificações não será completamente desregrada ou inatingível; não seria meramente “o que o juiz pensa”. Sempre haverá (por boas razões) um compromisso proeminente de fidelidade ao texto, estrutura e história, e esses disciplinarão a investigação. Porém, a disciplina não é uma camisa de força. Pessoas razoáveis divergirão, e, para solucionar tais diferenças que restam, os princípios interpretativos devem ter outra fonte.⁴³

A partir disso, resta claro que não há como se amparar exclusivamente no texto, na estrutura e na história para definir princípios interpretativos. Estes requerem uma defesa com argumentos substantivos, que invariavelmente terão natureza política – não há neutralidade na interpretação da Constituição. Sunstein (2008) então propõe, justificadamente, que os princípios interpretativos devem ser provenientes do compromisso geral com o funcionamento adequado da democracia deliberativa (o que ele faz a partir do texto, da estrutura e da história da Constituição norte-americana).⁴⁴ Contudo, apesar dos pontos de partida diferentes, é possível aproveitar as lições do autor norte-americano, com as devidas contextualizações.⁴⁵

42 SUNSTEIN (2008), p. 152-153.

43 SUNSTEIN (2008), p. 153-154.

44 Importante deixar claro que outros autores propõem critérios diversos (nem sempre conflitantes) para delimitar os limites de intervenção judicial na atividade interpretativa da Constituição, o que é realizado, por esses pensadores, também com bons argumentos. Como exemplo, cite-se: VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **Teoría discursiva del derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; FERRERES COMELLA, Víctor. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; DORF, Michael; TRIBE, Lawrence. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; ELY, John Hart. **Democracia e descon-fiança**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

45 SUNSTEIN (2008), p. 169 e ss.

De maneira sintética, a democracia deliberativa é calcada na valorização da deliberação política, que deve ser empreendida pelos cidadãos. E, de forma geral, os direitos são estabelecidos como pré-condições para o fortalecimento do processo deliberativo (ainda que, por diversas vezes, os direitos sejam resultado da deliberação política). Da valorização da deliberação política, afirma Sunstein (2008), decorrem três compromissos complementares: a cidadania, o acordo como ideal regulatório e a igualdade política.⁴⁶ Como, neste momento, não seria possível discorrer aprofundadamente sobre cada um deles, serão ressaltados aqueles elementos que parecem úteis ao desenvolvimento de um princípio interpretativo adequado à realidade constitucional brasileira.

É possível utilizar a noção de democracia deliberativa como fonte de princípios interpretativos da Constituição Federal de 1988. Há vários dispositivos que plasmam, no texto constitucional, a relevância do elemento democrático na construção da sociedade brasileira.⁴⁷ Como afirma a professora Eneida Desiree Salgado, a Constituição de 1988 estabeleceu um verdadeiro projeto democrático para o Brasil. E, como ressalta a autora, não se trata de mera democracia formal, ou seja, a Constituição determina a democratização do próprio Estado brasileiro, que deverá diminuir, de forma progressiva, a distância entre governantes e governados.⁴⁸

A democratização da esfera pública operada pela Constituição relaciona-se com a própria história do Brasil. Depois de vários anos sob regime ditatorial, a ordem, no final da década de 1980, era a de ampliar todas as possibilidades de participação popular na gestão da coisa pública brasileira. Não apenas democracia formal, mas sim democracia material, sob o viés de democracia deliberativa, ou seja, os próprios cidadãos inseridos nas estruturas de decisão do Estado.⁴⁹

46 SUNSTEIN (2008), p. 172.

47 Desde o preâmbulo, passando pelo art. 1º, *caput* e § 1º, até o art. 198, II (que determina a gestão democrática como uma das diretrizes do Sistema Único de Saúde). Isso para ficar em apenas poucos exemplos.

48 SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia**: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 247. Ainda sobre o tema, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional e de teoria do direito**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993. p. 16 e ss.

49 BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 18-24.

A partir de uma rápida leitura do contexto político-constitucional brasileiro é possível admitir a democracia deliberativa como vetor, como princípio interpretativo da Constituição Federal. Significa dizer, quando as disposições constitucionais não puderem ser interpretadas a partir de sua própria redação, é admissível recorrer à ideia de democracia deliberativa para que seja extraído o conteúdo da Constituição.

A escolha da democracia deliberativa como princípio interpretativo não é simplesmente dogmática. Há fundamentos substantivos para isso, sobretudo para a interpretação do alcance dos direitos sociais consignados no texto constitucional, dentre os quais figura o direito à saúde. Essa espécie de direito, como já apresentado no tópico 2.1 deste trabalho, tem um conteúdo de difícil delimitação, havendo grande controvérsia no meio judicial para se definir até que ponto é lícito ao Poder Judiciário determinar que alguma prestação deve ou não ser garantida pelo Estado. Diante dessa complexidade, o compromisso geral com a democracia estabelecido pela Constituição funciona como critério de atuação do magistrado.

Note-se que o direito à saúde representa não somente um resultado do exercício da democracia (ao ser inserido no texto constitucional pelo constituinte originário), mas também como uma verdadeira pré-condição para o seu adequado funcionamento. Essa é uma primeira aproximação do princípio interpretativo proposto: o direito à saúde deve alcançar, ao menos, um patamar que garanta aos cidadãos tomar parte nos processos decisórios do Estado. O direito à saúde, sob esse viés, é verdadeiro pré-requisito para a viabilização da cidadania (o primeiro pilar da deliberação política apresentado por Sunstein).

Conectada à ideia de cidadania está a disponibilização, pelo Poder Público, de condições que assegurem a igualdade política (segundo pilar da deliberação política). Sunstein aponta a igualdade política como uma *oposição ao sistema de castas*, ou seja, as políticas de Estado devem ser voltadas à equalização da sociedade como um todo, o que, aliás, está expressamente registrado na Constituição Federal de 1988 como objetivo fundamental da República (art. 3º, III)⁵⁰.

50 Art. 3º. [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

4.2.2 A concessão da tutela judicial a partir do princípio da democracia deliberativa

Dessas ideias é possível extrair algumas linhas que orientem a determinação do conteúdo do direito à saúde ante o caso concreto. Para viabilizar que os cidadãos participem das instâncias deliberativas do Estado, é necessário que lhes seja, primeiramente, assegurado o acesso às políticas públicas existentes. Neste ponto, verifica-se que o posicionamento do STF mostra-se adequado, pois reconhece a existência de direito subjetivo público à prestação quando esta for prevista por política estatal – e a execução adequada da política mostra-se imprescindível para garantir um nível razoável de cidadania (pré-condição para que o indivíduo possa ter efetivo acesso aos mecanismos democráticos da sociedade).

Mas a compreensão deste ponto (existência de políticas públicas) não pode ser resumida às prestações individuais, quando o debate rotineiramente desemboca na possibilidade de concessão de medicamentos ou tratamentos médicos a determinadas pessoas. Vale dizer, a intervenção jurisdicional também pode ocorrer quando estiver em questão o âmbito coletivo do direito à saúde, como, por exemplo, a determinação de construção de hospital público quando a quantidade de leitos mostrar-se insuficiente (ou seja, quando apesar de existente a política pública, esta não pode ser executada em razão da falta de estrutura física adequada). Como isso não ficou claro no voto prolatado pelo ministro Gilmar Mendes, analisado acima, a jurisprudência ainda se mostra titubeante para conceder esse tipo de tutela (como no Agravo de Instrumento nº 0615341-1, julgada pelo Tribunal de Justiça do Paraná). Ora, um hospital público bem equipado está notadamente mais apto a fornecer tratamentos adequados aos cidadãos.

A existência de uma rede hospitalar satisfatória também evita a formação de sistemas de castas dentro da comunidade, na medida em que será assegurado a qualquer cidadão, independentemente de sua classe social, o acesso a cuidados médicos essenciais. Ou seja, ao deferir medidas dessa natureza, o Poder Judiciário pode colaborar com o fortalecimento da igualdade política. Deve-se afastar,

portanto, a concepção de que reside principalmente no âmbito de discricionariedade da administração pública a decisão pela construção ou estruturação dos hospitais públicos. Uma leitura atenta da Constituição, a partir da perspectiva ora apresentada, revela que deve o Poder Judiciário determinar que o Poder Executivo adote as medidas necessárias à concretização do direito à saúde.

Essa mesma análise pode ser realizada em relação às medidas preventivas, especialmente aquelas ligadas ao saneamento básico. A Organização Mundial de Saúde alerta sobre a relevância do saneamento para a saúde pública em diversas de suas publicações⁵¹. Há estudos significativos que revelam que cada real gasto com saneamento básico importa numa economia de quatro a cinco reais com saúde pública. Ainda, há indicações de que 68% das internações em hospitais públicos decorrem de problemas ligados ao precário saneamento.⁵² Ademais, como já afirmado acima, a própria Constituição Federal definiu que as medidas preventivas devem ser prioritárias no sistema brasileiro de saúde pública (art. 198, II da CF).

Verifica-se, portanto, que os investimentos realizados em atividades preventivas geram benefícios superiores àqueles empregados em atividades curativas, já que promovem maior qualidade de vida (pois evitam que a população seja contaminada) a um custo bastante inferior. Isso sem contar a opção constitucional pela prioridade em ações de prevenção. Assim, esse tipo de medida sanitária mostra-se com enorme potencial inclusivo, quer dizer, viabiliza que parcela significativa da comunidade tenha seu direito à saúde efetivado, o que implica maiores possibilidades de participação democrática. Desse modo, as demandas judiciais que tenham por objeto impor uma obrigação ao Estado para a adoção de medidas preventivas deverão ser deferidas, como regra geral. Entretanto, o voto do ministro Gilmar Mendes não enfrentou essa questão, a despeito de sua relevância.

O critério delineado como princípio interpretativo da Constituição – de fortalecimento da democracia deliberativa – mostra-se igualmente

51 Veja estudo completo em <http://www.who.int/water_sanitation_health/publications/2011/dwg_guidelines/en/index.html>

52 Trata-se de estudo do próprio Governo Federal, disponível em <<http://www.snis.gov.br/PaginaCarrega.php?EWRErterterTERTer=19>>

útil no deslinde de ações que pleiteiam medicamentos e tratamentos não fornecidos pelo Poder Público. Para que a concessão judicial seja admitida, vislumbram-se cinco requisitos (a partir do voto do ministro Gilmar Mendes):

- a) comprovação científica da eficácia do remédio/tratamento;
- b) adequação do remédio/tratamento para a pessoa do requerente;
- c) inexistência de outro medicamento/tratamento igualmente eficaz, constante das políticas estatais;
- d) o medicamento/tratamento tenha sido prescrito por médico credenciado no SUS;
- e) o requerente não disponha de condições financeiras para arcar com o medicamento/tratamento sem comprometer seu sustento e o de sua família. Contudo, apesar de o próprio STF admitir tais requisitos, o Tribunal não tem se mostrado rigoroso ao analisá-los.

A deferência a esses critérios é imperiosa, justamente para que o acesso ao direito à saúde não fique adstrito ao critério da “ordem de chegada” ao tribunal, como alertado por Grosman (2008). O princípio interpretativo de fortalecimento da democracia deliberativa impõe que as políticas sanitárias tenham um viés largamente coletivo, haja vista que o objetivo deve ser o de assegurar a cidadania a todas as pessoas. A concessão indiscriminada de medicamentos pelo Poder Judiciário pode orientar o administrador público a estabelecer como prioridade o cumprimento de todos os mandados judiciais, com prejuízo de outros investimentos na área da saúde e de outros direitos sociais.

A partir disso, verifica-se que as decisões sobre a concessão de medicamentos fazem uma análise rasa do preenchimento dos requisitos (estipulados pelo próprio Tribunal). Como exemplo, veja-se a já citada Suspensão de Antecipação de Tutela nº 361, caso em que fora concedida a tutela para condenar o Estado da Bahia a fornecer medicamento cujo custo anual girava em torno de R\$ 920.000,00. Inicialmente, o pedido liminar foi negado pelo juízo federal de 1º grau, que alegou não ter sido demonstrada “a inexistência ou indisponibilidade de outro tratamento adequado

ao controle da patologia da qual a parte autora é portadora, bem assim a comprovação da eficácia e segurança da droga para as demais formas de manifestação da referida patologia”.

Ora, verifica-se que ao menos dois requisitos não restaram pacificados (inexistência de outro medicamento eficaz, fornecido pela rede pública; adequação do tratamento ao requerente). Contudo, essa situação foi simplesmente desconsiderada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que concedeu a tutela liminarmente (liminar que foi mantida pelo STF). Ou seja, antes mesmo de se questionar o problema do valor do tratamento, havia outros requisitos que demandavam uma atuação mais acurada do Poder Judiciário.

Apesar da importância das políticas preventivas, o viés individual do direito à saúde também merece proteção destacada para a promoção da democracia deliberativa. Contudo, os critérios para a concessão judicial de tutelas dessa natureza não podem ser aleatórios, sob pena de se orientar demasiadamente as políticas públicas para o aspecto curativo do direito à saúde, em prejuízo do aspecto preventivo.

A partir do exposto, e visando contribuir com o debate acerca da problemática ora enfrentada, a seguir serão sugeridos critérios para que o Poder Judiciário possa deferir a concessão de medicamentos ou tratamentos não previstos pelas políticas públicas existentes.

Inicialmente, constitui-se ônus do requerente provar que se encontram presentes os cinco critérios apresentados (inexistência de tratamento eficiente ofertado pelo SUS; prescrição por médico do SUS do tratamento pleiteado; eficiência do tratamento pleiteado; adequação do tratamento para o caso do requerente; incapacidade financeira do paciente). Somente depois de comprovada a presença desses requisitos é que se torna lícita a análise do valor do tratamento. Como parâmetro objetivo de avaliação, sugere-se que, nas situações em que efetivamente for demonstrado o preenchimento daquelas condições, deverão ser deferidos os tratamentos

cujo valor seja igual ou inferior ao tratamento mais caro disponibilizado pelo SUS⁵³.

Valendo-se do aporte teórico de Grosman, tais casos estariam inseridos dentro do paradigma da inclusão, ou seja, neles não seria admitido ao Estado alegar insuficiência de recursos para negar a prestação. Isso porque, considerando que o Poder Público dispõe de política de distribuição de medicamentos de alto custo, é de se concluir que o Estado é capaz de suportar financeiramente tratamentos excepcionais (não previstos pela política) que estejam dentro do mesmo patamar de preço dos tratamentos ordinários (previstos pela política de distribuição de medicamentos de alto custo).

Quando o valor do tratamento pleiteado ultrapassar o valor do tratamento mais caro fornecido pelo SUS, entra-se, então, no paradigma da escassez, admitindo-se que a insuficiência de recursos financeiros seja alegada pelo Poder Público. A comprovação, pelo requerente, de que os cinco critérios arrolados acima foram satisfeitos garante ao indivíduo uma presunção relativa de titularidade do direito subjetivo ao tratamento pleiteado. Essa presunção de titularidade é necessária, haja vista a relevância da tutela da saúde para que o sujeito possa tomar parte nos processos decisórios do Estado e, com isso, fortalecer o projeto democrático estabelecido constitucionalmente. Contudo, essa presunção poderá ser afastada pelo Estado, desde que este comprove materialmente insuficiência de recursos para arcar com o tratamento requerido judicialmente.

Portanto, comprovados os requisitos para a concessão da tutela (ônus probatório do requerente), e verificado que o tratamento pedido ultrapassa o patamar usualmente suportado pelo Poder Público, ocorrerá uma inversão do ônus da prova, cabendo agora ao próprio Estado demonstrar que ele não poderá arcar com os valores necessários ao custeio da tutela sem que os demais serviços de saúde sejam prejudicados. Ressalte-se que não se admite

53 Frise-se que o SUS dispõe de programa de dispensação de medicamentos de alto custo, denominado Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (regulamentado pela Portaria MS/GM nº 2.981/2009).

alegação genérica de que o custo do tratamento ocasionará lesão à ordem, à economia e à saúde pública. É necessário demonstrar concretamente a impossibilidade de cumprimento da medida.

Com esse método de enfrentamento do problema, acredita-se que esteja reforçando o projeto de democracia deliberativa estabelecido pela Constituição Federal, porquanto são delineados critérios de concessão de prestações de direito à saúde, tanto nos âmbitos curativo e preventivo, como no aspecto individual e coletivo. Ainda, busca-se demonstrar a relevância das atividades preventivas e das medidas de saúde coletiva, sem que seja descartada a atenção à saúde individual.

5 CONCLUSÃO

A complexidade do tema tratado neste artigo exige que doutrina e operadores do direito estejam em constante debate. De qualquer forma, é necessário avançar os termos em que se dá a discussão. Ou seja, se até pouco tempo atrás ainda se questionava a possibilidade de tutela judicial do direito à saúde, hoje essa é uma questão pacificada. Contemporaneamente, talvez, o problema central a ser enfrentado seja a dificuldade de delimitação dos contornos que esse direito adquire na realidade concreta.

Em razão disso, o presente trabalho buscou apresentar algumas reflexões que podem ser úteis na tarefa de se identificar qual a postura que deve adotar o magistrado (ou outro intérprete da Constituição) quando se deparar com um caso que envolva o direito à saúde. Assim, através da definição do paradigma de controle judicial é possível balizar que tipo de fundamentação será exigido para que a disputa seja resolvida, principalmente no que tange à relevância normativa da escassez de recursos (irrelevante para os casos sob o paradigma do abuso e da inclusão, relevante para os casos sob o paradigma da escassez).

Ademais, nos casos rotulados sob o paradigma da escassez, exige-se a adoção de um princípio interpretativo que permita compreender se foram constitucionais as opções distributivas realizadas pelos Poderes Legislativo e Executivo. No específico caso do direito à saúde, o presente trabalho buscou delinear a linha divisória dos casos que deveriam ser analisados à luz do paradigma da inclusão daqueles que devem receber o tratamento típico dos casos incluídos no paradigma da escassez. Ainda, para as situações enquadradas nesta última hipótese (paradigma da escassez), defendeu-se a utilização da ideia de democracia deliberativa como princípio interpretativo da Constituição.

A partir dessas concepções, pode-se analisar criticamente a posição que vem sendo adotada pelo STF nas ações que requerem prestações ligadas à saúde, sobretudo porque tais demandas são rotineiramente enquadradas sob o paradigma da inclusão e porque não foi estabelecido, pela Suprema Corte brasileira, um princípio interpretativo que conduza a uma compreensão clara do conteúdo do direito à saúde.

Certamente é possível opor diversas críticas às propostas ora apresentadas para a superação dos problemas ligados a esse direito. Contudo, este é um caminho que precisa ser trilhado, de modo que a Constituição de 1988 não se resuma nem a mera carta compromissória, nem se transforme num livro em branco, que admita qualquer inscrição que nele queira-se fazer.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2010.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação estatal. [2008]. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/falta-efetividade-judicializacao-excessiva.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: BARROSO, Luís Roberto; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 143- 196.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. **São Paulo: Malheiros, 2003.**

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 95-108.

_____. **Temas de direito constitucional e de teoria do direito**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993.

DORF, Michael; TRIBE, Lawrence. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRERES COMELLA, Víctor. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Constituição como norma. In: BARROSO, Luís Roberto; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 73-88.

GROSMAN, Lucas Sebastián. **Escasez e igualdad**: los derechos sociales en la Constitución. Buenos Aires: Librería, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MILANEZ, Daniela. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 197-221, jul./set. 2004.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. Brasília: Ed. UnB, 2010.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia**: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Interesse Público**, v. 3, n. 12, p. 91-107, out./dez. 2001.

_____. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco G. M. de; BEDÊ, Faya (Coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 292-335.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. **A constituição parcial**. Tradução Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **Teoría discursiva del derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Prazo prescricional da despesa pública de aquisição de bens e serviços pelo Estado

Limitaciones de plazo del gasto público en bienes y servicios por parte del Estado
Limitation period of public spending on goods and services by state

KANAYAMA, Rodrigo Luís¹

Doutor em Direito do Estado
Professor de Direito Financeiro da Faculdade de Direito – UFPR
Advogado em Curitiba

RESUMO

O objetivo do artigo é determinar, a partir da doutrina e da jurisprudência, o *dies a quo* do prazo prescricional da despesa pública, ou seja, a partir de qual ato ou fato se inicia a contagem do prazo prescricional. Para tanto, é requerido o breve estudo do processo de execução da despesa pública, com críticas ao conceito legal, e, após, análise da prescrição da pretensão de cobrança em face da Fazenda Pública.

Palavras-chave: Despesa pública. Prazo prescricional. Empenho. Condição.

RESUMEN

El objetivo de este artículo es determinar, a partir de la doctrina y la jurisprudencia, el dies a quo del plazo de prescripción del gasto público, es decir, desde el acto o hecho que empieza a contar el plazo de prescripción. Por lo tanto, se requiere el estudio breve del proceso de ejecución del gasto público, con la crítica del concepto legal, y, después, análisis de la prescripción de intención de recaudar frente a la Hacienda.

Palabras clave: Gasto público. Plazo de prescripción. Compromiso de deuda. Condición.



ABSTRACT

The aim of the paper is to determine, from the doctrine and jurisprudence, the dies a quo of public expenditure prescription term, in other words, from the act or fact which starts counting the prescription term. Therefore, it is required the short study of the implementation process of public expenditure, with criticism of the legal concept, and, after, analysis of prescription term of claims for recovery against the Exchequer.

Key words: *Public spending. Limitation period. Commitment. Condition.*

1 INTRODUÇÃO

Para atender necessidades públicas, deve o Estado despender dinheiro, ou seja, realizar despesas públicas². Não pode, contudo, fazê-las sem critério. Há necessidade de procedimento específico, definido em lei, capaz de permitir o controle. Após a licitação – em grande parte dos casos, exceto se a lei desobrigá-la – e do contrato administrativo, para gastar os créditos disponíveis no orçamento público segue-se um rito: empenho, liquidação e ordem de pagamento.

Devido à complexidade desta sequência de atos, é difícil definir qual deles faz surgir o direito do credor (este sujeito é, na análise deste trabalho, o particular, fornecedor de bens e serviços). As implicações da definição do pressuposto do direito do credor são evidentes: o *dies a quo* do prazo prescricional; a via judicial a ser eleita; os documentos que embasarão a cobrança judicial; os efeitos do requerimento administrativo que pede o pagamento.

O maior dilema, não obstante, é determinar o *dies a quo* da contagem do prazo prescricional. A partir de qual momento se inicia a contagem. Os tribunais vêm firmando jurisprudência – num sentido adequado, segundo conclusão deste artigo –, mas é preciso aparar as arestas e dar organização ao tema que, aliás, é pouco estudado no Direito brasileiro.

São três atos da despesa pública: empenho, liquidação e ordem de pagamento (é lícita a inclusão da licitação e do contrato administrativo, em certos casos, mas não se aterá a estes). Será a data de um desses atos o *dies a quo* para contagem do prazo prescricional? A partir de qual momento deve o credor do Estado se preocupar com o recebimento do crédito?

2 Para conceituar a “despesa pública”, afirma Aliomar Baleeiro: “Conjunto de dispêndios do Estado, ou de outra pessoa de direito público, para funcionamento dos serviços públicos”. Ainda, a “Aplicação de certa quantia, em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro duma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo” (**Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 83).

2 EMPENHO

Após a licitação e o firmamento do contrato administrativo, o primeiro ato da execução da despesa pública é o de empenho.

2.1 CONCEITO LEGAL DE EMPENHO

As despesas públicas, autorizadas por lei, decorrem, em sua grande maioria, de obrigações contraídas por meio de contratos ou de determinação legal. Diante da complexidade burocrática estatal, o controle do movimento de dinheiro do erário faz-se imprescindível. No Brasil vige o princípio da unidade de caixa – a disponibilidade dos recursos públicos de cada ente federativo permanece em apenas uma conta bancária oficial (art. 164, Constituição da República) –, o que mantém o constante acompanhamento das entradas e saídas de recursos. Além desse princípio, toda execução de despesa pública deve obedecer a um procedimento composto por atos administrativos específicos: empenho, liquidação e ordem de pagamento.

O empenho é o primeiro ato da execução da despesa pública, fase que antecede a liquidação e a ordem de pagamento. Todas as despesas do Estado, se públicas, o requerem (art. 60, Lei 4.320/1964). O empenho exige, antes de mais nada, dotação orçamentária, ou seja, a despesa deve estar fixada em lei orçamentária anual ou em créditos adicionais. Praticado o ato de empenho, que pode ou não se materializar em um documento chamado nota de empenho, os créditos necessários à quitação da obrigação para com o credor do Estado são reservados dentro da dotação orçamentária.

A Lei 4.320/1964, que “estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal”, conceitua o empenho como: “Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”.

Redação semelhante está presente no projeto de Lei de Finanças (Projeto de Lei - Senado Federal - n. 229/2009), que poderá regular as finanças públicas no futuro: “Art. 85. O empenho da despesa é o ato emanado de autoridade competente que compromete, previamente, dotação orçamentária e cria para a administração uma obrigação pendente do implemento de condição”.

Pela leitura dos textos legais, empenho é ato que cria obrigação de pagamento ao Estado, podendo ou não haver condição. Em outras palavras, com a prática do ato de empenho nasce a obrigação do Estado de pagar. A dúvida é se o empenho cria a obrigação de pagamento ao Estado, mesmo que pendente de condição.

2.2. CONCEITO DE EMPENHO, SEGUNDO A DOUTRINA

A lei não reflete o que, de fato, ocorre na execução da despesa pública. José Afonso da Silva enuncia que o empenho “consiste na reserva de recursos na dotação inicial ou no saldo existente para garantir a fornecedores, executores de obras ou prestação de serviços”.³ Ressalta que é apenas reserva de crédito (recursos) da dotação orçamentária (no crédito orçamentário), ou seja, diante da necessidade de organização das finanças do Estado, e para evitar a utilização do mesmo crédito duas ou mais vezes, adota-se o empenho.⁴

Na mesma toada, Ricardo Lobo Torres ensina que o “empenho da despesa é o ato pela qual se reserva, da dotação orçamentária, a quantia necessária ao pagamento. Permite à Administração realizar posteriormente o pagamento

3 SILVA, José Afonso. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 337.

4 “Apesar do texto expresso do art. 58 da Lei n. 4.320, estamos inclinados a admitir que o nosso empenho [comparando com o engagement francês], em geral, não passa também de ato meramente formal, que não cria, nem extingue, nem modifica nada; simplesmente registra, certifica, faz constar, verifica, e, especialmente reserva recurso comprometido por ajustes, que o precedem ou, no máximo, lhe são concomitantes” (SILVA, José Afonso. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 339). O engagement francês pode ser definido conforme o art. 29 do regulamento geral: “l’acte par lequel un organisme public crée ou constate à son encontre une obligation de laquelle il résultera une charge”. E, conforme Paul Marie Gaudemet, “engagement est ainsi le fait générateur de la dépense; c’est l’act que va rendre l’État débiteur. L’engagement doit être passé dans les limites des crédits budgétaire, ce qu’atteste le visa du contrôleurs financier que intervient à deux reprises” (GAUDEMET, Paul Marie. **Finances publiques**. 7. ed. Paris: Montchrestien, 1996. t. 1, p. 373)

e garante ao credor a existência de verba necessária ao fornecimento ou ao cumprimento de responsabilidades contratuais”.⁵ Também na mesma linha, Celso Ribeiro Bastos ensina que “o empenho não cria a obrigação jurídica de pagar, como acontece em outros sistemas jurídico-financeiros. Ele consiste numa medida determinada a destacar, nos fundos orçamentários destinados à satisfação daquela despesa, a quantia necessária ao resgate do débito”.⁶ O empenho, na esteira do que ensina a doutrina, não faz nascer a obrigação. Serve a reservar o crédito (e não o dinheiro) na dotação orçamentária.

2.3. CONCEITO DE EMPENHO: CRÍTICAS AO CONCEITO LEGAL.

O conceito oferecido pela Lei 4.320/64 não condiz nem com a natureza do instituto, nem com o que, na prática, ocorre. É pacífico na doutrina que o empenho não cria direito. Então, necessário determinar qual o ato ou fato cria o direito.

Em primeiro lugar, a crítica fundar-se-á no termo condição, no texto do art. 58 da Lei 4.320/64. Indaga-se se, havendo necessidade de implemento da condição, conforme o que determina a norma jurídica, é desse momento que se origina o direito do credor (o particular). E, como segunda crítica, admitir-se-á a faculdade de o Estado cancelar o empenho emitido.

2.3.1 Condição

Segundo citado, na letra da Lei 4.320/64, o empenho de despesa cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. O empenho, na redação legal, cria o direito. Mas depende (ou não) do implemento da condição. Como a condição é assunto próprio do Direito Civil, elemento accidental do negócio jurídico, procurar-se-á fazer um breve paralelo.

Trata-se, pois, de condição suspensiva. Sendo assim, diversa deve ser a interpretação do conceito de empenho presente dispositivo legal. No negócio jurídico

5 TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 197.

6 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 33.

em que exista a condição suspensiva, o sujeito A celebra negócio jurídico com B, sendo que, para que nasça obrigação de A, B precisa adimplir a sua obrigação. A obrigação nasce do adimplemento, por B, da condição. De fato, “o ato produz efeitos e o direito nasce”.⁷ Por se tratar de obrigação derivada de contrato administrativo, o particular (fornecedor, prestador de serviço), em regra, primeiro precisa cumprir a sua obrigação para depois o Estado adimplir a sua (o pagamento).⁸

A condição de que se trata aqui, é, além de futura e imprevisível, a voluntária (pura ou própria), prevista no art. 121 do Código Civil. Assim,

condição é o acontecimento futuro e incerto de que depende a eficácia do negócio jurídico. Da sua ocorrência depende o nascimento ou a extinção de um direito. So o aspecto formal, apresenta-se inserida nas disposições escritas do negócio jurídico, razão por que muitas vezes se define como a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto (CC, art. 121).⁹

No caso, a condição não é a legal (imprópria, também chamada de *condicio iuris*), que é derivada da lei, pois não é a norma jurídica que estipula qual a condição (ela somente diz que existe uma condição). Ambas, voluntária e legal, contudo, são “requisitos de eficácia do negócio jurídico”¹⁰. Somente ocorrido o evento –no caso, o previsto em contrato administrativo – é que nasce a obrigação. Em outras palavras, nasce a obrigação no momento em que o credor – o particular contratado pelo Estado – adimple a sua obrigação.

A redação do art. 58 da Lei 4.320/64, parcialmente repetida no projeto da Lei de Finanças, não é exata. O empenho, novamente, não cria para o Estado

7 AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 472

8 “O contrato administrativo deve ser executado pelas partes, no tempo, modo e local previstos contratualmente, regra reafirmada pelo art. 66 da Lei n. 8.666/93.

Em princípio, cabe ao particular realizar sua prestação em primeiro lugar. O pagamento será feito pela Administração depois de recebida e aprovada a prestação” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 509).

9 AMARAL (2006), p. 460.

Conferir: NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 441; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

10 AMARAL (2006), p. 466. Segundo o autor, “A condição legal não é uma condição jurídico-negocial, é um requisito de eficácia do negócio jurídico inexistente no momento da celebração, mas de possível aposição posterior, como, por exemplo, a aprovação de um contrato pelos órgãos públicos competentes, posterior à celebração, como ocorre em matéria de seguros, importação, exportação, transporte público, mineração etc.”

obrigação de pagamento, pois a criação da obrigação ocorre com o implemento da condição, o adimplemento do contrato administrativo pelo sujeito privado (com a entrega do bem ou prestação do serviço).

2.3.2 Possibilidade de revogação unilateral

O empenho pode ser unilateralmente cancelado. Imagine-se que o particular contratado pelo Estado não cumpre a sua obrigação no prazo. Descumpriu o contrato administrativo e, então, não poderá exigir o cumprimento pelo Estado. Nessa hipótese, o empenho poderá ser cancelado de imediato, no mesmo exercício financeiro, fazendo retornar os créditos reservados pelo empenho à dotação orçamentária original.

Em tese, mesmo que o particular houvesse adimplido sua obrigação, é possível o cancelamento do empenho. Embora essa situação configure possível enriquecimento ilícito do Estado¹¹ se já liquidada a despesa, a possibilidade de cancelamento do empenho se coaduna com a manutenção da relação entre despesa e disponibilidade de caixa. Então, se não houver recursos suficientes, durante o exercício financeiro, para satisfazer o débito, não haveria motivo para manter o empenho. Não é o que, de fato, ocorre, felizmente.

Outra hipótese é a regulada pelo art. 35 do Decreto 93.872/1986, sem liquidação do empenho:

Art . 35. O empenho de despesa não liquidada será considerado anulado em 31 de dezembro, para todos os fins, salvo quando:
I - vigente o prazo para cumprimento da obrigação assumida pelo credor, nele estabelecida;
II - vencido o prazo de que trata o item anterior, mas esteja em curso a liquidação da despesa, ou seja de interesse da Administração exigir o cumprimento da obrigação assumida pelo credor;

11 “Os restos a pagar processados não podem ser cancelados, tendo em vista que o fornecedor de bens/serviços cumpriu com a obrigação de fazer e a administração não poderá deixar de cumprir com a obrigação de pagar sob pena de estar descumprindo o princípio da moralidade que rege a Administração Pública, previsto no art. 37 da Constituição Federal, abaixo transcrito. O cancelamento caracteriza, inclusive, forma de enriquecimento ilícito, conforme Parecer no 401/2000 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional” (BRASIL. Manual de contabilidade aplicada ao setor público. 2. ed. Brasília: STN, 2009. v. 1., p. 102. Disponível em: < http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Volume_1_Procedimentos_Contabeis_Orcamentarios.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2012).

- III - se destinar a atender transferências a instituições públicas ou privadas;
- IV - corresponder a compromissos assumidos no exterior.

A despesa não liquidada pressupõe o não cumprimento, ainda, da obrigação pelo particular – não há o que liquidar. Nesse caso, o empenho poderá ser cancelado. Mas, por suposição, diga-se que o particular cumpriu a obrigação e devido à demora no processamento da despesa pelo Estado não se a liquide e o empenho seja cancelado ao término do exercício financeiro. Isso não significa que o Estado não terá a obrigação de pagar. E, então, é de se compreender que a obrigação de pagamento independe da existência do empenho, bastando o cumprimento da obrigação pelo particular, na forma contratada ou definida em lei.

Em resumo, o empenho pode ser cancelado. A obrigação do Estado, se já cumprida a do particular, continuará a existir.

2.4 RESERVA DA DOTAÇÃO

Após apresentar críticas ao conceito legal de empenho, cabível a elaboração de um conceito. Então: empenho é o ato praticado pelo ordenador de despesa (art. 80, §1º, Decreto-lei 200/67) que reserva crédito em dotação orçamentária. Tem como função a organização da execução orçamentária. O empenho requer apenas a existência do crédito da dotação orçamentária, e não exige a disponibilidade de caixa – basta a previsão orçamentária, não a existência do dinheiro.

É imenso o orçamento do Estado e igualmente vultoso e dinâmico o movimento de recursos no erário. Há despesas que são executadas a todo momento. Para que não se despendam mais recursos que os efetivamente disponíveis – ou para que não se despendam duas vezes os mesmos créditos orçamentários – adota-se o empenho.

O empenho tem efeitos internos. Somente serve à organização do Estado. Não resulta direitos ou quaisquer efeitos externos. Nessa linha, e como o objetivo é determinar o direito do credor do Estado, deve-se indagar se o empenho, ou melhor, a nota de empenho, pode ser considerada título extra-

judicial. E se da sua emissão se inicia o prazo prescricional.

2.5 A NOTA DE EMPENHO COMO TÍTULO EXTRAJUDICIAL

Embora o ato do empenho não resulte direito subjetivo ao credor, os tribunais vêm compreendendo a nota de empenho como título extrajudicial.¹² A nota de empenho é o meio físico no qual se expressa o ato de empenho. Em casos especiais, dispensar-se-á (art. 60, §1º, Lei 4.320/64).

O Superior Tribunal de Justiça considera a nota de empenho como título extrajudicial¹³ – capaz de ensejar ação de execução. Possuindo a nota de empenho para instruir o processo de execução – “nota de empenho como título de dívida líquida, certa e exigível, hábil”¹⁴ –, o exequente pode exigir, sem necessitar de processo cognitivo, o pagamento. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tem semelhantes entendimentos, dispensando qualquer outro documento além da nota de empenho.¹⁵ Observe-se que se não houver a nota

12 Conforme Cândido Rangel Dinamarco, “Título executivo é um ato ou fato jurídico indicado em lei como portador do efeito de tornar adequada a tutela executiva em relação ao preciso direito a que se refere”. O autor enumera os elementos necessários ao título: tipicidade, natureza de ato ou fato jurídico, eficácia executiva, certeza e liquidez. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 207)

13 RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. NOTA DE EMPENHO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL.

1. O empenho cria para o Estado obrigação de pagamento, maxime com a prova da realização da prestação empenhada, por isso que a sua exigibilidade opera-se através de processo de execução de cunho satisfativo. Raciocínio inverso implicaria impor ao credor do Estado por obrigação líquida e certa instaurar processo de conhecimento para definir direito já consagrado pelo próprio devedor através de ato da autoridade competente. O empenho é documento público que se enquadra na categoria prevista no artigo 584, II, do CPC. 2. A moderna tendência processual é prestigiar as manifestações de vontade de caráter público ou privado e emprestar-lhes cunho executivo para o fim de agilizar a prestação jurisdicional, dispensando a prévia cognição de outra. 3. A emissão do empenho pressupõe obrigação realizada cuja despesa respectiva deve ser satisfeita pelo Estado sob pena de locupletamento sem causa (Precedentes: REsp n.º 793.969/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. José Delgado, DJU de 26/06/2006; REsp n.º 704.382/AC, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 19/12/2005; REsp n.º 331.199/GO, deste Relator, DJU de 25/03/2002; e REsp n.º 203.962/AC, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 21/06/1999). 4. Recurso especial desprovido. (STJ - REsp n.º 801.632 - AC. Rel. Min. Luiz Fux)

14 STJ - REsp n. 704.382 - AC. Voto da Min. Eliana Calmon, Relatora.

15 TJ/PR – Apelação Cível 883776-1 – Rel. Des. Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes – J. 21.08.2012; TJ/PR - Apelação Cível e Reexame Necessário n.º 379095-2 – Rel. Juiz Convocado Jurandyr Reis Junior – J.: 02/10/2007

de empenho, mas apenas o ato de empenho, não haverá o título executivo extrajudicial, neste caso.¹⁶

O entendimento dos tribunais é adequado. Com o surgimento de títulos extrajudiciais pressupõe-se existência de obrigação. Como ensina Cândido Rangel Dinamarco, é “a probabilidade de existência do crédito o fator que orienta o legislador a qualificar um ato ou fato jurídico como título executivo legitimador da realização de atos executivos”. E, como bem destaca o autor, “probabilidade é menos que certeza”, o que significa que sempre existirão riscos.¹⁷ A nota de empenho apenas demonstra a realização do ato de empenho, a reserva de crédito na dotação. Não pressupõe existência do crédito, pois não se sabe se a contraparte cumprirá sua obrigação. É, enfim, uma probabilidade.

3 DEMAIS FASES DA EXECUÇÃO DA DESPESA PÚBLICA

Após o empenho e a prestação do serviço ou entrega do bem pelo particular, para prosseguir com o processo de pagamento deve-se realizar a liquidação. Nesse ponto, a Lei 4.320/1964 foi certa.¹⁸ Só se paga efetivamente a despesa se efetuada a liquidação, cuja finalidade “consiste na verificação do direito adquirido pelo credor”, ou seja, verifica-se se o valor a pagar é cor-

16 “O único requisito formal referente a todos os títulos executivos segundo o direito positivo brasileiro vigente é sua instrumentalidade em documento escrito” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 221).

17 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 210.

18 Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

reto, se o bem foi entregue (tal qual previsto no edital da licitação e contrato administrativo), se o serviço foi prestado adequadamente, se a fase de uma obra pública (realizada por empreiteira) foi concluída. A pressuposição, com a devida conclusão da liquidação, é a de que o particular já cumpriu a sua obrigação contratual ou legal.

Por fim, logo que liquidada a despesa, deve o Estado pagar a dívida. Aqui se observa o último ato do processo de execução da despesa: a ordem de pagamento. Conforme afirmou-se acima, a recusa ao pagamento, caso já liquidada a despesa, é compreendida como enriquecimento ilícito do Estado, ou seja, o Estado torna-se inadimplente. E é sobre este ponto que se debruçará.

4 NÃO PAGAMENTO DA DESPESA PÚBLICA PELO ESTADO

Se liquidada a despesa, não há, *a priori*, motivo para a negativa ao pagamento ao credor, pois prestado o serviço ou entregue o bem. Se somente empenhada a despesa, porém ainda não liquidada, não há certeza do direito do credor (prestador do serviço ou vendedor do bem). É possível que reste apenas o pagamento pelo Estado, cumprindo sua obrigação no contrato, concluindo o negócio.

O Estado não deve se recusar o adimplemento após cumprimento da obrigação pelo particular. Se realizou o empenho, pressupõe-se que o crédito que servirá à satisfação do débito está disponível e reservado para o fim de pagar o credor. Como o Estado prevê a receita a ser captada até o final do exercício financeiro, no mesmo valor que a fixação das despesas, haverá, em tese, pecúnia suficiente.

Entretanto, por motivo alheio à vontade estatal, ou por má-fé, ou por falhas burocráticas, suponha-se o não pagamento do credor. Por óbvio, este

pode requerer administrativamente ou judicialmente, a depender do caso. Se requerer o pagamento judicialmente, poderá propor ação de cobrança com fundamento no empenho – desde que se comprove o adimplemento da obrigação –, no contrato administrativo, na lei – se a obrigação for legal, como a remuneração de servidores –, em notas fiscais. O Superior Tribunal de Justiça vem admitindo, como se viu, a execução de título extrajudicial – a nota de empenho.

O fulcro da questão é o prazo prescricional (e seu *dies a quo*) para exigir o pagamento pelo Estado.

4.1 PRAZO PRESCRICIONAL DA EXIGIBILIDADE DA DESPESA PÚBLICA

O prazo prescricional¹⁹ é de cinco anos – art. 1º do Decreto 20.910/1932 e art. 70 do Decreto 93.872/1986. Não há dúvida. A questão é a determinação do *dies a quo*. Sendo o empenho a reserva crédito em dotação orçamentária – e não cria direito ao credor –, não é, por evidente, da data de sua emissão o início do prazo da caducidade (e nem da data constante na nota de empenho). Tal constatação não provoca incongruência com o fato de ser a nota de empenho título executivo extrajudicial. Estes indicam a existência do direito, mas não representam o direito por si só. Há uma probabilidade da existência do direito.

No mesmo sentido, não é da liquidação da despesa de que se conta o prazo, pois esta é unicamente um procedimento administrativo de verificação do cumprimento dos elementos contratuais – conforme o art. 63 da Lei

19 “A prescrição, instituto concebido em favor da estabilidade e segurança jurídicas (objetivo, este, também compartilhado pela decadência), é, segundo entendimento que acolhemos, arrimados em lição de Câmara Leal, a perda da ação judicial, vale dizer, do meio de defesa de uma pretensão jurídica, pela exaustão do prazo legalmente previsto para utilizá-la” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 985). Segundo Humberto Theodoro Júnior, “Prevê o art. 189 que, violado o direito, surge a pretensão, que se extinguirá quando não exercitada no prazo fixado em lei. Nisso consiste a prescrição: perda ou extinção da pretensão (poder de reagir contra a violação do direito) e não na extinção do próprio direito subjetivo” (**Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 158). Isso significa que, se o Estado desejar fazer o pagamento, mesmo após o termo prescricional, poderá fazê-lo.

4.320/64. E, ademais, por motivos da administração – demora na liquidação, por exemplo –, a despesa pode não ser liquidada, mesmo que a obrigação tenha sido cumprida pelo particular. E, por evidente, não é pela falta de liquidação que a obrigação será imprescritível.

Igualmente, não é do final do exercício financeiro o início do prazo prescricional, ou seja, do momento da inscrição do débito em restos a pagar. Essa interpretação poderia ser feita se o Estado pudesse escolher livremente a data do pagamento, qualquer data, dentro do exercício financeiro. Em outras palavras, existindo a dotação, mesmo que adimplida a obrigação pelo particular, o Estado poderia cumprir a sua a qualquer momento, desde que dentro do exercício financeiro. Entendimento não adequado, pois a obrigação de pagar existe imediatamente após o cumprimento da obrigação pelo particular, ou seja, se o adimplemento pelo particular ocorre, nesse momento surge o seu direito ao recebimento da contraprestação.

A obrigação do pagamento não decorre do ato de empenho. Não existe devido à liquidação. A obrigação existe devido à prestação do serviço ou entrega do bem, segundo a exposição acima. Sendo o surgimento da obrigação do Estado decorrente do adimplemento pelo particular, o dies a quo será a data do cumprimento dessa obrigação.

4.2 INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL

Nos termos do Decreto 20.910/32, “a prescrição somente poderá ser interrompida uma vez” (art. 8º), e a “prescrição interrompida recomeça a correr, pela metade do prazo, da data que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo” (art. 9º). Assim, se o credor requerer o pagamento antes do termo do prazo prescricional, será ele interrompido, recomeçando sua contagem pela metade do prazo. Ressalta-se que a Súmula 383 do Supremo Tribunal Federal enuncia que “a prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo”. Claro,

portanto, que o prazo de cinco anos para a prescrição da dívida não pode ser, caso interrompido, reduzido desse tempo.

5 CONCLUSÃO

Algumas conclusões podem ser retiradas desse pequeno artigo:

- a) o empenho não cria obrigação para o Estado: embora a letra da lei (art. 58, Lei 4.320/64) e a redação do projeto que tramita no Congresso Nacional expressem que o empenho cria para o Estado a obrigação de pagamento, não cria o ato nenhuma obrigação. É reserva de crédito na dotação. O empenho pode ser cancelado unilateralmente, pois o particular pode não adimplir sua obrigação, ou por outro motivo, como para manter o equilíbrio fiscal. A redação do projeto de Lei de Finanças deverá ser revista, a fim de não comprometer a retidão de sua interpretação.
- b) o Estado tem a obrigação de adimplir seus débitos após cumprimento da obrigação pelo particular: não há argumento que justifique a negativa ao pagamento – cumprimento contratual – pelo Estado, após o cumprimento pelo fornecedor de bens ou prestador de serviço.
- c) mister a atenção constante do particular para evitar a fluência do prazo a exigir o pagamento: foi necessário definir o efeito do empenho para fins de direito do credor, o particular, haja vista o *dies a quo* do prazo prescricional. Fica evidente que o prazo não se inicia do empenho ou da liquidação, ou da inscrição em restos a pagar. O prazo inicia-se do cumprimento da obrigação pelo particular, julgando acertadamente o Superior Tribunal de Justiça. Fixando um entendimento desse assunto, o credor do Estado pode melhor se programar, evitando que o Estado se locuplete. Necessário, portanto, que os credores do Estado se atentem para o entendimento jurisprudencial desse tema.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BRASIL. **Manual de contabilidade aplicada ao setor público**. 2. ed. Brasília: STN, 2009. v. 1. Disponível em: <http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Volume_I_Procedimentos_Contabeis_Orcamentarios.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4
- GAUDEMET, Paul Marie. **Finances publiques**. 7. ed. Paris: Montchrestien, 1996. t. 1.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.
- OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SILVA, José Afonso. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.





[JURISPRUDÊNCIA]



UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 19

ÓRGÃO COLEGIADO DE ORIGEM: 1ª Câmara.

INCIDENTE: Uniformização de Jurisprudência

ASSUNTO: Revisão de Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Acórdão nº 1421/06. Alteração em virtude do posicionamento adotado pelo STF. Aplicabilidade da Lei Complementar nº 51/85, que concede aos policiais civis direito à aposentadoria, desde que satisfeitos os requisitos de 30 (trinta) anos de serviço, com pelo menos 20 (vinte) anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial, dispensados os requisitos previstos no art. 40, §1º, II e III, da Constituição Federal, e nas regras de transição das Emendas Constitucionais 20/98, 41/03 e 47/05.

PROCESSO ORIGINÁRIO: Protocolo nº 445019/06

AUTUAÇÃO DA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA: Protocolo nº 445019/06

RELATOR : Auditor Ivens Zschoerper Linhares

DECISÃO: Acórdão nº 2758/12 - Tribunal Pleno – Sessão de 13/09/12

PUBLICAÇÃO: Atos Oficiais do Tribunal de Contas nº 497 de 28/09/12

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 19

PROCESSO Nº : 445019/06
ASSUNTO : UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
ENTIDADE : TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
INTERESSADO : TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
RELATOR : AUDITOR IVENS ZSCHOERPER LINHARES

ACÓRDÃO Nº 2878/12 - Tribunal Pleno

EMENTA: Revisão de Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Acórdão nº 1421/06. Alteração em virtude do posicionamento adotado pelo STF. Aplicabilidade da Lei Complementar nº 51/85, que concede aos policiais civis direito à aposentadoria, desde que satisfeitos os requisitos de 30 (trinta) anos de serviço, com pelo menos 20 (vinte) anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial, dispensados os requisitos previstos no art. 40, §1º, II e III, da Constituição Federal, e nas regras de transição das Emendas Constitucionais 20/98, 41/03 e 47/05.

1. DO RELATÓRIO

Trata-se de incidente de Uniformização de Jurisprudência, referente à aplicabilidade das regras da Lei Complementar nº 51/85 e da Lei Complementar Estadual nº 93/02 às aposentadorias de policiais civis do Estado do Paraná.

Inicialmente, o Acórdão nº 1421/06 determinou a aplicação da Lei Complementar nº 51/85 condicionada à satisfação dos requisitos de 20 anos de serviços de natureza estritamente policial prestados no desempenho de funções que envolvam atividade de risco, além dos critérios de idade mínima e de aposentadoria compulsória, a que se referem o art. 40, §1º, II e III, da Constituição Federal e as regras transitórias.

A seguir, em face da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.904-5, que modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual nº 93/02, a partir da data dessa decisão, em 15.04.2009, foi emitido o Acórdão nº 564/09, do qual constou, em sua parte dispositiva, decisão no sentido de:

- a) “Alterar a decisão contida no Acórdão nº 1421/06, na parte que ratificou a aplicação da Resolução nº 5022, de 29.07.2004, em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.904-5, que, ao julgar inconstitucional a Lei Complementar nº 93/2002, determinou a eficácia “*ex nunc*” dessa decisão, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99;
- b) Reconhecer o direito à aposentadoria, com base na Lei Complementar nº 93/2002, a todos os Policiais Civis do Estado que tiverem satisfeito os requisitos dessa lei até a data do julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, ocorrido em 15.04.2009;
- c) Manter, para os demais casos, a orientação contida no Acórdão nº 1421/06, **ressalvada a possibilidade de futuro reexame da matéria acerca da aplicabilidade da Lei Complementar nº 51/85**, após a publicação do Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.904-5, bem como **na hipótese de superveniência de entendimento diverso do Supremo Tribunal Federal em outro processo que trate dessa matéria**” (sem grifo no original).

Em conformidade com esse último item da parte dispositiva, foi proposta, de ofício, a revisão da orientação desta Corte, acerca da aplicabilidade da Lei Complementar nº 51/85 e sua recepção pela Constituição Federal de 1988, diante do recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

Aprovada a proposta pelo Plenário, na sessão do dia 08.03.2012, pelo Despacho nº 270/12, foram os autos encaminhados à Diretoria Jurídica e ao Ministério Público de Contas.

Pelo Parecer nº 3108/12, a Unidade Técnica, “Diante do recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal, e considerando o disposto no artigo 416-A do Regimento Interno” manifestou-se “pela revisão do Acórdão nº 564/09 e pela consequente alteração da orientação contida no Acórdão nº 1421/06, com vistas à aplicação plena do artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 51/85”.

No mesmo sentido, o Parecer nº 12998/12, de lavra de sua Excelência o Procurador Geral do Ministério Público de Contas, Dr. ELIZEU DEMORAS CORRÊA, que corroborou o entendimento da Diretoria Jurídica,

no sentido de ser revisto o Acórdão nº 564/09 (e consequentemente o Acórdão nº 1421/06) para permitir aos policiais civis o direito à aposentadoria especial com fundamento no art. 1º da LC nº 51/855, até que nova disciplina legal venha a ser editada pela União Federal.

É o relatório.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Conforme pareceres uniformes no processo, diante da nova orientação do Supremo Tribunal Federal, e com base no art. 416-A, do Regimento Interno, deve ser revisto o Acórdão nº 1421/06, deste Tribunal Pleno, na parte que condicionou a aplicação da Lei Complementar nº 51/85 à observância dos requisitos a que se referem o art. 40, §1º, II e III, da Constituição Federal e as regras transitórias das Emendas Constitucionais 20/98, 41/03 e 47/05.

Aponta a Diretoria Jurídica, a propósito, que essa decisão “destoa do recente posicionamento do STF, proferido no Recurso Extraordinário nº 567.110-RG/AC, o qual reconheceu o direito do servidor de se aposentar de forma especial prevista na LC nº 51/85, por terem sido preenchidos os requisitos nela exigidos” (f. 1 da peça nº 55).

Acrescenta a Unidade Técnica ter sido “assentado pelo STF o entendimento de que o artigo 1º, inciso I, da LC nº 51/85 foi recepcionado pela Constituição Federal” e reconhecida “a relevância jurídica da questão constitucional suscitada no Recurso Extraordinário nº 567.110-RG/AC, havendo manifestação do STF pela existência de repercussão geral no caso”.

Vale observar que essa última decisão faz referência ao julgamento de procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.817, que tinha por objeto o art. 3º da Lei Distrital nº 3.556/2005, e, nessa oportunidade, o mesmo

Tribunal já havia concluído ter sido recepcionada a norma do art. 1º, I, da Lei Complementar nº 51/1985.

Do voto da Ministra CARMEN LÚCIA, constaram os seguintes fundamentos:

O projeto de Lei que se veio a converter na Lei Complementar n. 51/1985 emanou do Presidente da República, reconhecendo-se, desde então, o direito à aposentadoria especial daquele que desempenha atividade estritamente policial, como bem demonstrado em memorial apresentado pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal. Este policial expõe-se a permanente risco em sua integridade física e psicológica, a perigos permanentes em benefício de todos os cidadãos, o que justifica o cuidado legal, na esteira da previsão constitucional. Ora, não houve alteração quanto às exigências com o advento da nova Constituição.

E, conforme realçado pelo Procurador-Geral da República em seu parecer, as alterações procedidas pelas emendas constitucionais posteriores à promulgação da Constituição de 1988 (ns. 20/1998 e 47/2005) não subtraíram a distinção conferida à atividade considerada perigosa ou de risco.

A propósito, pode-se verificar na norma agora em vigor sobre a matéria:

Art. 40 (...)

§ 4º é vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I – portadores de deficiência;

II – que exerçam atividade de risco;

III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Enquadrada a natureza especial da atividade policial no critério de perigo ou risco, e, ainda, considerando ter sido a matéria objeto da mesma espécie normativa exigida pela Constituição atual (lei complementar), tenho como recepcionada n. 51/85 pela Constituição de 1988.

Apenas com ilustração, para indicar a complexidade e a polêmica que sempre envolveu a matéria, vale reproduzir a observação contida no Parecer nº 12998/12, do Dr. ELIZEU DE MORAES CORRÊA, no sentido de que:

Em que pese este Ministério Público junto ao Tribunal de Contas ter firmado posicionamento tanto em Orientação Ministerial (nº01/04) quanto no Parecer nº 15924/06 (peça nº 14), no sentido da não recepção da Lei Federal Complementar nº 51/85 pela Constituição Federal, em sua última manifestação (Parecer nº 4524/09, peça nº37) ao final opinou pelo: “sobrestamento do presente expediente, e feitos correlatos, até que seja publicada a decisão definitiva do Recurso Extraordinário nº, 567.110-1 e da ADI nº 2904, mantendo-se, até lá, o entendimento já consolidado no Acórdão

nº 1421/2006, do Tribunal Pleno, não infirmado pelas decisões do TJ/PR e do STJ”, o que em parte foi acatado no Plenário, através do Acórdão nº 564/09, cuja redação em seu termo final concluiu pela: “possibilidade de futuro reexame da matéria acerca da aplicabilidade da Lei Complementar nº 51/85, após a publicação do Acórdão da Ação Direta da Inconstitucionalidade nº 2.904-5, bem como na hipótese de superveniência de entendimento diverso do Supremo Tribunal Federal em outro processo que trate dessa matéria (f. 2 da peça nº 57).

Outrossim, salienta a Diretoria Jurídica que, no julgamento do RE 535.111, foi afastada, especificamente, a exigência do requisito de idade mínima para a concessão de aposentadoria especial de policial civil, indicando, a propósito, decisão monocrática da Relatora, Ministra CARMEN LÚCIA, que negou seguimento ao recurso extraordinário.

Nessa mesma linha, o seguinte julgado, da mesma Corte, na sessão de 13.06.2012, no Agravo Regimental no Mandado de Injunção 4.528, do Distrito Federal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE POLICIAL. ATIVIDADE DE RISCO. ART. 40, § 4º, INC. II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LEI COMPLEMENTAR N. 51/1985. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO LEGISLATIVA.

1. A Lei Complementar n. 51/1985, que trata da aposentadoria especial dos policiais, foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 (ADI 3.817/DF).
2. O reconhecimento da existência e da aplicabilidade de norma infraconstitucional regulamentadora do direito constitucional pleiteado evidencia o não cabimento do mandado de injunção, por inexistir omissão legislativa inviabilizadora do exercício de direito constitucionalmente assegurado.
3. Impossibilidade de conjugação do sistema da Lei Complementar n. 51/1985 com o do art. 57 da Lei n. 8.213/91, para com isso, cogitar-se de idade mínima para aposentação. Precedentes.
4. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

Em corroboração, ainda nesse mesmo sentido, podem ser citadas as decisões exaradas nos seguintes processos: MI 2518 AgR, MI 1083 e MI 758 ED.

Nessas condições, deve ser revogada a previsão do item “b” da parte dispositiva do Acórdão nº 1421/06, passando-se a aplicar a Lei Complementar nº 51/85, que concede aos policiais civis direito à aposentadoria, desde que satisfeitos os requisitos de 30 (trinta) anos de serviço, com pelo menos 20 (vinte) anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial, dispensados os

requisitos previstos no art. 40, §1º, II e III, da Constituição Federal, e nas regras de transição das Emendas Constitucionais 20/98, 41/03 e 47/05.

Face ao exposto, **voto** no sentido de que, com base no art. 416-A do Regimento Interno, em virtude das decisões do Supremo Tribunal Federal indicadas no voto, seja revogada a previsão do item “b” da parte dispositiva do Acórdão nº 1421/06, passando-se a aplicar a Lei Complementar nº 51/85, que concede aos policiais civis direito à aposentadoria, desde que satisfeitos os requisitos de 30 (trinta) anos de serviço, com pelo menos 20 (vinte) anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial, dispensados os requisitos previstos no art. 40, §1º, II e III, da Constituição Federal, e nas regras de transição das Emendas Constitucionais 20/98, 41/03 e 47/05;

3. DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Auditor IVENS ZSCHOERPER LINHARES, por unanimidade, em:

Revogar a previsão do item “b” da parte dispositiva do Acórdão nº 1421/06, passando-se a aplicar a Lei Complementar nº 51/85, que concede aos policiais civis direito à aposentadoria, desde que satisfeitos os requisitos de 30 (trinta) anos de serviço, com pelo menos 20 (vinte) anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial, dispensados os requisitos previstos no art. 40, §1º, II e III, da Constituição Federal, e nas regras de transição das Emendas Constitucionais 20/98, 41/03 e 47/05;

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, IVAN LELIS BONILHA e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e os Auditores JAIME TADEU LECHINSKI e IVENS ZSCHOERPER LINHARES.

Presente o Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ELIZEU DE MORAES CORREA.

Sala das Sessões, 13 de setembro de 2012 – Sessão nº 33.

IVENS ZSCHOERPER LINHARES

Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES

Presidente

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 20

[JURISPRUDÊNCIA]

ÓRGÃO COLEGIADO DE ORIGEM: Tribunal Pleno

INCIDENTE: Uniformização de Jurisprudência

ASSUNTO: Cálculo do adicional por tempo de serviço dos servidores do Município de Curitiba.

PROCESSO ORIGINÁRIO: Protocolo nº 232206/11- TC

AUTUAÇÃO DA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA: Protocolo nº 349999/12

RELATOR: Conselheiro Artagão de Mattos Leão

DECISÃO: Acórdão nº 3494/12 - Tribunal Pleno – Sessão de 25/10/12

PUBLICAÇÃO: Atos Oficiais do Tribunal de Contas nº 520 de 01/11/12

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 20

PROCESSO Nº : 349999/12
ASSUNTO : UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
ENTIDADE : TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
INTERESSADO : TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
RELATOR : CONSELHEIRO ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO

ACÓRDÃO Nº 3494/12 - Tribunal Pleno

EMENTA: Uniformização de Jurisprudência. Metodologia de cálculo do adicional por tempo de serviço dos servidores públicos do Município de Curitiba. Concessão do sexto adicional quinquenal sujeita à completude do trigésimo primeiro ano de serviço, se homens, e vigésimo sexto ano de serviço, se mulheres.

1. DO RELATÓRIO

Versa o presente expediente sobre Incidente de Uniformização de Jurisprudência, originado do processo nº 23220-6/11-TC, acerca da divergência de interpretação entre decisões desta Corte de Contas quanto à metodologia utilizada no cálculo de adicional por tempo de serviço dos agentes públicos do Município de Curitiba.

Em Sessão Ordinária do Tribunal Pleno de 05 de abril de 2012 fui designado Relator deste processo. Sendo assim, recebido o presente, mediante o despacho nº 1169/12 determinei a sua instrução, como também a manifestação do douto Ministério Público de Contas.

A Diretoria Jurídica analisou a matéria, exarando o parecer nº 9871/12, no qual traz a lume a legislação municipal que trata do assunto, *in verbis*:

Art. 138 da Lei nº 1.656/58 (Estatuto dos Servidores de Curitiba) – O funcionário obterá gratificação adicional, na base do padrão de seu vencimento por tempo de serviço;

I - O funcionário municipal, ao completar 10 anos de efetivo exercício, incorporará, automaticamente dez por cento de adicional aos seus vencimentos e quando perfizer 20 anos, adicionará mais 10 por cento e quando perfizer 25 anos de efetivo exercício adicionará mais 5 por cento completado, assim, a totalidade de acréscimo que é de 25 por cento. As presentes incorporações acompanharão os vencimentos em todas as suas alterações.

II - Ao completar trinta anos de efetivo exercício, quando terá direito ao adicional de cinco por cento, por anos excedentes, inclusive para efeito de aposentadoria e até o máximo de vinte e cinco por cento.

Art. 4º Lei nº 3.498/69 - A gratificação adicional por tempo de serviço far-se-á:

I - de cinco em cinco anos de exercício, cinco por cento, até completar vinte e cinco por cento;

II - Ao completar trinta anos de exercício, cinco por cento por ano excedente, até o máximo de vinte e cinco por cento.

Art. 69 Lei nº 4.789/74 - Ao completar vinte e cinco (25) anos de exercício, a funcionária terá acréscimo aos vencimentos de 5% (cinco por cento) por ano excedente, até o máximo de 25% (vinte e cinco por cento) calculado sobre o respectivo nível de vencimento.

Da leitura dos preceptivos legais supratranscritos conclui o parecerista que o caminho a ser trilhado é o de considerar correto o acréscimo a título de adicional por tempo de serviço dos servidores do Município de Curitiba ao completarem 31 anos de exercício no caso dos homens e ao completarem 26 anos de exercício, no caso das mulheres, e, assim, sucessivamente, até atingirem o máximo de 25%, conforme previsão legal.

O Ministério Público de Contas editou o parecer nº 15435/12, no qual argumenta que com base nos dispositivos legais aplicados ao caso concreto, e acima já mencionados, depreende-se que até que se completem os primeiros 25%, os adicionais são concedidos de cinco em cinco anos de efetivo exercício, de maneira que 25 anos de serviço equivalem a 25% de acréscimo.

Agora, superados os primeiros 25 anos de serviço e, conseqüentemente, contando o servidor com 25% de gratificação, os preceitos legais envolvidos no deslinde da matéria afirmam que a concessão dos percentuais sucessivos se inicia quando o servidor completar 30 anos de exercício, se homem, e 25 anos, se mulher.

Sendo assim, corroborando o entendimento esposado pela Diretoria Jurídica, opina para que se uniformize a jurisprudência no que diz respeito à metodologia de cálculo de adicional por tempo de serviço dos servidores públicos de Curitiba, de acordo com a sistemática adotada no Acórdão nº. 417/11 – 2ª Câmara, qual seja, a de que a concessão do sexto adicional quinquenal, no caso de homens, somente ocorre após o trigésimo primeiro ano completo de serviço e, no caso de mulheres, a partir do vigésimo sexto ano completo.

É o relatório.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Cumpra-se ponderar, inicialmente, que analisando a matéria versada nos autos nº 23220-6/11, que tratou de Recurso de Revista interposto em face do Acórdão nº 417/11 - Segunda Câmara, publicado no AOCT nº 294, de 08 de abril de 2011, que negou registro à aposentadoria da servidora Carmelúcia Carini, concedida através da Portaria nº 160/2009 da Fundação Cultural de Curitiba¹, verifiquei que esta envolve divergência de interpretação entre decisões desta Corte quanto à metodologia utilizada no cálculo do adicional por tempo de serviço dos servidores do Município de Curitiba.

A decisão objurgada naqueles autos reputou válida a aplicação ao inciso II do art. 4º da Lei Municipal nº 3.498/69² da mesma interpretação utilizada

1 Publicada no DOM nº 81 de 22/10/2009, a qual teve por objetivo: "I-Retificar a Portaria nº 012/2007, onde se lê "com vencimento e vencimento II (Art. 11 da Lei Municipal nº 10.817/03) e adicional por tempo de serviço correspondente a 35% e gratificação de responsabilidade técnica correspondente a 30% (Art. 113 da Lei 1656/58, Art. 4º da Lei Municipal 3498/69, e Art.3º,§1º da Lei Municipal n.º 6615/85 ", leia-se "com vencimento e adicional por tempo de serviço correspondente a 50% e gratificação de responsabilidade técnica correspondente a 30% (Art. 113 da Lei 1656/58, Art. 4º da Lei Municipal 3498/69, e Art.3º,§1º da Lei Municipal n.º 6615/85 ". II - Revogar a Portaria n.º 155/2009.

2 Lei que reestruturou as Carreiras de Nível Universitário Municipal, extinguindo vantagens, dispondo sobre o Pagamento da Gratificação Adicional Por Tempo de Serviço dando outras providências"

Art. 4º - A gratificação adicional por tempo de serviço far-se-á:

I – de cinco em cinco anos de exercício, cinco por cento, até completar vinte e cinco por cento;

II – Ao completar trinta anos de exercício, cinco por cento por ano excedente, até o máximo de vinte e cinco por cento.

para os servidores estaduais, segundo a qual o referido adicional será concedido “a ano completo, excedente aos trinta anos”, a teor do reza o art. 171 da Lei nº da lei 6.174/70³.

Ao longo da instrução realizada naqueles autos, verificou-se, entretanto, que em várias decisões desta Corte, dentre as quais, cita-se, o Acórdão nº 1.990/09 - Primeira Câmara⁴, devidamente publicado no AOCT nº 228, de 04 de dezembro de 2009, decidiu-se que não se poderia pretender que a interpretação administrativa dada à Lei Estadual e dirigida ao Estado fosse seguida pelo Município, eis que “tratam-se de esferas normativas diferentes, cujo âmbito legislativo deve ser respeitado”, mantendo-se o entendimento até então dado à matéria pelo Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Curitiba-IPMC.

Portanto, claro está demonstrada a divergência de decisões exaradas pelos órgãos colegiados da Casa, concedendo assim sustentação ao presente Incidente de Uniformização de Jurisprudência, devidamente previsto no art. 81 da Lei Complementar nº 113/05 c/c o art. 415 e segs. do Regimento Interno deste Tribunal.

De posse da legislação municipal que trata da matéria, como bem ponderado na instrução do processo, depreende-se que quando o servidor integraliza 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício laboral faz jus a 25% de adicional por tempo de serviço. Agora, ao completar 30 (trinta) anos, se homem e 25 (vinte e cinco) anos, se mulher, têm direito a 5% **por ano excedente**.

Com efeito, nesta linha de pensar tem-se que o excedente conta-se a partir dos 30 (trinta), se homem e a partir de 25 (vinte e cinco) anos, se mulher,

3 Nos termos do art. 171 da lei 6.174/70:

Art. 171. Ao completar trinta anos de exercício, o funcionário terá direito ao acréscimo aos vencimentos de cinco por cento por ano excedente, até o máximo de vinte e cinco por cento.

4 Registrou-se, naquela ocasião, o ato aposentatório que computou o percentual de 5% de adicional por tempo de serviço a partir do momento em que o servidor completou 30 anos de exercício, conforme Portaria nº 70/06 de 09/06/2006 do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Curitiba-IPPUC, publicada no D.O.M nº 46 de 13/06/2006.

o que quer dizer que o servidor público perceberá mais 5%, a título de adicional por tempo de serviço a cada ano completo que exceder os 30 ou 25 anos, para homens e mulheres, respectivamente.

Sendo assim, e tomando-se o lúcido exemplo apresentado pela unidade técnica, "... o homem aos 31 anos de exercício terá um ano excedente e, assim, fará jus a mais 5% a título de adicional; aos 32 anos terá dois anos excedentes e terá direito a mais 5% a título de adicional (totalizando 10%), e assim sucessivamente, até os 35 anos de exercício, quando perceberá 25% a título de adicional por tempo de serviço "excedente". E "No caso das mulheres, ao completarem 26 anos de efetivo exercício fazem jus a 5% a título de adicional, aos 27 anos mais 5%, e, assim sucessivamente, até os 30 anos de exercício, quando perceberão 25% a título de adicional por tempo de serviço "excedente".

Do acima exposto, e concordando com as ponderações aduzidas pela Diretoria Jurídica e douto Ministério Público de Contas **VOTO** no sentido de interpretar que anos excedentes são aqueles anos completos que superem os 30 (trinta) anos de exercício no caso dos homens e 25 (vinte e cinco) anos de exercício no caso das mulheres, nos exatos termos constantes no inc. II do art. 4º da Lei nº 3.498/69 e no art. 69 da Lei nº 4.789/74.

3. DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, por unanimidade, em:

Interpretar que anos excedentes são aqueles anos completos que superem os 30 (trinta) anos de exercício no caso dos homens e 25 (vinte e cinco) anos de exercício no caso das mulheres, nos exatos termos constantes no inc. II do art. 4º da Lei nº 3.498/69 e no art. 69 da Lei nº 4.789/74.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros, FERNANDO ALGUSTO MELLO GUIMARÃES, NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, HERMAS EURIDES BRANDÃO, IVAN LELIS BONILHA e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e o Auditor THIAGO BARBOSA CORDEIRO.

Presente o Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ELIZEU DE MORAES CORREA.

Sala das Sessões, 25 de outubro de 2012 – Sessão nº 39.

ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO
Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Presidente

PREJULGADO]

PREJULGADO Nº 16

ÓRGÃO COLEGIADO DE ORIGEM: Tribunal Pleno

INCIDENTE: Prejulgado

ASSUNTO: Auxílio-reclusão. Possível incompatibilidade da disposição do art. 59 da Lei estadual nº 12.398/1998 quando em cotejo com o comando previsto no art. 201, inc. IV da Carta da República.

AUTUAÇÃO DO PREJULGADO: Protocolo nº 376708/12

RELATOR : Conselheiro Nestor Baptista

DECISÃO: Acórdão nº 3856/12 - Tribunal Pleno

SESSÃO: Sessão Ordinária do Tribunal Pleno nº42 de 29/11/12

PUBLICAÇÃO: Atos Oficiais do Tribunal de Contas nº 543 de 07/12/12

PREJULGADO Nº 16

PROCESSO Nº : 376708/12
ASSUNTO : PREJULGADO
ENTIDADE : TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
INTERESSADO : TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
RELATOR : CONSELHEIRO NESTOR BAPTISTA

ACÓRDÃO Nº 3856/12 - Tribunal Pleno

EMENTA: Incidente de Prejulgado. Auxílio-reclusão. Critério econômico (baixa renda) deve ser aferido apenas em relação ao segurado. Inteligência do art. 201, inc. IV da Constituição Federal de 1988.

1. DO RELATÓRIO

Trata-se de Incidente de PREJULGADO instaurado pelo Tribunal Pleno (peça 5) em face de requerimento levado a efeito pelo Auditor Thiago Barbosa Cordeiro, Relator dos autos nº 670960/10, objetivando precisar o entendimento desta Corte de Contas em relação ao requisito constitucional para concessão do benefício previdenciário de auxílio-reclusão. A análise faz-se necessária em virtude de uma possível incompatibilidade da disposição do art. 59 da Lei estadual nº 12.398/1998 quando em cotejo com o comando previsto no art. 201, inc. IV da Carta da República.

Com supedâneo em precedente do Supremo Tribunal Federal, a Diretoria Jurídica (DIJUR) desta Corte lançou Parecer nº 9490/12 (peça 10), opinando no sentido de que a exigência constitucional para o deferimento do benefício está vinculada à situação econômica do segurado, e não dos seus dependentes. Desta forma, se manifesta pela incompatibilidade da norma estadual em face do comando constitucional.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (MPjTC) por meio do Parecer nº 10749/12 (peça 12) da lavra do Procurador Michael Richard Reiner, conclui que:

o art. 59 da Lei Estadual nº 12.398/1998, que cuida do auxílio-reclusão no Regime Próprio Paranaense, demanda uma interpretação conforme a Constituição, de modo que o critério basilar referente à baixa renda do segurado, permeie toda a sua leitura e aplicação (compatibilizando com o estabelecido no art. 13 da Emenda nº 20/1998).

É o relatório.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

O deslinde da questão passa, necessariamente, por uma análise, ainda que concisa, das normas positivas que tratam do auxílio-reclusão, tanto no plano constitucional quanto no infraconstitucional.

Ao tratar da Previdência Social o Constituinte de 1988 estabeleceu no art. 201 o seguinte comando:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

(...)

IV - salário-família e **auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda**; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)" (grifou-se)

A previsão constitucional acima transcrita é taxativa ao criar o auxílio-reclusão, estabelecendo um requisito para a concessão, qual seja, a **baixa renda do segurado**.

Ao tratar da matéria sob análise, o Supremo Tribunal Federal assim se posicionou:

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA RE-

PÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO-RECLUSÃO. **BENEFÍCIO RESTRITO AOS SEGURADOS PRESOS DE BAIXA RENDA.** RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 20/1998. SELETIVIDADE FUNDADA NA RENDA DO SEGURADO PRESO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. **I - Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes.** II - Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários. III - Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade. IV - Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 587365, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO. DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-08 PP-01536). (grifou-se)

De outra banda, no plano infraconstitucional o legislador paranaense normatizou o referido auxílio da seguinte forma:

Lei 12.398/98

Da Pensão por Prisão do Segurado Art. 59. A pensão decorrente de prisão do segurado (auxílio reclusão), será concedida ao conjunto de dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receba remuneração, vencimentos ou proventos de inatividade.

De um cotejo do panorama normativo acima desenhado, depreendo que há uma incompatibilidade do artigo da Lei Paranaense em face da disposição da Carta da República.

Considerando que no plano constitucional o auxílio-reclusão no regime geral da previdência social é concedido aos dependentes do segurado de baixa renda, revela-se adequada a interpretação da DIJUR, segundo a qual os regimes próprios não podem estabelecer regramento diverso, notadamente quanto aos requisitos para concessão de benefícios.

Assim sendo, conheço do presente Incidente de Prejudicado e **VOTO** para que sua redação seja vazada nos seguintes termos: "Auxílio-reclusão. Critério econômico (baixa renda) deve ser aferido apenas em relação ao segurado. Inteligência do art. 201, inc. IV da Constituição Federal de 1988."

É o voto.

3. DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro NESTOR BAPTISTA, por unanimidade, em:

Conhecer do presente Incidente de Prejulgado e julgar para que sua redação seja vazada nos seguintes termos: “Auxílio-reclusão. Critério econômico (baixa renda) deve ser aferido apenas em relação ao segurado. Inteligência do art. 201, inc. IV da Constituição Federal de 1988.”

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, CAIO MARCIO NOGUEIRA SOARES, HERMAS EURIDES BRANDÃO, IVAN LELIS BONILHA e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL.

Presente o Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ELIZEU DE MORAES CORREA.

Sala das Sessões, 27 de novembro de 2012 – Sessão nº 42.

NESTOR BAPTISTA
Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Presidente



ACÓRDÃOS

ACUMULAÇÃO - REMUNERAÇÃO PROVENTOS DE INATIVIDADE CONCURSO PÚBLICO - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 37, XVI

PROCESSO Nº : 473196/10
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : MUNICÍPIO DE SERTANÓPOLIS
INTERESSADO : REINALDO RAMOS REIS, REINALDO RAMOS REIS
RELATOR : CONSELHEIRO HERMAS EURIDES BRANDÃO

ACÓRDÃO Nº 1398/12 - Tribunal Pleno

EMENTA: Consulta. Servidor público. Aposentadoria. Concurso público. Cumulação de remuneração com aposentadoria pelo INSS. Possibilidade. Regime próprio. Acúmulo de remuneração com proventos da inatividade. Possibilidade, respeitadas as ressalvas constitucionais. Inteligência do artigo 37, XVI, XVII e § 10.

1. DO RELATÓRIO

O Prefeito do Município de Sertanópolis, Reinaldo Ramos Reis, com fundamento no art. 39, II da Lei Estadual Complementar nº 113/2005, apresentou consulta questionando a correta interpretação a ser dada ao art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal⁵.

2. A indagação do consulente foi apresentada nos seguintes termos:

Tratando-se de Administração Direta cujo regime jurídico único seja o celetista, o servidor municipal concursado, estável, que aposenta pelo Regime Previdenciário Geral (INSS), poderá retornar ao cargo mediante concurso público, qualquer que seja o cargo, ou deverá observar as vedações do artigo 37 da Constituição Federal?

3. O parecer jurídico elaborado pela Procuradoria – Geral do Município (peça 2, fl. 5) concluiu que:

Por todo o exposto, concluímos que tanto faz ser emprego público ou cargo público, quando da Administração Direta, a vedação constitucional de acumular proventos com rendimentos se aplica a ambos, só sendo possível a cumulação quando tratar-se de dois cargos de professor; um cargo de professor com outro técnico ou científico; dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, e desde que haja compatibilidade de horários.

4. A consulta foi admitida pelo Despacho nº 1.507/2010, tendo em vista o atendimento dos requisitos de admissibilidade estabelecidos pelo art. 38 da Lei Estadual Complementar nº 113/05, quais sejam: **(i)** foi formulada por autoridade legítima; **(ii)** apresentou de forma objetiva os quesitos, com

⁵ Art. 37. (...)

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

indicação precisa da dúvida; *(iii)* a dúvida se refere à aplicação de dispositivos legais concernentes à matéria de competência deste Tribunal; *(iv)* foi instruída com parecer jurídico elaborado pela assessoria jurídica do órgão, com opinião sobre a matéria objeto da consulta; e *(v)* foi formulada em tese.

5. Por conseguinte, os autos foram enviados à Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca que informou a existência dos Acórdãos 41/08 – Pleno, autos 30.403-6/07, 327/08 e 52.072-3/07, que trataram de matéria relacionada, em parte, ao assunto consultado.

6. A Diretoria Jurídica - DIJUR se manifestou por intermédio do Parecer nº 12.345/10 (peça 6), por intermédio do qual concluiu que “o servidor público aposentado, independentemente do regime jurídico adotado, somente pode ingressar novamente no quadro da Administração Pública, através de concurso público, nas hipóteses previstas pelo artigo 37, XVI da Constituição Federal.”

7. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, pelo Parecer nº 467/11 (peça 7), observou que nos Acórdãos nºs 41/2008, 327/2008 e 946/2009, este Tribunal deliberou sobre se haveria o rompimento do vínculo funcional ou era possível a permanência no trabalho de inativados pelo Regime Geral de Previdência Social, ao passo que nestes autos se discute novo vínculo derivado de concurso.

8. Em suas conclusões, o Ministério Público se manifestou “pela possibilidade de cumulação de emprego com aposentadoria pelo INSS e de emprego ou cargo se as funções eram acumuláveis nos termos do artigo 37, inciso XVI da Constituição Federal.”

9. É o relatório.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

10. A questão está centrada na interpretação e aplicação do art. 37, § 10 da Constituição Federal, que assim estabelece:

É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

11. Desta forma, sendo vedada a cumulação de vencimentos com proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 da Constituição Federal, acompanho os pareceres uniformes da Diretoria Jurídica e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas no sentido de que o servidor municipal aposentado por regime próprio, somente poderá retornar ao cargo mediante concurso público se os empregos, os cargos ou as funções eram acumuláveis nos termos do artigo 37, inciso XVI da Constituição Federal.

12. No caso de o servidor ter sido aposentado pelo Regime Geral do INSS, poderá ocupar cargo mediante concurso público.

12. Ante o exposto, apresento proposta no sentido de responder a consulta nos seguintes termos:

I - Pela possibilidade de cumulação de emprego público com aposentadoria pelo Regime Geral do INSS.

II - Pela possibilidade de cumulação de cargo público com aposentadoria por regime próprio se os empregos, os cargos ou as funções seriam acumuláveis nos termos da Constituição Federal.

3. DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro HERMAS EURIDES BRANDÃO, por unanimidade, em:

Responder a consulta nos seguintes termos:

I - Pela possibilidade de cumulação de emprego público com aposentadoria pelo Regime Geral do INSS.

II - Pela possibilidade de cumulação de cargo público com aposentadoria por regime próprio se os empregos, os cargos ou as funções seriam acumuláveis nos termos da Constituição Federal.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, CAIO MARCIO NOGUEIRA SOARES, HERMAS EURIDES BRANDÃO e IVAN LELIS BONILHA e o Auditor JAIME TADEU LECHINSKI.

Presente o Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ELIZEU DE MORAES CORREA.

Sala das Sessões, 24 de maio de 2012 – Sessão nº 18.

HERMAS EURIDES BRANDÃO
Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Presidente

APOSENTADOS E PENSIONISTAS

REAJUSTE SEM PARIDADE

PROCESSO Nº : 652353/11
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : MUNICÍPIO DE MEDIANEIRA
INTERESSADO : ELIAS CARRER
RELATOR : CONSELHEIRO ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO

ACÓRDÃO Nº 3318/12 - Tribunal Pleno

EMENTA: Consulta. Reposição de perdas do poder aquisitivo da moeda aos aposentados e pensionistas sem paridade. Aplicação do art. 15 da Lei nº 10.887/2004, com a redação constante da Lei nº 11.784/2008 até a edição da medida cautelar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4582. A partir da decisão do STF o Município deverá editar norma específica de concessão de reajuste aos inativos e pensionistas sem paridade, desvinculado da obrigação de conceder o mesmo índice e na mesma data dos beneficiários do Regime Geral da Previdência Social.

1. DO RELATÓRIO

Versa o presente expediente sobre consulta formulada pelo Instituto de Previdência do Município de Medianeira “quanto a possibilidade/ legalidade da concessão de reposição de perdas do poder aquisitivo da moeda, referente a períodos anteriores, pelo Fundo Municipal de Previdência a aposentados e pensionistas sem paridade, cujas reposições estão vinculadas ao Regime Geral de Previdência Social”.

Inicialmente, cumpre-se aclarar que a peça inicial foi firmada pelo Controlador Geral do Município, pessoa não legitimada para formular consulta a esta Corte, razão pela qual determinou-se a sua ratificação por autoridade competente para tal fim, o que ocorreu (peça 06) com a ratificação da consulta firmada pelo presidente do Conselho Municipal de Previdência.

A consulta em questão veio acompanhada do parecer jurídico nº 017/2011, na qual, em síntese, opina favoravelmente a implementação de reposição das perdas decorrentes da variação inflacionária aos servidores do Grupo Ocupacional Geral Magistério do Poder Executivo Municipal de Medianeira e Grupo Ocupacional Geral Transitório do Poder Executivo Municipal de Medianeira, extensivo aos inativos e pensionistas que ainda não o receberam, por se tratar de uma reposição decorrente da variação inflacionária e não revisão/reajustamento anual, não importando se estes se enquadram na questão da paridade ou não paridade.

Recebida presente consulta, esta foi encaminhada à Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca, que mediante a informação nº 58/11, atestou a existência da consulta processada sob o nº 211840/06, respondida pelo Acórdão nº 1273/06. Embora similar ao objeto ora indagado pelo Consulente, não diz respeito ao tema versado nesta consulta: perdas resultantes de não atendimento à legislação federal do RGPS.

A Diretoria Jurídica analisou a matéria exarando o parecer nº 3913/12, no qual pondera que o cerne da questão encontra-se no modo de interpretar o art. 15 da Lei Federal nº 10.887/2004, em sua redação atual, *in verbis*:

Os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os arts. 1º e 2º desta Lei serão reajustados, a partir de janeiro de 2008, na mesma data e índice em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social, ressaltados os beneficiados pela garantia de paridade de revisão de proventos de aposentadoria e pensões de acordo com a legislação vigente. (Redação dada pela Lei nº 11.784/2008)

Aduz o parecerista que a matéria supra referida sofreu recente modificação jurisprudencial, em face do ajuizamento, pelo Estado do Rio Grande do Sul, da

ADI nº 4582, na qual se contestava a competência constitucional da União de estender, aos servidores públicos dos demais entes federativos, o mesmo reajuste previsto para o regime geral de previdência social.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar requerida da citada ADI, decidiu por concedê-la com o propósito de: “restringir a aplicabilidade do preceito contido no artigo 15 da Lei nº 10.887/2004, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008, aos servidores ativos e inativos bem como aos pensionistas da União.” (Voto do Min. Marco Aurélio, Relator da ADI nº 4582/DF).

Destarte, entende que o art. 15 da Lei nº 10.887/2004, considerando a medida cautelar concedida na ADI 4582, encontra-se, no momento, com aplicabilidade restrita aos servidores públicos federais, cabendo aos demais entes federativos disciplinar, por lei, a forma de reajuste de seus inativos não acobertados pela regra de paridade.

Pondera, outrossim, que tendo em vista que a publicação da medida cautelar na já mencionada ADI ocorreu em 09 de fevereiro de 2012, “é de se reconhecer que, dada à eficácia *ex nunc* da referida medida cautelar, que é somente a partir de tal data que o Município não está obrigado a se submeter aos ditames do art. 15 da Lei Federal 10887/2004, sendo válidas eventuais reposições que tenham seguido o disposto na norma impugnada.”

Sendo assim, opina pela possibilidade de concessão de reposição de perdas aos inativos e pensionistas ligados à Previdência Oficial do Município, não detentores da paridade, com base no art. 40, § 8º da Constituição da República, não estando o Município obrigado a se submeter, a partir da publicação da Medida Cautelar na ADI 4582, ao art. 15 da Lei nº 10.887/2004, podendo, por meio de lei, prever índices e datas de reajuste distintos daqueles utilizados pela União.

O Ministério Público de Contas exarou o parecer nº 13.346/12, no qual pondera, inicialmente, que a Constituição Federal, na redação original do art.

40, § 4º e após as alterações advindas da EC nº 20/98, consignou a revisão de proventos de aposentadoria na mesma proporção e na mesma data de alteração da remuneração dos servidores efetivos, garantindo a paridade.

Entretanto, a EC nº 41/03 alterou as regras sobre o tema, preservando as regras e condições dos que se aposentaram na forma do regime anterior e fixando regime de transição com regras especiais mediante paridade com os servidores em atividade e, no novo regime, determinou a realização de reajustes nos benefícios a aposentados e pensionistas nos termos a serem definidos pela lei.

No contexto do ordenamento jurídico atual, cogente seria para os entes federativos a aplicação da regra constitucional do art. 40, § 8º e de sua regulamentação prevista no art. 15 da Lei Federal nº 10.887/2004 aos beneficiários sem paridade considerando que a lei os vincula nos arts. 1º (aposentadoria) e 2º (pensões). E assevera: “se o ente municipal competente não corrigiu os benefícios previdenciários nos mesmos índices aplicados pelo Regime Geral de Previdência haverá perdas a serem ressarcidas”.

Com base nas ponderações ora expostas e considerando a concessão da medida cautelar na ADI nº 4582, de 28 de setembro de 2011, conclui seu opinativo pela resposta consistente na possibilidade legal da concessão de reajuste pelo Fundo Municipal de Previdência a inativos e pensionistas cujos benefícios tenham sido calculados na forma dos arts, 1º e 2º da Lei nº 10.887/04, ou seja, sem paridade com servidores em atividade, nos mesmos índices fixados pelo Regime Geral da Previdência Social, corrigindo perdas, se existirem, em relação aos exercícios de 2005 a 2010, não abrangidos pela Medida Cautelar na ADI 4582.

É o relatório.

6 Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
§ 8º - É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Como bem fixado pela instrução dos autos e parecer ministerial a matéria objeto da presente consulta encontra-se regida pelo art. 40 da Constituição da República, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais n.ºs. 20/98 e 41/03, sendo regulamentada pelo art. 15 da Lei n.º 10.887/2004, com a nova redação trazida pela Lei n.º 11.784/2008, assim redigida *verbis*:

Art. 15. Os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os arts. 1.º e 2.º desta Lei serão reajustados, a partir de janeiro de 2008, na mesma data e índice em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social, ressalvados os beneficiados pela garantia de paridade de revisão de proventos de aposentadoria e pensões de acordo com a legislação vigente.

Entretanto, a partir de 09 de fevereiro de 2012, data da publicação da medida cautelar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4582, o art. 15 da Lei n.º 10.887/2004 teve sua aplicabilidade restringida aos servidores públicos federais, cabendo aos demais entes federativos disciplinar, por lei, a maneira de reajuste de seus inativos não contemplados pela regra da paridade.

Sendo assim, nos termos dos pareceres da Diretoria Jurídica e douto Ministério Público VOTO pela possibilidade de concessão de reposição de perdas aos inativos e pensionistas ligados ao Instituto de Previdência do Município de Medianeira, não detentores da paridade, com supedâneo no art. 40, § 8.º da Constituição da República nos mesmos índices aplicados ao Regime Geral de Previdência, não estando o Município obrigado a se subsumir, a partir da publicação da Medida Cautelar na ADI 4582, ao art. 15 da Lei n.º 10.887/2004, podendo, por meio de lei local própria, prever índices e datas de reajuste distintos daqueles utilizados pela União.

3. DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, por unanimi-

dade, em responder a Consulta pela possibilidade de concessão de reposição de perdas aos inativos e pensionistas ligados ao Instituto de Previdência do Município de Medianeira, não detentores da paridade, com supedâneo no art. 40, § 8º da Constituição da República nos mesmos índices aplicados ao Regime Geral de Previdência, não estando o Município obrigado a se subsumir, a partir da publicação da Medida Cautelar na ADI 4582, ao art. 15 da Lei nº 10.887/2004, podendo, por meio de lei local própria, prever índices e datas de reajuste distintos daqueles utilizados pela União.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, HERMAS EURIDES BRANDÃO, IVAN LELIS BONILHA e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e o Auditor THIAGO BARBOSA CORDEIRO.

Presente o Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ELIZEU DE MORAES CORREA.

Sala das Sessões, 11 de outubro de 2012 – Sessão nº 37.

ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO
Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Presidente

CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO TEMPO CONCOMITANTE - CARGO EFETIVO ACUMULÁVEL

PROCESSO Nº : 335870/11
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : PINHAIS PREVIDÊNCIA
INTERESSADO : ELIANE DO ROCIO FORLEPA
RELATOR : CONSELHEIRO NESTOR BAPTISTA

ACÓRDÃO Nº 2758/12 - Tribunal Pleno

EMENTA: Consulta. Pinhais Previdência. Certidão de tempo de contribuição expedida pelo INSS. Tempo concomitante. Cargo efetivo acumulável. No caso de certidão de tempo de contribuição expedida pelo INSS em que conste como zerado o tempo líquido do segundo período concomitante referente a cargo efetivo acumulável, é possível que o RPPS integralize este período para fins de concessão de benefício previdenciário, desde que os requisitos constitucionais e legais para tanto sejam devidamente comprovados por documentos complementares ou quaisquer outros meios de prova aptos.

1. DO RELATÓRIO

Os autos tratam de Consulta (Art. 38, V, da Lei Orgânica) formulada pela Diretora-Presidente do PINHAIS PREVIDÊNCIA, Sra. Eliane do Rocio Forlepa. Solicitou o posicionamento deste TCE-PR acerca de dúvida relacionada a cargos acumuláveis para fins de concessão de benefício previdenciário, no qual se tecem os seguintes questionamentos:

1. Havendo o desmembramento de entes federativos, considerando uma sucessão de entes jurídicos em que não há interrupção na vida funcional do servidor, apenas a transformação de regime celetista para estatutário, na qual o servidor encontra-se em estado de sujeição a passa a contribuir ao RPPS, pode o ente desmembrado integralizar para fins de aposentadoria no 2º cargo efetivo acumulável o tempo “zerado” na CTC expedida pelo INSS, especialmente quando a admissão no ente originário deu-se através de dois empregos públicos, registrados separadamente na CTPS?
2. Não sendo o caso de sucessão de entes federativos, poderia o RPPS integralizar para fins de aposentadoria no 2º cargo efetivo acumulável o tempo de contribuição concomitante, “zerado” na CTC expedida pelo INSS, especialmente quando o respectivo tempo concomitante ocorreu em ente federativo distinto daquele que irá conceder o benefício?

O pleito encontra-se instruído com parecer da assessoria jurídica local, nº29/2011, que se manifestou favoravelmente ao cômputo do tempo concomitante registrado na Certidão de Tempo de Contribuição do INSS, mesmo “zerado”, para integralizar o tempo de aposentadoria do segundo cargo efetivo.

A consulta foi admitida pelo Despacho n.º 1495/11-GCNB, observado o atendimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 38 da Lei Complementar nº113/2005 do Regimento Interno desta Corte de Contas.

A Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca (CJB), Informação n.º 25/11 informou que não foram encontradas decisões desta Corte de Contas a respeito do tema.

O parecer n.º 5539/11 da Diretoria Jurídica (DIJUR) entendeu que no caso de Certidão de Contribuição expedida pelo INSS em que conste como zerado o tempo líquido do segundo período concomitante referente a cargo

efetivo acumulável, é possível que o RPPS integralize este período para fins de concessão de benefício previdenciário, desde que os requisitos constitucionais e legais para tanto sejam devidamente comprovados por documentos complementares ou quaisquer outros meios de prova aptos, ressaltando que quando do cômputo de tempo em regimes distintos, deve se proporcionalizar as contribuições entre os entes previdenciários, por ajuste amigável ou pela via judicial, sem prejudicar a imediata concessão do benefício previdenciário ao requerente.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (MPjTC), no Parecer n.º 3934/12 afirmou que o caso em análise não atendeu ao requisito do art. 38, III, da Lei Complementar nº113/2005, pois considerando que o regramento para a aposentadoria dos RGPS e RPPS são distintos, estando sob a jurisdição desta Corte aquele regime, bom como que a atual legislação do INSS fixa sistemática incompatível com a segunda aposentadoria, e porque a contagem de tempo para inativação gera a expectativa quanto à participação financeira de autarquia federal, o MPjTC opina pelo não conhecimento da presente consulta, sugerindo-se seja formulada a consulta à entidade emissora da certidão de tempo de contribuição.

É o relatório.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Preliminarmente, verifica-se que o Consulente é parte legítima para formular Consulta, conforme artigo 312, II, do Regimento Interno desta Corte de Contas e que o processo encontra-se devidamente instruído.

A matéria tratada na presente consulta foi minuciosamente analisada pela unidades técnicas desta Corte, bem como pelo órgão ministerial.

Em que pese a preliminar de não conhecimento lançada pelo MPjTC, entendo que esta Corte pode responder a presente consulta.

No mérito, cumpre salientar que a dúvida recai sobre:

1. Havendo o desmembramento de entes federativos, considerando uma sucessão de entes jurídicos em que não há interrupção na vida funcional do servidor, apenas a transformação de regime celetista para estatutário, na qual o servidor encontra-se em estado de sujeição a passa a contribuir ao RPPS, pode o ente desmembrado integralizar para fins de aposentadoria no 2º cargo efetivo acumulável o tempo "zerado" na CTC expedida pelo INSS, especialmente quando a admissão no ente originário deu-se através de dois empregos públicos, registrados separadamente na CTPS?
2. Não sendo o caso de sucessão de entes federativos, poderia o RPPS integralizar para fins de aposentadoria no 2º cargo efetivo acumulável o tempo de contribuição concomitante, "zerado" na CTC expedida pelo INSS, especialmente quando o respectivo tempo concomitante ocorreu em ente federativo distinto daquele que irá conceder o benefício?

Em face das considerações até aqui expendidas, a resposta deve ser dada nos termos do parecer da DIJUR, que no caso de Certidão de Tempo de Contribuição expedida pelo INSS em que conste como zerado o tempo líquido do segundo período concomitante referente a cargo efetivo acumulável, é possível que o RPPS integralize este período para fins de concessão de benefício previdenciário, desde que os requisitos constitucionais e legais para tanto sejam devidamente comprovados por documentos complementares ou quaisquer outros meios de prova aptos.

É a fundamentação.

Assim, acompanhando o Parecer nº 5539/11 da Diretoria Jurídica, **VOTO** pelo **Conhecimento da Consulta** formulada pela Presidenta do PINHAIS PREVIDÊNCIA, Sra. Eliane do Rocio Forlepa e, por conseguinte, para que a resposta, em tese, seja dada nos seguintes termos: No caso de Certidão de Tempo de Contribuição expedida pelo INSS em que conste como zerado o tempo líquido do segundo período concomitante referente a cargo efetivo acumulável, é possível que o RPPS integralize este período para fins de concessão de benefício previdenciário, desde que os requisitos constitucionais e legais para tanto sejam devidamente comprovados por documentos complementares ou quaisquer outros meios de prova aptos.

É o voto.

3. DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro NESTOR BAPTISTA, por unanimidade, em:

Conhecer a Consulta formulada pela Presidenta do PINHAIS PREVIDÊNCIA, Sra. Eliane do Rocio Forlepa e, por conseguinte, para que a resposta, em tese, seja dada nos seguintes termos: No caso de Certidão de Tempo de Contribuição expedida pelo INSS em que conste como zerado o tempo líquido do segundo período concomitante referente a cargo efetivo acumulável, é possível que o RPPS integralize este período para fins de concessão de benefício previdenciário, desde que os requisitos constitucionais e legais para tanto sejam devidamente comprovados por documentos complementares ou quaisquer outros meios de prova aptos.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, CAIO MARCIO NOGUEIRA SOARES, IVAN LELIS BONILHA e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e o Auditor JAIME TADEU LECHINSKI.

Presente o Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ELIZEU DE MORAES CORREA.

Sala das Sessões, 6 de setembro de 2012 – Sessão nº 32.

NESTOR BAPTISTA
Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Presidente

DESPESAS NÃO EMPENHADAS NA GESTÃO ANTERIOR EMPENHO PRÉVIO

PROCESSO Nº : 573550/11
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : CÂMARA MUNICIPAL DE RIO BRANCO DO SUL
INTERESSADO : BRAZ GEFFER
RELATOR : CONSELHEIRO IVAN LELIS BONILHA

ACÓRDÃO Nº 3325/12 - Tribunal Pleno

EMENTA: Consulta. Adimplemento de despesas realizadas em desconformidade com as disposições da Lei Federal nº 4320/64. Necessidade de instauração de processo administrativo apurando a efetiva prestação de serviços e as responsabilidades.

1. DO RELATÓRIO

A CÂMARA MUNICIPAL DE RIO BRANCO DO SUL, através do seu Presidente, Senhor BRAZ GEFFER, formulou a presente consulta a esta Corte, visando solucionar dúvidas a respeito da aplicação do artigo 60 da Lei nº 4.320/64, dispositivo que impõe o prévio empenho como condição para a realização das despesas públicas.

A consulta foi delimitada em cinco questionamentos:

a) Considerando o disposto no artigo 60 da Lei nº 4.320/64, é legal o pagamento de despesas públicas contraídas com terceiros, se não empenhadas e não liquidadas?

b) Considerando o disposto no artigo 60 da Lei 4.320/64, é legal o adimplemento de despesas públicas referentes à folha de pagamentos, se não empenhadas e não liquidadas?

c) Ainda considerando o artigo 60 da Lei n.º 4.320/64, existem requisitos ou condições para a realização de pagamentos de despesas públicas não empenhadas e não liquidadas?

d) Existe uma forma prescrita em lei para o adimplemento de despesas não empenhadas e não liquidadas, se realizadas em exercícios anteriores?

e) Tendo em vista a Lei 8.666/93, 4.320/64 e LC 101/2000, existe a possibilidade de liquidação de dívidas, cujos serviços foram efetivamente prestados, mas sem realização de processo licitatório ou sem realização de contrato? Tais como serviço de telefonia móvel?

O consulente relatou, como substrato fático que ensejou a presente consulta, ilegalidades havidas em contratações pactuadas em gestão anterior ainda pendentes de pagamento.

A consulta foi instruída por parecer expedido pelo Assessor Jurídico da Câmara Municipal, Sr. Luciano Bernart, que se manifestou parcialmente favorável à quitação das dívidas, concluindo que fosse aguardada resposta à consulta proposta perante este Tribunal ou, não sendo possível, fosse efetuado o pagamento, no caso de risco de corte de serviço ou mercadoria essencial, com provas de que o serviço ou compra foram executados, havendo previsão e dotação orçamentária, bem como atendidos os requisitos legais.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade previstos no Artigo 38 da Lei Complementar Estadual n.º 113/2005 (Lei Orgânica do TCEPR), a Consulta foi recebida pelo Despacho n.º 274/11, com a ressalva de que a instrução deveria se restringir aos questionamentos formulados em tese, distanciados dos fatos relatados, determinando-se a sua regular instrução.

Através da Informação n.º 43/11, a Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca – CJB elencou decisão já exarada por esta Corte através da Resolução n.º 10506/00 – TC (Processo n.º 307528/00), a qual, ao analisar consulta formulada pela Câmara Municipal de Guaíra, concluiu pela impossibilidade do pagamento de despesas realizadas pelo Presidente afastado, tendo em vista a ausência de empenho e a irregularidade da despesa.

Por sua vez, a Diretoria de Contas Municipais – DCM, pela Instrução n.º 92/12, propôs que a consulta seja respondida em duas etapas, afirmando que nos casos apresentados nas duas primeiras questões (legalidade de se efetuar o pagamento de despesas não empenhadas tanto em favor de terceiros como em favor dos servidores públicos e agentes políticos), bem como na última (ausência de procedimento licitatório e de contrato), a resposta deve ser pela legitimidade do adimplemento, principalmente pela vedação do enriquecimento ilícito, uma vez que o ordenamento jurídico o veda em todo e qualquer setor, seja entre os particulares, seja entre estes e os entes públicos, não sendo lícito à Câmara Municipal deixar de honrar os pagamentos a quem de direito, mesmo que a forma legal tenha sido negligenciada. Quanto à terceira e quarta perguntas, referentes aos requisitos, condições e forma legal para o adimplemento dessas despesas, remeteu ao Acórdão TCE/PR 636/06, do Pleno e a Instrução Normativa n.º 29/2008, também deste Tribunal, ressaltando que é indispensável a efetiva comprovação da contraprestação em serviços, obras ou fornecimento de bens, exigindo-se a devida liquidação das despesas, sem deixar de promover o processo administrativo para apuração de responsabilidades.

O Ministério Público junto a este Tribunal (Parecer n.º 3799/2012) manifestou-se pelo conhecimento da consulta e, no mérito, para que a mesma seja respondida em consonância com a instrução da unidade técnica, recomendando o encaminhamento de cópia do expediente ao Ministério Público Estadual, na forma do artigo 71, IX, da Constituição Federal, considerando que a hipótese referida pelo consulente revela indícios da ocorrência de crimes e de atos de improbidade administrativa.

É o Relatório, passo a decidir.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no Artigo 38⁷ da Lei Complementar n.º 113/05, conheço da presente consulta para respondê-la em tese, afastando da análise a situação fática de fundo apresentada pelo Consulente.

Quanto ao mérito, a consulta versa sobre a possibilidade de pagamento de despesas públicas de exercício anterior efetivadas com inobservância às normas de Direito Financeiro previstas na Lei n.º 4.320/64, especificamente a exigência de prévio empenho, bem como de liquidação de dívidas cujos serviços foram efetivamente prestados, mas sem realização de processo licitatório ou formalização de contrato.

No ordenamento jurídico em vigor, a realização de despesa pública deve observar os princípios constitucionais da previsão orçamentária⁸, da obrigatoriedade da licitação pública, artigos 37, XXI⁹, devendo atender as normas de Direito Financeiro previstas na Lei 4.320/64, especificamente a exigência de prévio empenho para realização de despesa pública¹⁰. O pagamento de despesas de exercícios anteriores deverá ocorrer na forma prevista pelo artigo

- 7 Art. 38. A consulta deverá atender aos seguintes requisitos:
I – ser formulada por autoridade legítima;
II – conter apresentação objetiva dos quesitos, com indicação precisa da dúvida;
III - versar sobre dúvida na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência do Tribunal de Contas;
IV - ser instruída por parecer jurídico ou técnico emitido pela assessoria técnica ou jurídica do órgão ou entidade consulente, opinando acerca da matéria objeto da consulta;
V - ser formulada em tese.
- 8 CF. Art. 167. São vedados:
(...)
II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.
- 9 XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações
- 10 Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

37¹¹ da Lei nº 4.320/64, observada a vedação do artigo 42¹² da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Assim, em um primeiro momento, a resposta à consulta seria pela impossibilidade de pagamento de despesas realizadas em desconformidade com as normas acima referenciadas.

De outra parte, como bem ponderou a Diretoria de Contas Municipais, o não adimplemento de obrigações implicaria em enriquecimento sem causa em favor da Administração Pública.

No mesmo sentido, defendeu o Ministério Público junto a este Tribunal que “as normas cogentes de direito público, no caso afrontadas, têm por finalidade o resguardo do interesse público que subjaz todo e qualquer ato de ordenação de despesa, porém o descumprimento desses preceitos não pode afetar o particular que, de boa-fé, adimpliu sua obrigação com o Poder Público. Impõe-se, antes, buscar medidas sancionadoras do gestor que agiu a despeito de seus deveres legais.”

Ademais, como aduziu a unidade técnica, esta Corte já respondeu a Consulta através do protocolo nº 21098/05 por meio do Acórdão nº 636/2006, do Tribunal Pleno, onde foi admitida a possibilidade de pagamento das obrigações contraídas em desconformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal, tendo como fundamento a Instrução nº 013/2005 da Diretoria de Contas Municipais, que assim tratou do assunto:

Mas, se para o agente agressor da legislação existem disposições repressoras, o mesmo não se localiza em relação ao Gestor herdeiro de obrigações constituídas em desconformidade com o dis-

11 Art. 37. As despesas de exercícios encerrados, para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com saldo suficiente para atendê-las, que não se tenham processado na época própria, bem como os Restos a Pagar com prescrição interrompida e os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente poderão ser pagos à conta de dotação específica consignada no orçamento, discriminada por elementos, obedecida, sempre que possível, a ordem cronológica.

12 Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

positivo da LRF. Diferentemente, **mediante cabal comprovação da realização física da obra, da confirmação da efetiva prestação do serviço ou certificação da correta entrega dos bens, conforme o caso, este fica compelido a satisfazer a dívida. Porque nestas condições o credor prova o reconhecimento de seu direito à percepção do pagamento, não podendo sofrer calote por culpa do Administrador faltoso.** Sobremais, primeiramente porque se isso ocorresse redundaria em indevido acréscimo patrimonial do Município, e, de outra parte porque, por princípio, a Administração não pode sofrer interrupção de continuidade.

Por outro lado, o Tribunal de Contas do Distrito Federal, ao responder consulta que lhe foi dirigida pela Procuradoria Geral do Distrito Federal, constante do expediente nº 17709/2010, analisou a possibilidade de se indenizar, e não de remunerar, o fornecedor que prestou serviços sem cobertura contratual, fora das hipóteses ressalvadas em lei, nos termos do artigo 59, parágrafo único ¹³, da Lei n.º 8.666/1993, concluindo a consulta no seguinte sentido, “em que pese aos doutos estudos formulados pela Instrução e pelo MPJTCDF, não vislumbro como, de antemão, poder-se-ia criar cenário em que a boa fé estivesse, desde logo, afastada. Exceto, obviamente, nos comportamentos manifestamente dolosos. Mesmo nesse último caso, todavia, a comprovação do dolo exige análise dos fatos, o que apenas reforça minha convicção”.

Com efeito, embora a consulta demande uma resposta em tese deste Tribunal, na forma parametrizada pelo disposto no art. 38 da Lei Complementar nº 113/2005 acima transcrito, a matéria em análise merece uma reflexão que não admite distanciamento do substrato fático que a suscitou.

Sob a égide dos Princípios da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade, da Publicidade e da Eficiência, expressamente estipulados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, os contratos celebrados pela Administração Pública pressupõe uma necessidade coletiva, de atendimento muitas vezes

13 Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

premente e contínuo, que há de ser sempre balizado pelo interesse público. Nesse aspecto, importante salientar que o interesse público é resultante de atendimento de vários vetores dos Princípios Constitucionais e dos princípios protetores da própria sociedade.

Assim, nos termos propugnados pela unidade técnica e corroborados pelo órgão ministerial, mediante a devida consignação dos respectivos créditos em dotações orçamentárias específicas, a eventual ausência de documentação relativa ao empenhamento e à liquidação deverá ensejar a instauração de processo administrativo para apuração de eventual imperativo de aplicação do Princípio da Continuidade do Serviço Público e comprovação da efetiva e regular prestação pelo credor em prol do interesse público - o que poderá autorizar a realização do pagamento, sob o fundamento do Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade, a bem de afastar o enriquecimento sem causa da Administração Pública, impondo-se a apuração das responsabilidades e consequente adoção das medidas judiciais cabíveis.

Por certo, este processo administrativo poderá se prestar a comprovar a existência de gestão antieconômica, ineficiente, danosa, e, até mesmo de má fé, levando o Administrador a ponderar, motivadamente, que a realização de pagamentos e a manutenção da avença pactuada à revelia da lei pode ser mais onerosa ao erário e, por conseguinte, à coletividade. Nesta hipótese, prevaleceria o interesse público à própria autorização de pagamento. Observe-se ainda, neste segundo cenário, a necessidade de ponderar eventual ônus futuro face aos valores contingenciados, em caso de demanda judicial. Há casos em que a inadimplência ou a recusa do Poder Público em pagar por um serviço efetivamente prestado irá produzir demandas judiciais e indenizações muito mais onerosas do que o próprio adimplemento.

Em conformidade, pois, com os elementos efetivamente apurados pela Administração, no caso concreto, caberá ao Administrador, nos limites constitucionais e motivadamente, autorizar ou não o adimplemento das obrigações pactuadas.

Assim, pelos fundamentos acima expostos, VOTO para que a Consulta seja respondida nos seguintes termos:

Em relação às questões “a” e “b”¹⁴:

Conforme vedação expressa do artigo 60 da Lei nº 4.320/64, é ilegal o pagamento de despesas públicas contraídas com terceiros e referentes à folha de pagamento, se não empenhadas e não liquidadas.

Em relação às questões “c”, “d” e “e”¹⁵:

- o pagamento ou não de despesas não empenhadas e não liquidadas, realizadas em exercícios anteriores exige prévio e devido processo administrativo, para a apuração da efetiva prestação de serviços e eventuais responsabilidades, diante do qual a Administração Pública motivará sua decisão.

Por fim, deixo de acatar a proposição do órgão ministerial de encaminhamento de cópia do expediente ao Ministério Público Estadual, considerando que o processo de Consulta não expressa atividade fiscalizatória propriamente dita deste Tribunal, tendo, na verdade, caráter instrutivo e ou normativo. É o Artigo 41 da Lei Orgânica que prescreve que a decisão deste Tribunal Pleno, tomada pelo *quorum* qualificado, em processo de consulta, tem força normativa e vincula o exame de feitos. O órgão ministerial pode dispor de expedientes específicos para o exame do proposto.

-
- 14 a) Considerando o disposto no artigo 60 da Lei nº 4.320/64, é legal o pagamento de despesas públicas contraídas com terceiros, se não empenhadas e não liquidadas?
b) Considerando o disposto no artigo 60 da Lei 4.320/64, é legal o adimplemento de despesas públicas referentes à folha de pagamentos, se não empenhadas e não liquidadas?
- 15 c) Ainda considerando o artigo 60 da Lei nº 4.320/64, existem requisitos ou condições para a realização de pagamentos de despesas públicas não empenhadas e não liquidadas?
d) Existe uma forma prescrita em lei para o adimplemento de despesas não empenhadas e não liquidadas, se realizadas em exercícios anteriores?
e) Tendo em vista a Lei 8.666/93, 4.320/64 e LC 101/2000, existe a possibilidade de liquidação de dívidas, cujos serviços foram efetivamente prestados, mas sem realização de processo licitatório ou sem realização de contrato? Tais como serviço de telefonia móvel?

3. DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVAN LELIS BONILHA, por unanimidade em:

I - Conhecer a consulta formulada pela CÂMARA MUNICIPAL DE RIO BRANCO DO SUL, por presentes os pressupostos de admissibilidade, e, no mérito, responder nos seguintes termos:

Em relação às questões “a” e “b”:

Conforme vedação expressa do artigo 60 da Lei nº 4.320/64, é ilegal o pagamento de despesas públicas contraídas com terceiros e referentes à folha de pagamento, se não empenhadas e não liquidadas.

Em relação às questões “c”, “d” e “e”:

O pagamento ou não de despesas não empenhadas e não liquidadas, realizadas em exercícios anteriores exige prévio e devido processo administrativo, para a apuração da efetiva prestação de serviços e eventuais responsabilidades, diante do qual a Administração Pública motivará sua decisão.

II - Por fim, deixo de acatar a proposição do órgão ministerial de encaminhamento de cópia do expediente ao Ministério Público Estadual, considerando que o processo de Consulta não expressa atividade fiscalizatória propriamente dita deste Tribunal, tendo, na verdade, caráter instrutivo e ou normativo. É o Artigo 41 da Lei Orgânica que prescreve que a decisão deste Tribunal Pleno, tomada pelo *quorum* qualificado, em processo de consulta, tem força normativa e vincula o exame de feitos. O órgão ministerial pode dispor de expedientes específicos para o exame do proposto.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, HERMAS EURIDES BRANDÃO, IVAN LELIS BONILHA e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e o Auditor THIAGO BARBOSA CORDEIRO.

Presente o Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ELIZEU DE MORAES CORREA.

Sala das Sessões, 11 de outubro de 2012 – Sessão nº 37.

IVAN LELIS BONILHA
Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Presidente

**EMPREGOS PÚBLICOS - PROGRAMAS
FEDERAIS (PSF, ACS, SAÚDE BUCAL, ETC)
TRANSFORMAÇÃO - REGIME CLT PARA
ESTATUTÁRIO
PROJETOS DE ENGENHARIA - TERMO DE
COOPERAÇÃO TÉCNICA COM A ASSOCIAÇÃO
DOS MUNICÍPIOS DO CENTRO DO PARANÁ
(AMOCENTRO)**

PROCESSO Nº : 459460/09
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : MUNICÍPIO DE PITANGA
INTERESSADO : ALTAIR JOSE ZAMPIER
RELATOR : CONSELHEIRO ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO

ACÓRDÃO Nº 2958/12 - Tribunal Pleno

EMENTA: Consulta. Pela possibilidade de transposição de emprego público em cargo público, desde que haja prévia edição de lei específica. Pela não possibilidade de se contratar junto a Associação de Municípios serviços de engenharia, em razão do previsto no art. 22, inciso XXVII c/c art. 37, inciso XXI, ambos da Constituição Federal. A contratação de serviços de engenharia não é contabilizada como despesa de pessoal.

1. DO RELATÓRIO

Versa o presente expediente sobre consulta formulada pelo Chefe do Poder Executivo do Município de Pitanga, na qual busca um posicionamento desta Corte de Contas a respeito dos seguintes pontos, *in verbis*:

- 1 – Existe a possibilidade de que os ocupantes de Empregos Públicos contratados através de concurso público, especificamente para Programas Federais (PSF, ACS, Saúde Bucal, etc) possam ser transformados em Cargos Efetivos, ou seja, transformando seu regime de CLT para estatutário?
- 2 – Existe a possibilidade de o Município firmar convênio ou Termo de Cooperação Técnica com a Associação dos Municípios do Centro do Paraná (AMOCENTRO) visando a elaboração de projetos por seus Engenheiros mediante pagamento; ou este sistema só é válido através de licitação, entre empresas do ramo, e se assim for contratado, estes gastos entram como despesa de pessoal, mesmo sendo de obras específicas?

A peça vestibular veio acompanhada do parecer técnico nº 40/2009 e de arrazoado confeccionado pela Procuradoria Geral do Município que em síntese entendem, em face da legislação municipal, que como os cargos estão extintos não há possibilidade de serem criadas novas vagas sobre eles ou de recriá-los estatutariamente face às suas extinções.

Quanto à contratação de engenheiros da AMOCENTRO, pelo Município, tal possibilidade esbarra no estatuído pelo art. 37, inciso II da Constituição da República.

No que diz respeito a contratação de projetos elaborados pelos engenheiros da referida associação, tal situação afronta a finalidade da dita associação, não se podendo celebrar convênio ou congênere entre o Município e a AMOCENTRO¹⁶.

Mediante o despacho nº 432/10, este Relator recebeu a consulta formulada, determinando-se a sua regular instrução.

¹⁶ A Procuradoria Geral do Município diverge deste posicionamento, entendendo ser possível a associação prestar este serviço ao Município e ser remunerada pelo mesmo.

A Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca expediu a informação nº 09/10, na qual esclarece não existirem prejulgados sobre a matéria. Entretanto, este Tribunal já se manifestou sobre temas englobando os Programas Saúde da Família, Agente Comunitário de Saúde, Agente da Dengue e Saúde Bucal, quando do julgamento do processo nº 59884-6/07, desaguando no Acórdão nº 101/08 e processo nº 42355-0/05 – Acórdão nº 680/06.

A Diretoria Jurídica exarou o parecer nº 2984/10, no qual entendeu ser possível a transformação dos cargos celetistas em estatutários mediante previsão em Lei Municipal.

Quanto aos questionamentos constantes do segundo item da peça preambular ponderou que a unidade técnica competente para o seu enfrentamento é a Diretoria de Análise de Transferências – DAT.

Por intermédio do despacho nº 2131/11 determinou-se a manifestação da unidade técnica retromencionada.

A Diretoria de Análise de Transferências lançou o parecer nº 167/11, no qual pondera que se o Município pretende contratar serviços de engenharia, o caminho legal para tanto é a contratação mediante licitação.

Sendo assim, entende que as Associações de Municípios não podem fornecer bens e prestar serviços para os seus associados, eis que tal atividade não se coaduna com as suas finalidades institucionais, podendo caracterizar infração à norma legal.

A Diretoria de Contas Municipais lançou a instrução nº 1072/12, na qual se posiciona que os serviços (elaboração de projetos) não podem ser prestados pela Associação dos Municípios, sob pena de burla aos dispositivos constitucionais e legais que determinam à Administração Pública a realização de licitação para a contratação de bens e serviços e a realização de concurso público para a contratação de pessoal.

No que tange a contabilização das despesas oriundas da contratação de serviços de engenharia, estas não devem ser consideradas como despesas de pessoal, considerando que o plano de contas deste Tribunal consigna que serviços de engenharia são integrados à própria obra a que são destinados e, assim, devem ser contabilizados como tal.

O Ministério Público de Contas analisou a matéria, exarando o parecer nº 13247/12, no qual conclui que no que diz respeito à transformação de empregos públicos do regime submetido à Consolidação das Leis do Trabalho em cargos públicos do regime vinculado ao Estatuto dos Servidores Públicos não há óbice desde que haja legislação que determine a transposição e observem-se as exigências contidas no art. 37, II da Constituição Federal.

No que tange à contratação direta da associação de municípios da qual faz parte, entende que considerando o rol taxativo das hipóteses de dispensa previstos no art. 24 da Lei nº 8.666/93, tal possibilidade inexistente. E mais, a admissão de pessoal mesmo que terceirizada – engenheiros colocados a disposição pela associação – caracterizaria burla ao preceito constitucional que exige concurso público para o exercício de cargos ou empregos públicos permanentes.

É o relatório.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Do manuseio das peças carreadas aos autos ora em comento vislumbra-se que a consulta ora processada, diferentemente do primeiro questionamento formulado pelo Consulente e refutado por este Relator (despacho nº 2715/09), que entendeu tratar-se de caso concreto, prende-se a possibilidade dos ocupantes de Empregos Públicos contratados mediante concurso público, especificamente para Programas Federais (PSF, ACS, Saúde Bucal, etc.) possam ser transformados em cargos efetivos, ou seja, busca-se a modificação do regime da Consolidação das Leis do Trabalho para o regime estatutário.

Como bem ponderado no derradeiro parecer ministerial a manutenção do regime de emprego público para o desempenho das funções de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias não afronta o sistema constitucional, mesmo diante da concessão de medida cautelar na ADI nº 2135 que suspendeu a alteração do contido no art. 39, *caput* da Constituição Federal, restabelecendo o regime jurídico único aos agentes públicos, considerando que se trata de exceção prevista no próprio texto constitucional (art. 198, §§ 4º e 5º).

Cumpra-se notar que a transformação de empregos públicos para cargos públicos encontra pacificidade junto ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, desde que respeitadas à necessidade de lei que determine a transposição e cumpridas às exigências contidas na regra geral insculpida no art. 37, inciso II da Constituição Federal (prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos; e a similaridade das funções a serem exercidas e respectiva remuneração). Portanto, a transposição pretendida pelo Consulente é possível, desde que respeitados os preceptivos constitucionais e legais.

Agora, com relação à possibilidade do ora Consulente firmar convênio ou Termo de Cooperação Técnica com a Associação dos Municípios do Centro do Paraná (AMOCENTRO) visando à elaboração de projetos por seus Engenheiros mediante ressarcimento pelos serviços prestados, insta aclarar, inicialmente, que o Estatuto Social da referida entidade tem por objetivo a integração administrativa, econômica e social dos municípios que a compõem. Portanto, a finalidade primacial e não poderia ser diferente, cinge-se a pensar o desenvolvimento da região como um todo, não sendo uma prestadora de serviços aos entes que a integram.

Como sabido, e bem apontado na instrução processual, as contratações públicas devem observar o contido no art. 22, inciso, XXVII e art. 37, inciso XXI, ambos da Magna Carta Federal, como também o preceituado na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/02 e demais atos normativos adreces a matéria.

Destarte, caso o Consulente não possua em seus quadros um profissional (engenheiro) em condições de elaborar determinado projeto de engenharia, deverá ser realizada licitação para a contratação de profissional ou empresa do setor, com o propósito de atender os interesses do município, observando-se critérios objetivos de julgamento.

Nesta linha de pensar não se vislumbra a possibilidade do Município firmar convênio, contrato ou qualquer outro ajuste com a Associação dos Municípios do Centro do Paraná (AMOCENTRO) visando a elaboração de projetos por seus Engenheiros mediante posterior pagamento.

Por fim, adotando-se o posicionamento lançado pela Diretoria de Contas Municipais, no que concerne a contabilização das despesas oriundas da contratação de serviços de engenharia, estas não devem ser consideradas como despesas de pessoal, considerando que o plano de contas desta Corte consigna que serviços de engenharia são integrados à própria obra a que são destinados e, assim, devem ser contabilizados como tal.

De todo o exposto **VOTO** que a consulta seja respondida nos termos ora propostos.

3. DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, por unanimidade, em:

Responder a consulta nos termos propostos.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, CAIO MARCIO NOGUEIRA SOARES, HERMAS EURIDES BRANDÃO, IVAN LELIS BONILHA e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL.

Presente o Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ELIZEU DE MORAES CORREA.

Sala das Sessões, 20 de setembro de 2012 – Sessão nº 34.

ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO
Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Presidente

PREGÃO PRESENCIAL

ÂMBITO MUNICIPAL

PROCESSO Nº : 556400/11
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS DO SUL
INTERESSADO : LUIZ ADYR GONÇALVES PEREIRA
RELATOR : CONSELHEIRO IVAN LELIS BONILHA

ACÓRDÃO Nº 3501/12 - Tribunal Pleno

EMENTA: Consulta. Utilização opcional do Pregão Presencial em vez do Eletrônico quando não se tratar de aquisição de bens e serviços através de recursos provenientes de transferências voluntárias federais ou estaduais. Possibilidade.

1. DO RELATÓRIO

Trata o expediente de consulta formulada pelo Prefeito Municipal de São Mateus do Sul, Sr. Luiz Adyr Gonçalves Pereira, questionando sobre a **possibilidade da utilização opcional do pregão presencial na aquisição de bens e serviços quando não houver transferência voluntária da União ou do Estado.**

A peça inicial foi instruída com Parecer Jurídico do Procurador do Município, que concluiu que tanto a escolha da modalidade pregão quanto a forma que será utilizada constituem faculdade do gestor responsável, consoante regra dos artigos 1º e 2º, §1º,¹⁷ da Lei nº 10520/2002.

17 Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.
Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.
Art. 2º [\(VETADO\)](#)

Atendidos os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 38 da Lei Complementar Estadual n.º 113/2005 (Lei Orgânica do TCEPR), a consulta foi admitida pelo Despacho n.º 284/12.

Através da Informação n.º 40/11, a Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca – CJB elencou as seguintes decisões já exaradas por esta Corte sobre o tema pregão: Acórdãos n.º 984/09- Pleno; n.º 423/07- Pleno e n.º 1.444/08-Pleno, porém, nenhuma tratando especificamente da questão objeto da presente consulta.

Instada a se manifestar, a **Diretoria de Contas Municipais** exarou a Instrução n.º 619/12, propondo que se responda a consulta afirmativamente, “dizendo que é possível a utilização opcional do Pregão Presencial na aquisição de bens e serviços quando não houver transferência voluntária da União ou do Estado, cabendo ao Município regulamentar a Lei 10.520/02, atendendo as peculiaridades locais, nos termos do artigo 30, I e II, da Constituição da República, devendo apenas obedecer as normas gerais impostas pela União, sem a obrigatoriedade, portanto, de seguir a regulamentação da União disposta no Decreto Federal n.º 5.450/2005”.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (Parecer n.º 13003/12) manifestou-se pelo conhecimento da consulta e, no mérito, propôs fosse respondida no sentido de que “é discricionária a escolha do tipo de pregão para aquisição de bens e serviços comuns quando norma local não dispuser em contrário, observadas as regras específicas fixadas na Lei Federal n.º 10.520/02 e resguardados, motivadamente, os princípios aplicáveis à licitação pública”.

É o Relatório, passo a decidir.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Estão presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 38 da Lei Complementar nº 113/05¹⁸, a consulta foi formulada em tese, por autoridade legítima, expôs de modo objetivo dúvida na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernente à competência deste Tribunal e encontra-se instruída com parecer jurídico emitido pela procuradoria do órgão, razão pela qual deverá ser conhecida.

O Prefeito do Município de São Mateus do Sul questionou esta Corte sobre a possibilidade de utilização opcional do pregão presencial para aquisição de bens e serviços comuns através de recursos orçamentários próprios.

Cumprе ressaltar que esta Corte, por meio do Acórdão nº 984/09 - Pleno¹⁹, que trata de consulta do Município de Contenda, entendeu que na hipótese de recursos provenientes de transferência voluntária estadual, deverá ser observada a utilização preferencial do pregão eletrônico.

Esta decisão tem por respaldo a Lei Estadual nº 15.117/06 e o Decreto Federal nº 5.504/05.

O artigo 1º, *caput* e §§ 1º e 2º, do Decreto Federal nº 5.504/05, determina que, nas licitações realizadas com recursos provenientes de **transferências voluntárias federais**, será obrigatório o emprego da modalidade

18 LC 113/05. Art. 38. A consulta deverá atender aos seguintes requisitos:

I – ser formulada por autoridade legítima;

II – conter apresentação objetiva dos quesitos, com indicação precisa da dúvida;

III - versar sobre dúvida na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência do Tribunal de Contas;

IV - ser instruída por parecer jurídico ou técnico emitido pela assessoria técnica ou jurídica do órgão ou entidade consulente, opinando acerca da matéria objeto da consulta;

V - ser formulada em tese.

19 Acórdão nº 984/09 – Ementa: A adoção do pregão presencial somente é permitida quando estiver devidamente justificada a inviabilidade da utilização do pregão eletrônico, que deve ser adotado preferencialmente, devendo observar-se, em todos os casos, o disposto no art. 70, inciso I da Lei nº 15.608/07, que veda expressamente que conste do instrumento convocatório cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes, sem prévia motivação.

pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para a aquisição de bens e serviços comuns:

Art.1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizados por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

§ 1º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

§ 2º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente.

No Estado do Paraná existe idêntica previsão para a utilização de recursos de **transferências voluntárias estaduais**, que foi inserido pela Lei Estadual nº 15.117/06²⁰.

A presente consulta se diferencia daquela que foi objeto do Acórdão nº 984/2009-Pleno, na medida em que versa sobre a possibilidade de utilização do pregão presencial quando não estiverem envolvidos recursos provenientes de transferências voluntárias estaduais ou federais.

Conforme bem expôs a unidade técnica, a Lei Federal nº 10.520/02 definiu as normas gerais a respeito da modalidade de licitação denominada pregão. Referido texto normativo ingressou na ordem jurídica como norma geral de licitação, em

20 Art. 1º. Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos do Estado deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pelo Estado do Paraná, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

§ 1º. Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica.

§ 2º. A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente.

consonância com as disposições do artigo 22, inciso XXVII²¹, da Constituição da República.

Pelo teor do artigo 1º, *caput* e do § 1º do artigo 2º da Lei nº 10.520/02, observa-se que foi facultado aos entes federativos a adoção tanto da modalidade pregão como da forma eletrônica:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Art. 2º (VETADO)

§ 1º Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

Deste modo, caberá a cada ente federativo regulamentar a norma geral no que couber, normatizando a utilização do pregão e a forma como ocorrerá, de acordo com as peculiaridades locais.

Na esfera federal, o pregão encontra-se regulamentado pelo Decreto nº 5.450/05, o qual determina a sua obrigatoriedade para a aquisição de bens e serviços comuns e a preferência pela forma eletrônica:

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

Convém ressaltar que o referido decreto tem aplicabilidade restrita ao âmbito da União, conforme dispõe, de forma clara e precisa, o artigo 1º, parágrafo único:

21 CF. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

Art. 1º A modalidade de licitação pregão, na forma eletrônica, de acordo com o disposto no [§ 1º do art. 2º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002](#), destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, e submete-se ao regulamento estabelecido neste Decreto. Parágrafo único. Subordinam-se ao disposto neste Decreto, além dos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

Conclui-se, portanto, com base nos artigos 1º, *caput* e 2º, § 1º, da Lei nº 10.520/02, que o Município poderá, dentro de sua esfera de competência, regulamentar a utilização do pregão, bem como a forma em que ocorrerá.

Assim, pelos fundamentos acima expostos, acompanhando os opinativos da Diretoria de Contas Municipais e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, **VOTO para que a consulta seja respondida no seguinte sentido:**

É possível a utilização opcional do Pregão Presencial na aquisição de bens e serviços quando não houver transferência voluntária da União ou do Estado, cabendo ao Município regulamentar a Lei Federal nº 10.520/02, **atendendo as peculiaridades locais, nos termos do artigo 30, I e II²², da Constituição da República, devendo apenas obedecer as normas gerais impostas pela União, sem a obrigatoriedade de seguir a regulamentação da União disposta no Decreto Federal nº 5.450/2005.**

3. DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVAN LELIS BONILHA, por unanimidade em:

Responder a consulta formulada pelo Prefeito Municipal de São Mateus do Sul, Sr. Luiz Adyr Gonçalves Pereira, nos seguintes termos:

22 Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

É possível a utilização opcional do Pregão Presencial na aquisição de bens e serviços quando não houver transferência voluntária da União ou do Estado, cabendo ao Município regulamentar a Lei Federal nº 10.520/02, atendendo as peculiaridades locais, nos termos do artigo 30, I e II²³, **da Constituição da República, devendo apenas obedecer as normas gerais impostas pela União, sem a obrigatoriedade de seguir a regulamentação da União disposta no Decreto Federal nº 5.450/2005.**

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, HERMAS EURIDES BRANDÃO, IVAN LELIS BONILHA e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e o Auditor THIAGO BARBOSA CORDEIRO.

Presente o Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ELIZEU DE MORAES CORREA.

Sala das Sessões, 25 de outubro de 2012 – Sessão nº 39.

IVAN LELIS BONILHA
Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Presidente

23 Art. 30. Compete aos Municípios:
I - legislar sobre assuntos de interesse local;
II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

PROFESSORES - APOSENTADORIA REDUÇÃO DOS LIMITES DE IDADE E TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

PROCESSO Nº : 491204/08
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : FUNDO DE PREVIDENCIA MUNICIPAL DE ARAUCÁRIA
INTERESSADO : MARCOS TULESKI
RELATOR : CONSELHEIRO HERMAS EURIDES BRANDÃO

ACÓRDÃO Nº 3642/12 - Tribunal Pleno

EMENTA: Consulta – indagação acerca da aplicação do art. 3º da EC nº 47/05 aos servidores públicos beneficiados pelo § 5º do art. 40 da CF – interpretação literal da norma – impossibilidade.

1. DO RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo Presidente do Fundo de Previdência do Município de Araucária, inquirindo a esta Corte de Contas, acerca da possibilidade de aplicação do redutor, aos professores que se beneficiem do disposto no § 5º do art. 40 da Constituição Federal.

A consulta foi recebida por meio do Despacho nº 1791/08 do Relator, que vislumbrou estarem presentes os pressupostos de admissibilidade, visto que encontra-se acompanhada de parecer emitido pela assessoria jurídica local, bem como, proposta por parte legítima, e cuja matéria guarda relação com as atribuições desta Corte.

Informação da Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca (nº 49/08-CJB), encontra-se à peça 7.

A Diretoria Jurídica, em bem lançado parecer (nº 8959/11), respondeu o questionamento no sentido da inaplicabilidade da regra do artigo 3º da Emenda Constitucional 47/05 aos professores que se beneficiam com o disposto no §5º do artigo 40 da Carta Federal.

Esclarece que a Emenda nº 47/05, denominada *pec paralela*, no texto inicial do art. 3º, ora indagado, previa a aplicação aos professores e professoras da educação infantil e do ensino fundamental e médio, a regra de transição, de redução em um ano sempre que fosse comprovado um ano de contribuição além do mínimo exigido e desde que se comprovasse 20 anos de serviço público efetivos exercidos exclusivamente nas funções de magistério na educação infantil ou no fundamental ou médio.

O Ministério Público de Contas corrobora o entendimento da Unidade Técnica, alegando que a própria redação do art. 3º da Emenda 47/05, resolveu a questão acerca da impossibilidade de conjugação da redução de idade para aposentadoria a partir do tempo de serviço excedente com a redução de idade, aos professores do ensino médio e fundamental.

É o relatório.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Ressalte-se que o pleiteado ingresso do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de São José dos Pinhais e do Sindicato dos Servidores do Magistério Municipal de Curitiba, deixou de ser autorizado por este Relator, haja vista o já extenso período de trâmite da presente Consulta.

Quanto ao mérito, a Diretoria Jurídica, ao historiar o processo legislativo sofrido pela Emenda Constitucional nº 47/05, bem esclarece:

Ecoa claramente do processo legislativo culminado no texto final da EC nº 47/05 que a intenção do legislador não foi estender a regra de transição do seu art. 3º aqueles professores que cumprem os requisitos previstos no § 5º do art. 40 da Constituição para redução dos limites de idade e tempo de contribuição.

E prossegue:

Não há que se falar em lapso, esquecimento ou equívoco já que a parte da EC nº 47/05 que mencionava a redução prevista no § 5º do art. 40 da CF foi intencionalmente retirada quando da aprovação da emenda, manifestando a real e inequívoca intenção do constituinte.

Do exposto, conheço da presente Consulta, para no mérito, na conjunção dos pronunciamentos expostos, responder, em tese, a indagação formulada nos termos a seguir:

Na interpretação literal da Constituição Federal, os servidores públicos beneficiados pelo parágrafo 5º do art. 40 da Constituição Federal **não** podem usufruir da regra do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/05.

É o voto.

3. DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro HERMAS EURIDES BRANDÃO, por unanimidade, em:

Conhecer da presente Consulta, para no mérito, na conjunção dos pronunciamentos expostos, responder, em tese, a indagação formulada nos termos a seguir:

Na interpretação literal da Constituição Federal, os servidores públicos beneficiados pelo parágrafo 5º do art. 40 da Constituição Federal **não** podem usufruir da regra do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/05.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, HERMAS EURIDES BRANDÃO, IVAN LELIS BONILHA e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e o Auditor JAIME TADEU LECHINSKI.

Presente o Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ELIZEU DE MORAES CORREA.

Sala das Sessões, 1 de novembro de 2012 – Sessão nº 40.

HERMAS EURIDES BRANDÃO
Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Presidente

RECURSOS PREVIDENCIÁRIOS APLICAÇÃO FINANCEIRA - INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS DE NATUREZA PRIVADA

PROCESSO Nº : 41408/08
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : PREV-SÃO JOSÉ - AUTARQUIA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL
DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE SÃO
JOSÉ DOS PINHAIS
INTERESSADO : CLAUDIO SOCCOLOSKI
RELATOR : CONSELHEIRO ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO

ACÓRDÃO Nº 2368/12 - Tribunal Pleno

EMENTA: Consulta. Aplicação financeira de recursos previdenciários. Possibilidade de aplicação em instituições bancárias de natureza privada, autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Possibilidade de utilizar-se o instituto do credenciamento para a escolha das instituições financeiras, como forma de inexigibilidade de licitação, observando-se os princípios e normas adreces a matéria, como também há necessidade de observância das regras instituídas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Ministério da Previdência Social na fiscalização do patrimônio e recursos dos RPPS na condução do processo de escolha e seleção por critérios eminentemente técnicos.

1. DO RELATÓRIO

Versa o presente expediente sobre consulta formulada pela PREV-SÃO JOSÉ, autarquia de previdência social dos servidores públicos do Município de São José dos Pinhais, subscrita pelo seu Diretor Presidente, acima epigrafado, com a qual busca um posicionamento desta Corte de Contas a respeito da possibilidade de aplicar os recursos previdenciários da autarquia em instituições bancárias de natureza privada, autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

A peça preambular vem acompanhada de parecer jurídico, cujo entendimento, em síntese, é no sentido de que "... nenhum óbice há para aplicação de recursos financeiros dos Fundos Previdenciários, através de instituições não oficiais, desde que nestas seja considerada solidez patrimonial, volume de recursos de terceiros, e ainda, se observe a ocorrência de maior rentabilidade, como aplicações nas condições de mercado e observância dos limites e condições de proteção e prudência financeira".

Por intermédio do despacho nº 133/08, recebeu-se a presente consulta, considerando presentes os pressupostos para a sua admissibilidade, determinando-se a sua regular instrução.

Importante frisar, que a Maringá Previdência – Previdência dos Servidores Públicos Municipais de Maringá, em data de 10 de novembro de 2010 protocolou consulta perante esta Corte (processo nº 62752-5/10), cuja matéria é similar à versada na formulada pela PREV – São José, sendo redistribuída a este Relator.

Mediante o despacho nº 1216/12, lançado no processo nº 62752-5/10, determinou-se o seu apensamento aos autos nº 4140-8/08, visando fornecer um único entendimento aos interessados.

Cumpra-se destacar que o Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Curitiba – IPMC requereu o seu ingresso como terceiro interessado,

conforme consta da peça 12 do processo nº 62752-5/10, o que lhe foi deferido por intermédio do despacho nº 2927, de 07 de dezembro de 2011.

Cumpra-se aqui mencionar que a consulta apresentada pela Maringá Previdência prende-se aos seguintes questionamentos, *in verbis*:

1. Qual o entendimento atual deste E. Tribunal em relação à aplicação dos recursos do RPPS levando em consideração as novas disposições da Resolução CMN 3790/09²⁴ e da Portaria MPS 345/09²⁵?
2. Qual o entendimento atual deste E. Tribunal em relação à aplicação de recursos de RPPS em instituições financeiras privadas?
3. É necessária a abertura de processo de licitação, em uma de suas modalidades para a contratação de instituições financeiras oficiais ou privadas, aptas a aplicar os recursos, ou apenas a observância dos princípios que regem a lei 8.666/93?
4. Qual seria a modalidade de licitação para a contratação das instituições financeiras?
5. Em caso de necessidade de procedimento licitatório, questiona-se: quais os critérios deveriam ser exigidos das licitantes se levado em consideração que a **Taxa de Administração** maior ou menor não é garantia de desempenho destes, e a **rentabilidade** não é garantia pois varia de acordo com o mercado financeiro oscilando diariamente?
6. O procedimento da licitação pode ser substituído pelo procedimento de credenciamento de instituições financeiras e/ou diretamente de Fundos de Investimentos, criando-se um banco de credenciados aptos a aplicar os recursos do RPPS?
7. Quais as interpretações, considerações ou vedações atuais, que este E. Tribunal entende pertinentes sobre o tema? (Grifos originais)

A consulta vem acompanhada do parecer nº 254/10, da Procuradoria Municipal que em apertada síntese, entende ser inexigível a licitação para a contratação de instituições financeiras para as aplicações dos recursos do RPPS, podendo ser realizado o credenciamento das instituições financeiras, sejam oficiais ou privadas.

Em razão da abrangência das matérias versadas nas peças vestibulares e considerando o marco cronológico dos opinativos lançados nos processos, entende-se crível fixar-se nas manifestações contidas no processo nº 627525/10 (Maringá Previdência), visando à resposta mais consentânea com o indagado pelos Consulentes.

24 Dispõe sobre as aplicações dos recursos em moeda corrente dos regimes próprios de previdência social instituídos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

25 Dispõe sobre aplicações dos recursos financeiros dos Regimes Próprios de Previdência Social instituídos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios e dá outras providências.

Assim, a Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca, mediante a informação nº 67/10, esclarece que este Tribunal enfrentou matéria similar no protocolado nº 514471/04, desaguando no Acórdão nº 1983/06 do Tribunal Pleno, que ao tratar de consulta formulada pelo Instituto de Previdência Social dos Servidores Públicos do Município de Rio Negro, assim deliberou:

- I - Os depósitos das disponibilidades de caixa da Administração Pública e dos Fundos Previdenciários, como as aplicações financeiras daquela, deverão ser efetuados em instituições financeiras oficiais.
- II - As aplicações financeiras dos Fundos de Previdência deverão ser realizadas em instituições financeiras oficiais ou privadas, autorizadas pelo Banco Central, levando em conta as regras contidas na Lei nº 8.666/93 e os critérios de solidez patrimonial, volume de recursos administrados e experiência na administração de recursos de terceiros.

O Instituto de Previdência do Município de Curitiba, em complemento a sua manifestação inicial, trouxe aos autos o contido na Portaria MPS nº 519, de 24 de agosto de 2011, que dispõe sobre as aplicações financeiras dos Regimes Próprios de Previdência Social instituídos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (peça 23).

Cumpra-se frisar, que na peça opinativa²⁶ apresentada pelo Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Curitiba, em linhas gerais, a procuradora municipal buscou efetuar a distinção quanto aos recursos geridos pelos Regimes Próprios de Previdência Social, argumentando que a regulação do Conselho Monetário Nacional enlaçaria ambas as categorias. Também, apresentou as dificuldades existentes no processamento de licitação segundo as regras legais constantes da Lei nº 8.666/93, especificamente: (i) quanto aos licitantes, a atuação concomitante de diversas pessoas jurídicas para o funcionamento de fundos de investimento; (ii) quanto aos critérios de aferição da melhor proposta, a impossibilidade de comparação entre taxas de administração e a variação da rentabilidade, bem assim a falta de garantia do desempenho futuro; (iii) quanto ao valor licitado, a dificuldade na fixação do próprio objeto contratado; (iv) quanto às hipóteses de dispensa, a ausência de previsão legal, e quanto às de inexigibilidade, a viabilidade de competição; (v) quanto às condições de extinção do contrato administrativo, sua influên-

26 Parecer nº 0033/2011 DPASJ/DIV, constante da peça 12.

cia nefasta no mercado. Dessa sorte, opondo o tempo mínimo do certame à volatilidade do mercado financeiro, concluiu que o **credenciamento**, tal qual procede o IPMC, representaria alternativa mais viável à seleção das instituições financeiras.

A Diretoria de Contas Municipais exarou opinativo, corporificado na instrução nº 3405/11, na qual reviu seu posicionamento anterior, negando que subsista a distinção entre recursos previdenciários e taxa de administração do respectivo Fundo, ponderando que não prospera a exigência de que esses valores sejam depositados em instituição financeira oficial. Para sua aplicação deve-se considerar, como oficiais as entidades cujo funcionamento seja autorizado pelo Banco Central do Brasil.

No que tange aos aspectos jurídicos do objeto da consulta após inúmeras ponderações conclui:

Conclui-se, deste modo, que o procedimento competitivo e eliminatório que define os credenciados está em harmonia com as melhores práticas de mercado para a seleção de instituições financeiras na gestão de recursos de terceiros, o qual, inclusive, tem referência no processo realizado pelo Banco Central do Brasil para seleção periódica de *"dealers"* de papéis do Tesouro Nacional. Vale citar que nesse processo são credenciadas 20 instituições financeiras, dentre as que apresentarem o melhor índice de performance na negociação e na formação de preços de títulos públicos federais, promovendo-se rodízio de 03 operadoras a cada 06 meses.

Quanto à contratação dos serviços, a exemplo das consultorias, de agências especializadas na classificação de riscos, sociedades corretoras, instituições custodiantes, entre outros que sejam acessórios e individualizáveis, estes deverão ser precedidos da licitação numa das modalidades da Lei nº 8.666/93 ou do pregão, nos termos da Lei nº 10.520/02.

Uma palavra ainda precisa ser consignada quanto às formas de gestão, dentre a própria, a terceirizada ou a mista possibilitadas na regulamentação dada pela Resolução nº 3.922/10-CMN e Portaria nº 345/09-MPS, diz respeito a que a entidade deverá optar por atuação ativa, em caráter de gestão própria, prioritariamente à terceirização, devendo a adoção desta última ser devidamente motivada e aprovadas pelos órgãos da organização do RPPS.

E remata:

Arrematando, à luz deste opinativo e das contribuições do IMPC (Curitiba), é possível dizer que dentre as possibilidades de gestão de re-

ursos financeiros previdenciários, acessíveis em termos racionais e dos fundamentos principiológicos inerentes, o processo de credenciamento utilizado com a atenta observância das regras fixadas no sistema normativo para o setor previdenciário público, é a ferramenta que mais bem se condiz com os princípios das licitações e oferece bases seguras para a execução da Política Anual de Investimentos dos RPPS, à luz das diretrizes afetas e das exigências de segurança, rentabilidade, solvência, liquidez e transparência.

O Ministério Público de Contas junto a este Tribunal exarou o parecer nº 3722/12, no qual examinou a matéria, respondendo objetivamente as questões apresentadas pelo Consulente nos seguintes termos, *in verbis*:

1. Qual o entendimento atual deste E. Tribunal em relação à aplicação dos recursos do RPPS levando em consideração as novas disposições da Resolução CMN 3790/09 [atualizada pela Resolução CMN nº 3.922/2010] e da Portaria MPS 345/09 [atualizada pela Portaria MPS nº 519/2011]?

A despeito de os recursos previdenciários terem natureza pública, a autorização contida no art. 43 da LRF compreende a possibilidade de que suas aplicações ocorram em instituições financeiras não-oficiais.

2. Qual o entendimento atual deste E. Tribunal em relação à aplicação de recursos de RPPS em instituições financeiras privadas?

Vide resposta anterior.

3. É necessária a abertura de processo de licitação, em uma de suas modalidades para a contratação de instituições financeiras oficiais ou privadas, aptas a aplicar os recursos, ou apenas a observância dos princípios que regem a lei 8.666/93?

A licitação conforma princípio constitucional e procedimento legal cujas exceções são previstas taxativamente na legislação. Havendo possibilidade de disputa concorrencial, seguir-se-ão os procedimentos da Lei nº 8.666/1993, ante a inexistência de regramento legal em sentido diverso.

“4. Qual seria a modalidade de licitação para a contratação das instituições financeiras?”

Por cautela, recomenda-se o manejo da modalidade concorrência, tipo técnica e preço, que se sobrepõe às demais no critério quantitativo.

5. Em caso de necessidade de procedimento licitatório, questiona-se: quais os critérios deveriam ser exigidos das licitantes se levado

em consideração que a Taxa de Administração maior ou menor não é garantia de desempenho destes, e a rentabilidade não é garantida pois varia de acordo com o mercado financeiro oscilando diariamente?

Os critérios técnicos devem ser definidos segundo as práticas de mercado a que estão habilitados os responsáveis pela gestão financeira dos recursos previdenciários, por exigência do Ministério da Previdência Social. Como parâmetros gerais, indica-se a solidez patrimonial, volume de recursos administrados e experiência na administração de recursos de terceiros. Na ponderação dos concorrentes previamente habilitados, devem ser sopesados os aspectos atinentes à rentabilidade, à segurança e ao desempenho.

“6. O procedimento da licitação pode ser substituído pelo procedimento de credenciamento de instituições financeiras e/ou diretamente de Fundos de Investimentos, criando-se um banco de credenciados aptos a aplicar os recursos do RPPS?”

O procedimento de credenciamento não encontra expresso assento legal como substitutivo da licitação, porque não se preza por si só à seleção. É preciso que a etapa concorrencial se processe com critérios objetivos, previamente definidos no instrumento convocatório, bem como às demais formalidades legais que garantem a plena concretização dos princípios constitucionais regentes. A utilização de registros cadastrais para efeito de habilitação (art. 34 a 37 da Lei nº 8.666/1993) é o meio adequado para a Administração Pública saber a qualquer tempo quem tem condições de fornecimento do serviço desejado.

“7. Quais as interpretações, considerações ou vedações atuais, que este E. Tribunal entende pertinentes sobre o tema?”

A propósito, as considerações desta peça opinativa.

É o relatório.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Inicialmente, é de bom alvitre destacarmos a evolução da jurisprudência desta Corte quanto ao tema consultado, evidenciando os posicionamentos já sedimentados.

O primeiro marco deliberativo consiste na edição da Resolução nº 5330/04, editada por unanimidade nos autos de Consulta nº 11330/04, em que o Relator, encampando as razões do Parecer Ministerial nº 8059/04, concluiu que:

... os depósitos das disponibilidades de caixa da Administração Pública e dos Fundos Previdenciários, como também as aplicações financeiras daquela deverão ser efetuados em instituições financeiras oficiais. No entanto, as aplicações financeiras dos Fundos de Previdência deverão ser realizadas em instituições financeiras oficiais ou privadas, levando em conta as regras contidas na Lei de Licitações – Lei nº. 8.666/93 – e considerando, ainda, os critérios de solidez patrimonial, volume de recursos administrados e experiência na administração de recursos de terceiros.

Idêntico posicionamento foi mantido, pela maioria, na Resolução nº 7348/04, proferida na Consulta autuada sob nº 81606/04, e, à unanimidade, no Acórdão nº 1216/06-Pleno, adotado no processo nº 439520/05.

Com efeito, nesse sentido seguiu o Acórdão nº 1983/06 do Tribunal Pleno, prolatado em sede de Consulta e, exarado em plena vigência da atual legislação orgânica desta Corte, advindo de deliberação com *quorum* qualificado – vale dizer, tendo força normativa e vinculante –, nada fez senão consolidar o reiterado posicionamento deste Tribunal, expresso nos seguintes termos:

- I – Os depósitos das disponibilidades de caixa da Administração Pública e dos Fundos Previdenciários, como as aplicações financeiras daquela, deverão ser efetuados em instituições financeiras oficiais.
- II – As aplicações financeiras dos Fundos de Previdência deverão ser realizadas em instituições financeiras oficiais ou privadas, autorizadas pelo Banco Central, levando em conta as regras contidas na Lei nº 8.666/93 e os critérios de solidez patrimonial, volume de recursos administrados e experiência na administração de recursos de terceiros.

Portanto, no que tange a aplicação dos recursos previdenciários geridos por entidades autárquicas em instituições bancárias de natureza privada, autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil este Tribunal tem sólido posicionamento como retromencionado, no sentido de ser plenamente possível.

Agora, no que pertine à necessidade da realização de licitação nos moldes tradicionais, com o devido respeito discorda-se do posicionamento adotado pelo Ministério Público, acompanhando-se as bem lançadas ponderações articuladas pela Diretoria de Contas Municipais, na sua instrução nº 3405/11 (peça nº 17), no sentido de que o **credenciamento** para a gestão de recursos financeiros previdenciários é o caminho que melhor atende a necessidade de rapidez nas tomadas de decisões frente à volatilidade do mercado financeiro para fins de assegurar o cumprimento da meta atuarial dos RPPS, observando-se os critérios de solidez patrimonial, volume de recursos administrados e a expertise na administração de recursos de terceiros.

Cumpra-se aqui ponderar que o ordenamento jurídico constitucional brasileiro consigna expressamente que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, como também quando da realização de obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, ressalvados os casos especificados na legislação. Portanto, a regra é a realização de prévio certame licitatório para as contratações do Poder Público. Entretanto, em razão da natureza do objeto a ser contratado, suas características, especificidades e desdobramentos, visando o interesse público, a contratação direta poderá ser efetivada, observando-se o plasmado nos arts. 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, que abordam situações de licitação dispensada, dispensável e inexigível, respectivamente.

In casu, em razão da complexidade do objeto pretendido para a contratação e a possibilidade de mais de um contratado prestar os serviços postulados pelos Consulentes²⁷ podendo caracterizar-se como de competição inviável ou de difícil avaliação por critérios objetivos, o instituto do **credenciamento**, como trazido na instrução processual se afigura adequado para o deslinde da questão.

Observe-se que o **credenciamento** “é o sistema através do qual a Administração Pública possibilita a contratação de todos os interessados em contratar determinado objeto, de acordo com pré-requisitos de qualificação e remuneração definidos pela própria entidade contratante.” *In* (Vareschini, Julieta Mendes Lopes. Contratação Direta. Coleção JML Consultoria. Curitiba, Editora JML, 2012, p. 147).

Com efeito, o que justifica a existência do **credenciamento**, como um meio hábil de inexigibilidade de licitação, é o interesse público de se alcançar o maior número possível de instituições financeiras efetivando a prestação de serviços.

Jorge Ulysses Jacoby Fernandes²⁸ ao ponderar que o fundamento jurídico do **credenciamento** encontra-se baseado na inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição, contemplada no *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/93, considerando que todos os possíveis interessados poderão ser contratados, assim assevera, *in verbis*:

Se a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, fixando ela própria o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra – inviabilizando a competição – uma vez que a todos foi assegurada a contratação.

Na esteira de buscar balizar as condições necessárias para a implantação do instituto do **credenciamento**, lança-se mão dos ensinamentos de Julieta Mendes Lopes Vareschini²⁹, *in verbis*:

27 Entende-se que em face da natureza do objeto a ser contratado e do vulto das operações é fundamental que mais de uma instituição financeira venha a ser contratada para minorar possíveis riscos quando da aplicação dos recursos advindos das entidades previdenciárias.

28 in Vade-mécum de licitações e contratos. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 1047.

29 in Contratação direta. Coleção JML Consultoria. Curitiba, Editora JML, 2012, p. 149-150.

- 1) estabelecer o escopo para o qual será instituído, demonstrando-se, por meio de processo administrativo, a necessidade de seu implemento, tendo em vista que o interesse da Administração é o oferecimento do serviço por uma pluralidade de prestadores, o que, portanto, não poderá ser satisfeito através do procedimento licitatório.
- 2) deverão ser fixados os requisitos mínimos para que os interessados venham a se credenciar, sendo que a Administração deverá tomar a máxima cautela para não inserir nenhuma exigência que restrinja, frustre ou comprometa a finalidade do credenciamento.
- 3) estabelecer o preço e a forma de pagamento dos serviços a serem prestados pelos credenciados;
- 4) fixar as hipóteses de descredenciamento;
- 5) permitir o credenciamento, a qualquer momento, de qualquer interessado (pessoa física ou jurídica) que atenda aos requisitos e as condições fixadas no regulamento;
- 6) permitir a denúncia (desistência) a qualquer tempo, bastando, para tanto, que o credenciado notifique previamente a Administração, de acordo com o prazo preestabelecido;
- 7) fixar todas as normas de caráter operacional a serem observadas pelos credenciados;
- 8) fixar os prazos para a interposição de recursos contra o indeferimento dos pedidos de credenciamento, bem como assegurar a ampla defesa e o contraditório.

E remata: “Cumpridas as exigências acima consignadas e estando devidamente aprovado (homologado) o regulamento pela autoridade competente, deverá ele ser encaminhado para publicação na Imprensa Oficial”.

Sendo assim, levado a efeito o **credenciamento**, o Poder Público deverá formalizar a contratação, por inexigibilidade de licitação, de determinada pessoa ou conjunto de pessoas, devidamente credenciadas, publicando-se o ato de inexigibilidade no Diário Oficial, observando-se as regras contidas no art. 26 da Lei nº 8.666/93.

Saliente-se, ainda que os contratos originários do **credenciamento** devam observar as regras contempladas no art. 55 da Lei nº 8.666/93.

Não se pode esquecer, entretanto, que neste processo seletivo para **credenciamento** devem ser atendidos e observados os princípios comuns que informam o procedimento licitatório como *v.g.* o da moralidade, da probidade, da publicidade, da transparência, da isonomia e da eficiência.

Cumpre-se asseverar ademais há necessidade de observância das regras instituídas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Ministério da Previ-

dência Social na fiscalização do patrimônio e recursos dos RPPS na condução do processo de escolha e seleção por critérios eminentemente técnicos previstos na Resolução BACEN nº 3922/10, que obrigam a alocação de recursos nos segmentos de renda fixa, variável e de imóveis de acordo com os percentuais fixados para cada um, nos termos da Política Anual de Aplicação dos recursos estipuladas pelos responsáveis pela gestão do RPPS, obedecendo às condições de segurança, rentabilidade, solvência e transparência, em instituições financeiras com baixo risco de crédito em classificação certificada por agência classificadora de risco em funcionamento no País.

Destarte,

o procedimento competitivo e eliminatório que define os credenciados está em harmonia com as melhores práticas de mercado para a seleção de instituições financeiras na gestão de recursos de terceiros, o qual, inclusive, tem referência no processo realizado pelo Banco Central do Brasil para a seleção periódica de *dealers*³⁰ de papéis do Tesouro Nacional

Conforme foi bem acentuado pela unidade técnica.

No entanto, cumpre-se destacar que a contratação de serviços de consultoria, de agências especializadas na classificação de riscos, sociedades corretoras, instituições custodiantes, entre outros serviços acessórios e individualizáveis, devem ser objeto de prévio procedimento licitatório nos termos contemplados na Lei nº 8.666/93.

Por fim, deve-se recomendar que a forma de administração desses recursos, dentre as possibilidades previstas na citada Resolução nº 3.922/10 do Conselho Monetário Nacional, seja a de gestão própria, em preferência à terceirizada e à mista, conforme advertido pela Diretoria de Contas Municipais,

30 Dealers São as instituições financeiras mais ativas no mercado de títulos públicos credenciadas pela Secretaria do Tesouro Nacional e Banco Central do Brasil. As instituições têm acesso às operações especiais do Tesouro Nacional (1 – vendas de títulos públicos pelos preços médios apurados nas ofertas públicas e; 2 – compras de títulos públicos federais, a preços competitivos, restritas às instituições credenciadas). Atualmente, a participação nessas operações está relacionada ao desempenho mensal da instituição credenciada em uma série de metas estabelecidas pelo Tesouro Nacional. http://www.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/leg_divida.asp#atos.

salvo em situações específicas que se exija uma gestão por entidade autorizada e credenciada, precedida sua escolha de processo seletivo e submetê-lo à instância superior de deliberação, tendo como critérios, no mínimo, a solidez patrimonial da entidade, a compatibilidade desta com o volume de recursos e a experiência positiva no exercício da atividade de administração de recursos de terceiros, conforme bem determina o inciso I, art. 3º da Portaria MPS 519³¹, de 24 de agosto de 2011 ou mista, cabendo ao órgão ou entidade justificar a situação da escolha de outra forma de gestão, no qual o interesse público se faça sempre presente.

Assim, acompanhando a Diretoria de Contas Municipais **VOTO** no sentido de que inexistem óbices legais à aplicação de recursos financeiros previdenciários em instituições oficiais ou privadas, autorizadas pelo Banco Central do Brasil, conforme já decidido por esta Corte de Contas e pela possibilidade da adoção do sistema de credenciamento para a aplicação desses recursos, observados os princípios que regem os procedimentos licitatórios e a normatização e critérios instituídos pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Ministério da Previdência Social.

Por fim, determina-se que instaurado o processo de credenciamento, as entidades credenciadas e devidamente contratadas deverão ser registradas junto ao SIM/AM deste Tribunal.

3. DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, por unanimidade, em:

31 Dispõe sobre as aplicações dos recursos financeiros dos Regimes Próprios de Previdência Social instituídos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, altera a redação da Portaria MPS nº 204/08 e da Portaria MPS nº 402/08 e dá outras providências.

Responder a presente Consulta, nos exatos termos do voto do Relator.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, CAIO MARCIO NOGUEIRA SOARES, HERMAS EURIDES BRANDÃO, IVAN LELIS BONILHA e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL .

Presente o Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ELIZEU DE MORAES CORREA.

Sala das Sessões, 9 de agosto de 2012 – Sessão nº 28.

ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO
Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Presidente

REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA

ENTIDADES GESTORAS - TAXA DE ADMINISTRAÇÃO

PROCESSO Nº : 475931/11
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE RIO NEGRO
INTERESSADO : ANA PAULA PORTES CHAPIEWSKI
RELATOR : CONSELHEIRO CAIO MARCIO NOGUEIRA SOARES

ACÓRDÃO Nº 2570/12 - Tribunal Pleno

EMENTA: Consulta. Taxa de administração. Regime próprio de Previdência. Leis 9717/98 e 10887/04. Base de Cálculo prevista em Portaria 402/08 do MPS.

1. DO RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Diretora Executiva do Instituto de Previdência Social dos Servidores Públicos do Município de Rio Negro (IPRE-RINE), Sra. Ana Paula Portes Chapiewski, que deseja saber acerca da base de cálculo da taxa de administração devida às entidades gestoras de regime próprio de previdência (RPPS).

2. DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

A consulta apresenta contornos concretos, sendo que o consulente detalha a situação própria. Todavia, o feito deve ser respondido em tese, nos termos do art. 311, inciso V, do Regimento interno.

A jurisprudência acostada pela CJB não está correlacionada ao caso presente.

A Consulta veio acompanhada de Parecer Jurídico, assim resumido pela DCM:

a base de cálculo da taxa de administração corresponde efetivamente ao valor total das remunerações, proventos e pensões dos segurados vinculados ao RPPS, incluindo também as parcelas que compõem a folha de pagamento dos segurados inativos e pensionistas. Ao final, o parecer informa que a conclusão encontra precedente em julgamento do TCE/MT, cuja cópia traz aos autos.

Ainda, segundo a Diretoria de Contas Municipais que examinou a consulta, a Lei n.º 9.717/98 possui previsão da taxa de administração destinada às entidades gestoras de regimes próprios de previdência. Adiante, a DCM informa que a figura foi delineada pelo art. 15 da Portaria n.º 402/2008 do MPS, que determinou a destinação da taxa “exclusivamente ao custeio das despesas correntes e de capital necessárias à organização e ao funcionamento da unidade gestora do RPPS, inclusive para a conservação de seu patrimônio”.

A DCM fez a diferenciação entre a base de cálculo e alíquota. A contribuição previdenciária incidiria sobre as parcelas remuneratórias permanentes dos servidores vinculados ao RPPS, restando excluídas verbas transitórias e as indenizatórias. Já a taxa de administração, consideraria toda a remuneração auferida pelos servidores (inclusive os aposentados e os pensionistas), independentemente de sua natureza.

Desta feita, a Diretoria instrutora concluiu que a taxa de administração deve ser fixada pela legislação do ente federado, com o objetivo de cobrir as despesas da unidade gestora do regime de previdência. Sendo que não haveria limite mínimo e o percentual dependeria da necessidade do próprio regime. A DCM sugeriu o caso do PARANAPREVIDENCIA, que não fixou a referida taxa, por ser autossuficiente. Lembrou que as demais condições encontram-se na Portaria 402/08, art. 15, do MPS.

O Ministério Público junto ao Tribunal adotou a resposta da DCM, por entender correta a interpretação dada aos dispositivos legais.

A alíquota da taxa de administração tem regulamentação própria, via Portaria 402/08, do MPS, cujo artigo 15 determina sua fixação em até dois pontos percentuais do valor total das remunerações, proventos e pensões dos segurados vinculados ao RPPS, relativo ao exercício financeiro anterior.

A Diretoria de Contas Municipais deslindou completamente a matéria em sua Instrução 1346/12 e na sua conclusão que segue:

...o assunto mais relevante no tema talvez seja a alíquota da taxa de administração, e não a sua base de cálculo, que parece ser ampla o suficiente para o financiamento das atividades da entidade gestora do RPPS.

Por isso, é preciso ressaltar que a alíquota da taxa de administração deve ser fixada pela legislação do ente federativo apenas na medida necessária para cobrir as despesas de organização e funcionamento da unidade gestora do RPPS. Ou seja, embora haja para a fixação da alíquota um limite máximo de 2% sobre o total das remunerações, proventos e pensões dos segurados vinculados ao RPPS, não há um limite mínimo. O percentual a ser fixado, assim, dependerá da efetiva necessidade da unidade gestora. É possível, inclusive, cogitar da não fixação da taxa, caso o órgão ou instituição responsável RPPS seja autossuficiente – isso ocorreu, por exemplo, com o Paraná Previdência. Ressalte-se, por fim, que todas as demais condições do art. 15 da Portaria n.º 402/2008 do MPS deverão ser respeitadas.

Assim, o **VOTO** é para que se responda ao questionado, em tese, nos exatos termos da Instrução da Diretoria de Contas Municipais, de nº1346/12, seguida pelo Parecer do Ministério Público 9894/12.

3. DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro CAIO MARCIO NOGUEIRA SOARES, por unanimidade, em:

Responder o questionado, nos exatos termos da Instrução da Diretoria de Contas Municipais, de nº1346/12, seguida pelo Parecer do Ministério Público 9894/12.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, CAIO MARCIO NOGUEIRA SOARES e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e os Auditores JAIME TADEU LECHINSKI e SÉRGIO RICARDO VALADARES FONSECA.

Presente o Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ELIZEU DE MORAES CORREA.

Sala das Sessões, 23 de agosto de 2012 – Sessão nº 30.

CAIO MARCIO NOGUEIRA SOARES
Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Presidente

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA TRANSFERÊNCIA DE EMPREGADOS

PROCESSO Nº : 358990/10
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : SERVIÇO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS DE LONDRINA
INTERESSADO : FERNANDO LOPES KIREEFF
RELATOR : AUDITOR THIAGO BARBOSA CORDEIRO

ACÓRDÃO Nº 3327/12 - Tribunal Pleno

EMENTA. Consulta. Serviço de Comunicações Telefônicas de Londrina – SERCOMTEL S.A.. 2. Possibilidade de retorno - Transferência de empregados de uma sociedade de economia mista criada pela cisão de outra, para a empresa cindida. 3. Concurso público. Observância do artigo 37, II, da Constituição Federal de 1988. Impossibilidade.

1. DO RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo senhor Fernando Lopes Kireeff, Diretor Presidente da Sercomtel S.A – Telecomunicações, sociedade de economia mista com sede na cidade de Londrina. A formulação da consulta parte das seguintes premissas apresentadas:

a) Por força de exigência legal e do órgão regulador do setor, uma sociedade de economia mista foi cindida, derivando daí a existência de uma nova empresa, também uma sociedade de economia mista, sendo que em ambas foram mantidos os mesmos acionistas, a mesma proporção na participação acionária originária e a mesma estrutura de cargos e salários;

b) Com a cisão, parte dos empregados foi transferida para a nova empresa, juntamente com o patrimônio necessário para a sua formação e para a continuidade de sua operação;

c) Ambas as sociedades de economia mista exploram atividade econômica, nos termos do art. 173 da Constituição Federal, prestando serviços em setor de ampla competição com as demais prestadoras do serviço;

d) Em razão da idêntica natureza das atividades exercidas pelas duas empresas e em face do interesse estratégico dos seus acionistas, há forte integração entre as sociedades nas suas operações;

e) A empresa derivada sofreu forte redução da sua participação do mercado, sendo que o seu reposicionamento estratégico indica ser desnecessária a manutenção do mesmo número de empregos que possuía na época da sua criação; e

f) A empresa originária, que atuava em pequena área geográfica, recebeu autorização do órgão regulador para ampliar sua área de atuação, o que demandará a ampliação de investimentos e a necessidade de aquisição de mão de obra qualificada e treinada para dar suporte à expansão dos serviços.

2. Partindo de tais premissas, a consulente formula a consulta nos seguintes termos:

I – Qual é o entendimento deste órgão sobre a possibilidade de transferência de empregados de uma sociedade de economia mista para outra sociedade de economia mista, na qual haviam sido originalmente contratados? Infringiria esta transferência o disposto no Art. 37, inciso II, da Constituição Federal?

II – No entendimento deste órgão, a transferência de empregados entre sociedades de economia mista independentes, que tenham entre si o mesmo acionista controlador, infringiria o disposto no Art. 37, inciso II, da Constituição Federal?

3. A petição veio acompanhada do **Parecer Jurídico PAJ 079/2010**, subscrito pelo Assessor Jurídico João Pignataro Neto, que **conclui ser possível o retorno dos empregados à empresa originária**, uma vez que esses foram

admitidos mediante concurso público e que a decisão da **ADI-1770-4 DF** considerou **dispensável concurso público para aproveitamento de empregado de sociedade de economia mista aposentado**. Tal decisão tem sua ementa parcialmente transcrita³².

4. Considera que “a redistribuição ou o trânsito de empregados entre órgãos e até mesmo entre órgãos da administração e sociedades de economia mista é coisa comum”, citando o “recente caso do retorno de empregados da Telebrás (sociedade de economia mista) que estavam trabalhando na ANATEL (autarquia especial federal)” para afirmar ao final que “a Constituição Federal exige o concurso público para o ingresso a cargo ou emprego, não lhe sendo exigido quando da sua redistribuição”.

5. Conclui propugnando que

pode-se entender como possível a transferência realizada entre sociedades de economia mista, sem a necessidade da realização de novo concurso público, desde que se observe a correlação entre os cargos e funções existentes em ambas as empresas.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

6. A Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca, conforme Informação n.º 43/10, relata que **não encontrou nenhum prejudgado** sobre o assunto, encaminhando os autos à Diretoria Jurídica.

7. A Diretoria Jurídica, conforme Parecer n.º 12371/10, subscrito pela Analista de Controle Isabella de Oliveira Trevizan, faz a seguinte análise da matéria:

32 *EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. READMISSÃO DE EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO POR APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. NÃO CONHECIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. Lei 9.528/1997, que dá nova redação ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT -, prevendo a possibilidade de readmissão de empregado de empresa pública e sociedade de economia mista aposentado espontaneamente”... “Pedido não conhecido quanto ao art. 11, e parágrafos, da Lei n. 9.528/1997. Ação conhecida quanto ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação dada pelo art. 30 da mesma Lei 9.528/1997, para declarar sua inconstitucionalidade.*

Nas pessoas de Direito Público existem servidores titulares de cargos e servidores ocupantes de empregos. Nas pessoas de Direito Privado da Administração Indireta, as empresas públicas e sociedades de economia mista e fundações governamentais, porém, só existem, necessariamente, empregos. Diferentemente da relação estatutária entre o Poder Público e os ocupantes de cargos, a relação entre o Poder Público e seu emprego é contratual, regida pela Consolidação das Leis do Trabalho. Todavia, as pessoas de Direito Privado da Administração Indireta sujeitam-se ao conjunto de normas constitucionais da Administração Pública e outras especiais. A Consulta em exame ressaltou que as sociedades de economia mista indicadas prestam serviços públicos, sendo regidas pelo Artigo 173 da Constituição Federal. Assim, convém lembrar que o §1º, inciso II, do dispositivo constitucional acima citado, exige que a lei instituidora da sociedade de economia mista de prestação de serviços disponha a sua sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. De outra ponta, não resta dúvida que as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público estão submetidas ao Artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, o qual estabelece: Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Desta forma, apesar da personalidade jurídica de direito privado, as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, submetem-se ao princípio constitucional do concurso público. No que se refere ao primeiro questionamento proposto na Consulta, a transferência de empregados concursados de uma sociedade de economia mista cindida para a nova sociedade de economia mista, **para as mesmas funções que ocupavam, e sob o mesmo controle acionário, não parece ferir tal preceito constitucional. Isto porque os empregados ingressaram na sociedade de economia mista "mãe" em razão da aprovação em concurso público prévio e, assim, não burlaram texto constitucional.** Diferentemente seria no caso de aproveitamento de empregados em funções diversas para as quais foram concursados, exigindo-se neste caso, novo concurso público. Convém mencionar aqui que, conforme as premissas apresentadas pelo Consulente, a sociedade cindida e a criada mantiveram os mesmos acionistas, com a mesma participação acionária e a mesma estrutura de cargos e salários. Foi por determinação da agência reguladora que a cisão ocorreu, no entanto, as duas empresas continuaram a ser controladas pelo mesmo acionista. Este fato guarda fundamental importância para a discussão proposta, pois, no caso, os empregados transferidos permanecem vinculados aos mesmos acionistas e a sociedade de economia mista "mãe" é solidária aos direitos trabalhistas daqueles. Adentrando no regime trabalhista aplicável aos servidores ocupantes de empregos públicos, sobre o tema, sobressai-se o Ar-

tigo 10, da Consolidação das Leis do Trabalho, que assegura que qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados. O Artigo 448, do mesmo arcabouço legal, por sua vez, garante que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados. Ainda, o §2º, do Artigo 2º, da CLT, conceitua grupo econômico da seguinte forma: Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. Nesse passo, no que toca ao caso sugerido, verifica-se que a partir da cisão, a empresa cindida e a empresa criada passaram a integrar o mesmo grupo, sendo controladas pelos mesmos acionistas. A empresa cindida, perante a qual os empregados realizaram o concurso público de ingresso, permanece responsável solidariamente pelas obrigações trabalhistas dos empregados transferidos. Todavia, diverso é o raciocínio para a transferência de empregados entre sociedades de economia mista independentes, que tenham entre si o mesmo acionista controlador (segundo questionamento proposto nesta Consulta). Neste caso, não houve qualquer alteração na estrutura jurídica das sociedades de economia mistas que justifique a transferência "aleatória" entre elas de seus empregados. Não poderia, ainda, se justificar, o retorno dos empregados transferidos ao tempo da cisão, por questões referentes ao mercado econômico. Eventual transferência exigiria a demissão do empregado em uma empresa e a contratação por outra, sem o indispensável concurso público, o que não encontra respaldo constitucional. Havendo a necessidade de aumentar o Quadro de Pessoal de uma das empresas, deverá ser realizado novo concurso público para a realização das futuras contratações, sob pena de afronta ao princípio constitucional explícito no inciso II, do Artigo 37, da Constituição Federal. De todo o exposto, em tese, conclui-se:

- a) Pela **possibilidade** de transferência de empregados concursados de uma sociedade de economia mista cindida para a nova sociedade de economia mista (resultante da cisão ocorrida), **para as mesmas funções que ocupavam, e sob o mesmo controle acionário**, pois preservado o princípio constitucional do concurso público, e
- b) Pela **impossibilidade** de transferências de empregados entre sociedades de economia mista independentes, mas que tenham entre si o mesmo acionista controlador, por afrontar o princípio constitucional do concurso público.

8. O Ministério Público de Contas, conforme Parecer n.º 161/11, da lavra do Procurador Laércio Chiesorin Junior, aborda o mérito primeiramente registrando que o **concurso público é obrigatório para o ingresso nos quadros da**

administração pública, conforme definido no artigo 37, II³³ da Constituição Federal, embora existam exceções previstas no mesmo artigo, relativas às contratações temporárias (inciso IX) e aquelas comissionadas, destinadas às atribuições de direção chefia e assessoramento (inciso V).

9. Lembra que o regramento não abrange apenas a administração direta, mas também a indireta, dentre as quais figuram as sociedades de economia mista, cujos vínculos empregatícios, embora regidos pelo regime privado, por força do artigo 173, § 1º da Constituição Federal de 1988³⁴, exigem a realização de concurso.

10. Na sequência, analisa em separado cada um dos questionamentos:

Quesito I

Qual é o entendimento deste órgão sobre a possibilidade de transferência de empregados de uma sociedade de economia mista para outra sociedade de economia mista, na qual haviam sido originalmente contratados? Infringiria esta transferência o disposto no Artigo 37, inciso II, da Constituição Federal?

A cisão, como instituto de direito empresarial, possui seu esteio no artigo 229, da Lei Federal nº. 6.404/1976, autorizando a transferência parcial e total do patrimônio de uma pessoa jurídica para a constituição de uma ou mais sociedades. No caso de cisão total, existe a figura da extinção da sociedade, por razões lógicas. Na parcial, este patrimônio transferido, como especificado, constitui nova sociedade, predeterminada à prestação de serviços de igual finalidade:

Artigo 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

33 “Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

34 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.

§ 2º Na cisão com versão de parcela do patrimônio em sociedade nova, a operação será deliberada pela assembléia-geral da companhia à vista de justificção que incluirá as informações de que tratam os números do artigo 224; a assembléia, se a aprovar, nomeará os peritos que avaliarão a parcela do patrimônio a ser transferida, e funcionará como assembléia de constituição da nova companhia.

§ 3º A cisão com versão de parcela de patrimônio em sociedade já existente obedecerá às disposições sobre incorporação (artigo 227).

§ 4º Efetivada a cisão com extinção da companhia cindida, caberá aos administradores das sociedades que tiverem absorvido parcelas do seu patrimônio promover o arquivamento e publicação dos atos da operação; na cisão com versão parcial do patrimônio, esse dever caberá aos administradores da companhia cindida e da que absorver parcela do seu patrimônio.

§ 5º As ações integralizadas com parcelas de patrimônio da companhia cindida serão atribuídas a seus titulares, em substituição às extintas, na proporção das que possuíam; a atribuição em proporção diferente requer aprovação de todos os titulares, inclusive das ações sem direito a voto.

Dentro deste panorama, a transferência de empregados no caso de cisão parcial parece uma consequência lógica desta operação, sem que haja com isso a violação à regra do concurso público, ao contrário, trata-se de medida necessária ao correto funcionamento da sociedade derivada.

Contudo, para que não haja infringência deste preceito, deve observar-se que as atribuições inerentes ao emprego, complexidade e remuneração sejam as mesmas da sociedade originária, sob o risco deste desdobramento legal incidir em práticas inconstitucionais.

A indagação é a seguinte: Seria legal do ponto de vista constitucional outorgar a determinada pessoa ou grupo de pessoas remuneração ou emprego diversos aqueles aos quais prestaram concurso? A resposta é simples: o concurso é válido tão-somente para aquele plexo de atribuições para o qual a pessoa foi admitida, o que não autoriza formas de provimento derivado, senão as não suprimidas de nosso ordenamento com a promulgação da Constituição de 1988.

Nesta situação específica é possível a transferência de empregados públicos para sociedade cindida, desde que respeitadas as atribuições, a complexidade do emprego e remuneração anterior, em estrita atenção ao artigo 37, II, da Constituição da República, bem como aos princípios norteadores da Administração Pública, em especial a impessoalidade, moralidade e eficiência.

Ainda, por óbvio, a cisão deve ter sido regularmente autorizada por lei, como o exige a Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XIX, e o empregado a ser transferido ter adentrado ao serviço público, se depois de 05.10.1988, após regular concurso público, devidamente registrado neste Tribunal de Contas.

Outro ponto reside na impossibilidade de “reingresso” do empregado transferido à sociedade de economia mista derivada para a originária, sem a prévia aprovação em concurso público.

A lógica não demanda grandes esforços para compreensão: se por um lado a transferência de empregados da sociedade cindida é uma conseqüência natural deste desdobramento empresarial, o retorno destes para a sociedade originária não tem qualquer motivação jurídica válida, violando portanto, em nosso ver, o artigo 37, II, da Constituição da República.

Quesito II

No entendimento deste órgão a transferência de empregados entre sociedades de economia mista independentes, que tenham entre si o mesmo acionista controlador, infringiria o disposto no Artigo 37, inciso II, da Constituição Federal?

Nesta situação específica, não há que se falar em cisão, posto tratar-se de sociedades de economia mista independentes entre si, cuja ligação é apenas a de pertencerem à Administração Pública indireta do mesmo ente político, o que não outorga a possibilidade de transferência de servidores.

A regra do concurso não permite que o servidor aprovado em determinado concurso seja aproveitado para outro, o que seria não isonômico e imoral, ferindo a Constituição da República. Veja-se que esta situação é totalmente diversa da anterior, onde a transferência de servidores é uma conseqüência da cisão da sociedade de economia mista. Nesta premissa, reitera-se de maneira **inconteste** que **não é possível valer-se de concurso público para investidura em órgão diverso àquele em que o servidor foi aprovado**, mesmo que as atividades sejam compatíveis entre si, posto que esta prática foi extraída de nosso ordenamento jurídico desde o advento da Constituição de 1988, que prevê a investidura dependente de prévia aprovação em concurso público.

11. Ao final, conclui apresentando as seguintes respostas aos questionamentos:

Pela possibilidade de transferência de empregados públicos de sociedade de economia mista cindida para a sociedade derivada, desde que a cisão tenha sido aprovada por lei, a cindida preste serviços com o escopo de atendimento à mesma finalidade pública, a admissão do servidor na sociedade originária tenha sido registrada nesta Corte, e o plexo de atribuições e remuneração sejam compatíveis entre si. Inaceitável o “retorno” do empregado público à sociedade de economia mista originária, por violação à regra do concurso público; e

Pela impossibilidade de transferência de empregados públicos de sociedade de economia mista para sociedade não derivada, mesmo que as atribuições e a remuneração sejam condizentes, por afronta à regra do concurso público insculpida no artigo 37, II, da Constituição da República.

1. Inicialmente, assinalo que **a consulta formulada pode ser conhecida**, posto que satisfeitos todos os requisitos previstos no artigo 38 da Lei Complementar n.º 113/2005³⁵.

35 Art. 38. A consulta deverá atender aos seguintes requisitos:

2. No mérito, concordo com as manifestações convergentes da Diretoria Jurídica e do Ministério Público de Contas. Não obstante, proponho que as respostas à consulta sejam as oferecidas pelo parecer ministerial (com pequenas adaptações), vez que mais completas e centradas nas questões formuladas e nas premissas prescritas pelo consulente.

3. Sendo assim, proponho que esta Corte responda aos quesitos da seguinte forma:

I – Qual é o entendimento deste órgão sobre a possibilidade de transferência de empregados de uma sociedade de economia mista para outra sociedade de economia mista, na qual haviam sido originalmente contratados? Infringiria esta transferência o disposto no Art. 37, inciso II, da Constituição Federal?

Há possibilidade de transferência de empregados públicos de sociedade de economia mista cindida para a sociedade derivada, desde que a cisão tenha sido aprovada por lei, a cindida preste serviços com o escopo de atendimento à mesma finalidade pública, a admissão do servidor na sociedade originária tenha sido registrada nesta Corte, e o plexo de atribuições e remuneração sejam compatíveis entre si. Inaceitável o “retorno” do empregado público à sociedade de economia mista originária, por violação à regra do concurso público prevista no artigo 37, inciso II da Constituição Federal de 1988.

I – ser formulada por autoridade legítima;

II – conter apresentação objetiva dos quesitos, com indicação precisa da dúvida;

III - versar sobre dúvida na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência do Tribunal de Contas;

IV - ser instruída por parecer jurídico ou técnico emitido pela assessoria técnica ou jurídica do órgão ou entidade consulente, opinando acerca da matéria objeto da consulta;

V - ser formulada em tese.

§1º Havendo relevante interesse público, devidamente motivado, a consulta que versar sobre dúvida quanto à interpretação e aplicação da legislação, em caso concreto, poderá ser conhecida, mas a resposta oferecida pelo Tribunal será sempre em tese. §2º Quando, na hipótese do parágrafo anterior, empresa privada for, direta ou indiretamente, beneficiária, é vedada a resposta à consulta.

§3º ...Vetado...

Art. 39. Estão legitimados para formular consulta:

I – no âmbito estadual, Governador do Estado, Presidente de Tribunal de Justiça, Presidente da Assembléia Legislativa, Secretários de Estado, Procurador Geral de Justiça, Procurador Geral do Estado, dirigentes de autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações instituídas e mantidas pelo Estado e conselhos constitucionais e legais, conforme previsto em Regimento Interno;

II – No entendimento deste órgão, a transferência de empregados entre sociedades de economia mista independentes, que tenham entre si o mesmo acionista controlador, infringiria o disposto no Art. 37, inciso II, da Constituição Federal?

Afronta a regra do concurso público insculpida no artigo 37, II, da Constituição da República a hipótese de transferência de empregados públicos de sociedade de economia mista para sociedade não derivada, mesmo que as atribuições e a remuneração sejam condizentes.

3. DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do relator, auditor THIAGO BARBOSA CORDEIRO, e das notas taquigráficas, por unanimidade, em:

Conhecer a consulta formulada, posto que satisfeitos todos os requisitos previstos no artigo 38 da Lei Complementar n.º 113/2005, para responder aos quesitos nos seguintes termos:

I – Qual é o entendimento deste órgão sobre a possibilidade de transferência de empregados de uma sociedade de economia mista para outra sociedade de economia mista, na qual haviam sido originalmente contratados? Infringiria esta transferência o disposto no Art. 37, inciso II, da Constituição Federal?

Há possibilidade de transferência de empregados públicos de sociedade de economia mista cindida para a sociedade derivada, desde que a cisão tenha sido aprovada por lei, a cindida preste serviços com o escopo de atendimento à mesma finalidade pública, a admissão do servidor na sociedade originária tenha sido registrada nesta Corte, e o plexo de atribuições e remuneração sejam compatíveis entre si. Inaceitável o “retorno” do empregado público

à sociedade de economia mista originária, por violação à regra do concurso público prevista no artigo 37, inciso II da Constituição Federal de 1988.

II – No entendimento deste órgão, a transferência de empregados entre sociedades de economia mista independentes, que tenham entre si o mesmo acionista controlador, infringiria o disposto no Art. 37, inciso II, da Constituição Federal?

Afronta a regra do concurso público insculpida no artigo 37, II, da Constituição da República a hipótese de transferência de empregados públicos de sociedade de economia mista para sociedade não derivada, mesmo que as atribuições e a remuneração sejam condizentes.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, HERMAS EURIDES BRANDÃO, IVAN LELIS BONILHA e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e o Auditor THIAGO BARBOSA CORDEIRO.

Presente o Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ELIZEU DE MORAES CORREA.

Sala das Sessões, 11 de outubro de 2012 – Sessão nº 37.

THIAGO BARBOSA CORDEIRO

Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES

Presidente

VEREADOR PRESO – REMUNERAÇÃO

DECISÃO JUDICIAL DE 1º GRAU

PROCESSO Nº : 603910/10
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : CÂMARA MUNICIPAL DE PALMAS
INTERESSADO : LEONARDO BEVILACQUA MAITO
RELATOR : CONSELHEIRO HERMAS EURIDES BRANDÃO

ACÓRDÃO Nº 2376/12 - Tribunal Pleno

EMENTA: Consulta. Vereador preso. Exercício do mandato. Remuneração *pro labore faciendo*. Impedimento temporário. Caracterização. Princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Suspensão do pagamento do subsídio. Imposição.

1. DO RELATÓRIO

O Presidente da CÂMARA MUNICIPAL DE PALMAS, Vereador Leonardo Bevilacqua de Maito, apresenta consulta questionando se a Câmara Municipal deve efetuar o pagamento dos vencimentos de vereador preso por decisão judicial de 1º grau, ainda pendente de recurso.

A assessoria jurídica da Câmara, considerando que o vereador, embora preso, mantém o respectivo mandato com todas as suas prerrogativas, tem o direito de continuar percebendo a sua remuneração.

Por intermédio do Despacho nº 1.687/10, do Conselheiro Fernando Augusto Mello Guimarães, conheceu-se da consulta por considerar a matéria relevante.

Encaminhado os autos para manifestação da Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca, esta informou que não encontrou nenhuma decisão sobre o assunto nos registros deste Tribunal.

Instada a se manifestar, a Diretoria Jurídica entendeu que, por se tratar de matéria de âmbito municipal, opinou pelo encaminhamento dos autos à Diretoria de Contas Municipais.

A Diretoria de Contas Municipais, em síntese, depois de tecer pertinentes comentários sobre as hipóteses de cassação de mandato e quais providências adicionais poderiam ser adotadas pela Câmara Municipal, como a convocação de suplente, concluiu pela cessação do pagamento da remuneração do vereador, nos seguintes termos:

- a) a Constituição Federal só relaciona a perda do mandato à condenação criminal submetida a trânsito em julgado (art. 55, VI). A prolação de sentença criminal da qual ainda caiba recurso ou da qual já foi interposto recurso, portanto, não leva, automaticamente, à perda do mandato do vereador;
- b) embora a prisão provisória, por si só, não leve à perda do mandato do parlamentar, o fato que a desencadeou pode levar a esse resultado caso, a juízo da Câmara dos Vereadores, entenda-se configurada quebra do decoro parlamentar (art. 55, II, da CF);
- c) caso seja recusada a cassação do mandato do vereador por quebra de decoro parlamentar, ou enquanto tal julgamento não ocorra, a Câmara Municipal deverá adotar duas providências no caso de prisão provisória do vereador. A primeira delas é a convocação do suplente, caso a prisão ultrapasse o tempo fixado na Lei Orgânica Municipal; a segunda, a cessação do pagamento de sua remuneração desde a data de início da licença.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas manifestou-se pela resposta ao consulente nos termos da proposta da Unidade Técnica.

É o relatório.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Sem prejuízo do elaborado estudo apresentado pela Diretoria de Contas Municipais, o qual sem dúvida também servirá de orientação ao con-

sulente, entendendo necessárias algumas ponderações de maneira contextualizar os fatos.

A consequência relevante para o deslinde da questão está em que, por força da decisão judicial que determinou a sua prisão, o vereador não poderá desempenhar as suas funções, caracterizando, destarte, impedimento temporário para o exercício do mandato.

Segundo HELY LOPES MEIRELLES³⁶, ao tratar do direito de licença a vereadores, destacou que:

a remuneração dos membros dos Corpos Legislativos é, por natureza, *pro labore faciendo*, vale dizer, pelo exercício da função. Desde que afastado do exercício do mandato, cessa a causa legal de remuneração, diversamente do que ocorre com os servidores públicos, que podem obter determinadas licenças com vencimentos parciais ou integrais, uma vez que tais vencimentos têm caráter alimentar e resultam da relação de emprego mantida com o Poder Público.

Na esteira do ilustre doutrinador, conclui-se que, constatado o impedimento do vereador para exercer o seu mandato - ainda que temporariamente -, e não estando o agente político albergado por causa legal que autorize a continuidade do recebimento de seu subsídio, eis que tal impedimento não decorre de interesse público, impondo-se a suspensão dos seus respectivos pagamentos.

Trata-se da aplicação do princípio da legalidade conjugado com o da moralidade administrativa, haja vista que, na seara pública, diversamente do que se admite para o setor privado, somente são permitidas aquelas condutas expressamente autorizadas por lei.

Desta forma, compete à Câmara Municipal, no exercício de suas prerrogativas institucionais, adotar as medidas necessárias para a preservação do pleno exercício de suas funções constitucionais e a observância dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa.

36 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 6ª Ed. atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara Darcy Police Monteiro. Malheiros Editora, 1993, São Paulo, pág.455.

Ante o exposto, voto para que a consulta seja respondida nos seguintes termos:

A impossibilidade de vereador desempenhar suas funções por força de decisão judicial que determinou a sua prisão, caracteriza impedimento temporário para o exercício do mandato, impondo a suspensão do pagamento de seu subsídio mensal por deliberação da Câmara Municipal, nos termos regimentais e da Lei Orgânica do Município, assegurado o exercício do direito de defesa.

3. DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro HERMAS EURIDES BRANDÃO, por unanimidade, em:

Responder a consulta nos seguintes termos:

A impossibilidade de vereador desempenhar suas funções por força de decisão judicial que determinou a sua prisão, caracteriza impedimento temporário para o exercício do mandato, impondo a suspensão do pagamento de seu subsídio mensal por deliberação da Câmara Municipal, nos termos regimentais e da Lei Orgânica do Município, assegurado o exercício do direito de defesa.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, HERMAS EURIDES BRANDÃO, IVAN LELIS BONILHA e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e o Auditor JAIME TADEU LECHINSKI.

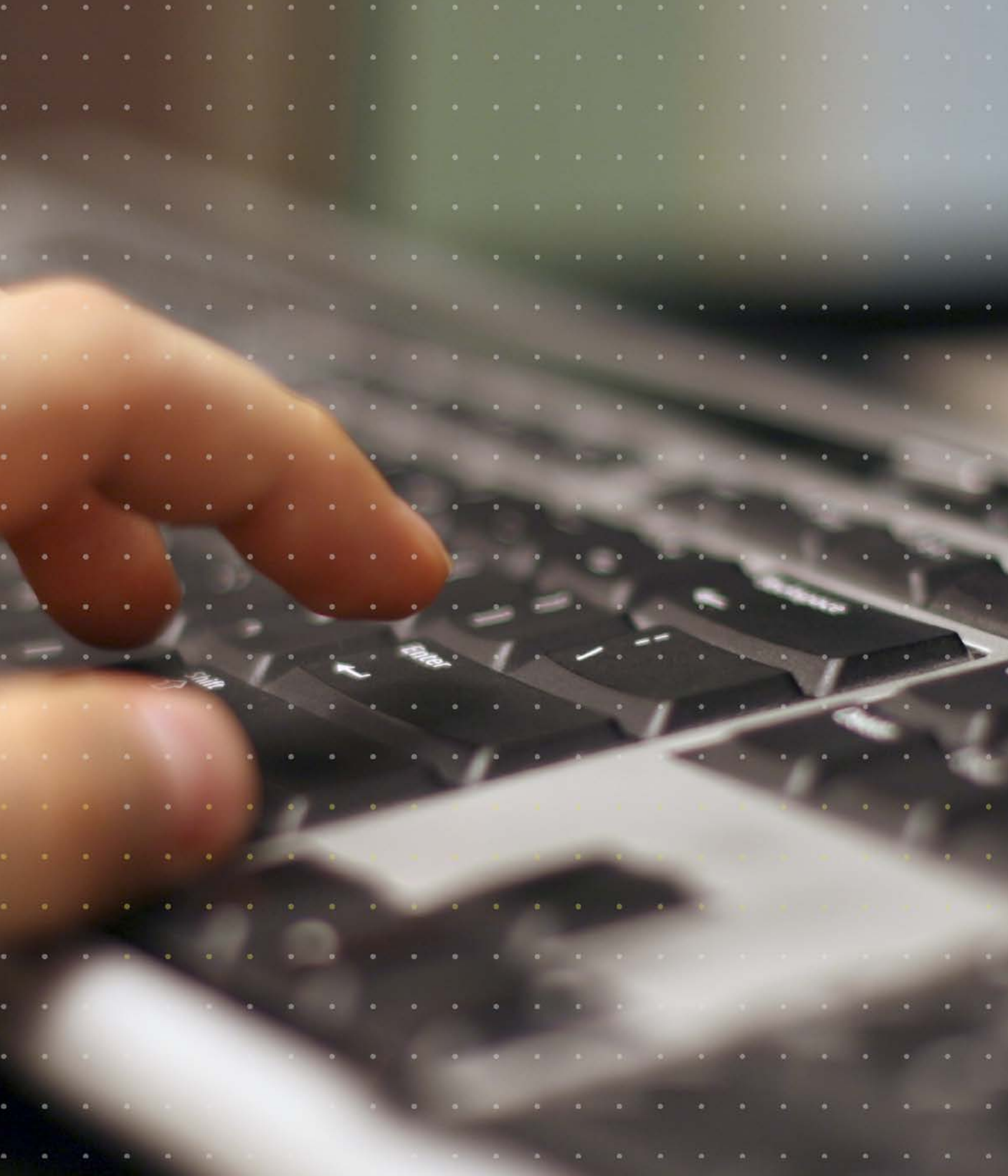
Presente o Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ELIZEU DE MORAES CORREA.

Sala das Sessões, 9 de agosto de 2012 – Sessão nº 28.

HERMAS EURIDES BRANDÃO
Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Presidente





[ORIENTAÇÕES PARA PUBLICAÇÃO]



ORIENTAÇÕES PARA PUBLICAÇÃO NA REVISTA DIGITAL DO TCE-PR

PUBLICAÇÃO NA REVISTA DIGITAL DO TCE-PR

Através do seu Conselho Editorial, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE-PR) convida servidores, pesquisadores, consultores, docentes e estudantes de pós-graduação, mestrado e doutorado, a apresentarem artigos científicos para publicação na Revista Digital do TCE-PR.

Os documentos deverão ser enviados em formato eletrônico (preferencialmente, no formato do programa Microsoft Word) para a Secretaria do Conselho Editorial do TCE-PR, aos cuidados de Caroline Lichtensztein: carolg@tce.pr.gov.br (Fone: 41-3350-1670)

1 LINHA EDITORIAL

A Revista Digital do TCE-PR é uma publicação quadrimestral, composta por acórdãos exarados pela Corte e por artigos, inéditos ou não, relacionados ao direito, contabilidade, administração e economia - no âmbito da administração pública. A premissa básica de sua linha editorial é a busca pelo texto crítico, apartidário e pluralista.

Cada publicação apresentará, dentro das áreas supracitadas, um “tema em destaque”, sobre o qual versarão os principais artigos, além de outros temas inerentes às áreas de atuação da Corte, os quais também abrangerão artigos.

Os artigos apresentados para publicação na Revista devem contribuir para incrementar a experiência dos leitores e dos jurisdicionados do TCE-PR,

bem como aumentar o conhecimento sobre o funcionamento da administração pública e melhorar o entendimento face aos crescentes desafios que ela apresenta.

Para isso, podem atender a esses objetivos de quatro maneiras distintas:

- a) oferecendo novas ideias e abordagens de administração pública;
- b) relatando as melhores práticas utilizadas em diferentes entidades;
- c) analisando situações inovadoras de casos práticos da administração pública;
- d) comunicando pesquisas recentes de vanguarda em administração pública.

Abrangência e profundidade devem ser buscadas simultaneamente.

O artigo não deverá ser um produto perecível, sem valor futuro. Suas ideias e seus conceitos devem ser sólidos o suficiente para resistirem durante longo período de tempo.

2 APRECIÇÃO DO CONSELHO EDITORIAL DO TCE-PR

Os artigos serão submetidos à análise do Conselho Editorial do TCE-PR, a quem compete:

- proceder à revisão dos artigos encaminhados, informando o autor da apreciação quanto à relevância do tema, propriedade em face da linha editorial, estilo e conteúdo científico.
- a avaliação das matérias submetidas a sua apreciação e emissão de parecer conclusivo sobre elas, de conformidade com as normas e o programa editorial;
- o controle de qualidade do material editado;
- a compilação, editoração e edição de publicações.

Nenhum trabalho será publicado sem que seja previamente aprovado pelo Conselho Editorial.

Os trabalhos com indicação à reformulação serão encaminhados ao autor ou organizador, acompanhados da orientação circunstanciada quanto aos pontos a serem revistos. Satisfeitas as exigências, os trabalhos com indicação à reformulação serão novamente submetidos ao Conselho.

3 NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

1 – Os originais serão submetidos à aprovação de especialistas reconhecidos nos temas tratados.

2 – Os originais serão encaminhados aos avaliadores no menor tempo possível. O processo de seleção de artigos envolve avaliação de especialistas *ad hoc* e do Conselho Editorial, que deverá selecionar os títulos a serem publicados. No sumário, a sequência de títulos de artigos obedecerá à ordem alfabética de sobrenomes de autores.

3 – Trabalhos que já tenham sido publicados em outros periódicos serão sujeitos à mesma avaliação de originais inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista em que seu texto tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do artigo.

4 – Autor(es): Pessoa(s) física(s) responsável(eis) pela criação do conteúdo intelectual ou artístico de um documento. Não confundir com colaboradores.

4.1 – Para artigos com autoria múltipla, é necessário informar a ordem de apresentação dos autores e declaração de cada um autorizando a publicação.

5 – Os originais serão publicados em língua portuguesa, ou em língua espanhola.

6 – A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores. As provas finais não serão enviadas aos autores.

7 – As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

8 – Nos artigos observar as seguintes recomendações:

Tamanho: a extensão máxima do material enviado será a seguinte: artigos, 20 laudas; resenhas, 5 laudas; relatos de experiências, 10 laudas. As laudas deverão ser apresentadas em tamanho A-4, fonte Arial (tamanho 12) e espaçamento entre linhas de 1,5.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo, acompanhado de sua tradução para o espanhol.

Resumo em português e resumo em espanhol: deve ser elaborado um resumo informativo com cerca de 200 palavras, incluindo objetivo, método, resultado, conclusão, acompanhado de sua tradução para o inglês.

Palavras-chave: em português e em espanhol.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas contidas no artigo devem ser indicadas com um número imediatamente depois da frase a que dizem respeito. As notas deverão vir no rodapé da página correspondente.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Figuras e tabelas: fotografias nítidas, gráficos e tabelas em preto e branco (estritamente indispensáveis à clareza do texto) serão aceitos, e deverão ser assinalados, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde devem ser intercalados. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte.

Referências: NBR 6023/2002. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto são da responsabilidade do autor. Informação oriunda de comunicação pessoal, trabalhos em andamento e os não publicados não devem ser incluídos na lista de referências, mas indicados em nota de rodapé da página onde forem citados.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas – impressa (NBR 6022/2003), elaboração de referências (NBR 6023/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10.520/2002), norma para datar (NBR 5892/1989), numeração progressiva das seções de um documento (6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003), bem como a norma de apresentação tabular do IBGE.

[SANEAMENTO] E REGIMES TARIFÁRIOS

WWW.TCE.PR.GOV.BR

REVISTA DIGITAL DO TCEPR
SET/DEZ 2012

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

NÚMERO 03

PRAÇA NOSSA SENHORA DE SALETE S/Nº - CEP 80.530-910 - FONE:3350-1616 - CURITIBA - PARANÁ - BRASIL