

Procedência: Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais

Interessado: Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais

Número: 14.720

Data: 22 de novembro de 2006

Ementa:

CONVÊNIOS, ACORDOS E INSTRUMENTOS CONGÊNERES. ANTERIORIDADE À LEI FEDERAL Nº 8.666/93 OU BAIXA RELEVÂNCIA ECONÔMICA. RESOLUÇÃO COM AUTORIZAÇÃO GENÉRICA DE ARQUIVAMENTO PRELIMINAR SEM EXAME DE MÉRITO. NÃO CABIMENTO. INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO PRESENTE CONCRETAMENTE NA ESPÉCIE.

Relatório

Trata-se de ofício encaminhado pelo ilustre Secretário de Estado de Saúde de Minas Gerais a propósito da “prestação de contas de convênios, acordos e instrumentos congêneres anteriores à data da publicação da Lei nº 8.666/93, que compromete a demonstração da materialidade de eventuais irregularidades ou omissões incorridas pelos convenientes, para fins de instauração de tomadas de contas especial, bem como aquelas de pequena relevância econômica, em virtude do desequilíbrio na relação custo/benefício”.

Foi elaborada minuta de resolução propondo arquivamento dos referidos processos de prestação de contas sem julgamento do mérito pela Secretaria da Saúde com base “nos princípios da economia processual, razoabilidade e eficiência, e na busca pela racionalização administrativa, de forma a priorizar os processos mais recentes e de relevantes valores econômicos”, ao que acresce a Ordem de Serviço nº 02/1997 do TCEMG que prevê o arquivamento de processos anteriores ao advento da Lei Federal nº 8.666/93.

É o breve relatório. Passo a opinar.

Parecer

O cerne da matéria em discussão é a possibilidade de, em norma administrativa veiculada por Resolução da SES, o Estado de Minas Gerais renunciar ao controle de legalidade de determinados procedimentos

administrativos, ou em razão do pequeno valor das despesas realizadas, ou em face do seu caráter prévio à Lei Federal nº 8.666/93. Para tanto, é mister compreender a repercussão, neste caso, do princípio da indisponibilidade do interesse público, decorrente da supremacia do interesse da coletividade em face do interesse privado.

Clássica é a posição que proclama a legalidade, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público como princípios fundantes do mencionado regime (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Curso de Direito Administrativo”, 15ª edição, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 48-49; 90-91). Buscando explicitar o sentido da indisponibilidade, como “pedra de toque” do regime jurídico administrativo, trazemos a lume as valiosas lições do professor Manoel Messias Peixinho:

“Neste princípio, o que é mais importante salientar é que o administrador público não pode gerir o Estado desvinculado do interesse público. Indisponibilidade dos interesses públicos quer dizer obediência obsequiosa aos direitos fundamentais e aos valores constitucionais eleitos pelo constituinte embrionário. Indisponibilidade, no contexto do direito administrativo, não só é ato de não poder dispor com liberdade dos deveres entregues à tutela do administrador, mas, e isto é fundamental anotar, é dever de prover a coisa pública com equidade, isonomia, publicidade, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, enfim, com todos os demais princípios explícitos e implícitos, enraizados no direito administrativo, que são afluentes do princípio da indisponibilidade do interesse público.” (Os Princípios da Constituição de 1988. Organizadores: Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 462-463.)

É lugar comum afirmar que a Administração não titulariza os interesses públicos, premissa da qual decorre a indisponibilidade de tais interesses pelo agente encarregado de, na sua gestão, protegê-los. Os órgãos e entidades estatais são meros instrumentos da necessária realização da função administrativa em cujo exercício são concretizados os fins superiores destinados ao benefício social.

Referida restrição vincula os agentes da Administração Pública, inclusive os responsáveis pela apresentação dos entes públicos em suas relações administrativas e processuais, como bem elucida Antônio José dos Reis Júnior em artigo publicado na Revista de Doutrina do TRF da 4ª Região¹:

”Diz-se advocacia pública aquela que aconselha ou patrocina interesses de pessoas jurídicas de direito público, interesses em que prevalece não a vontade do agente, mas a da coletividade consagrada no ordenamento constitucional ou legal. (conf. SESTA, Mário Bernardo – A Advocacia de Estado. Posição Institucional. Revista de Informação Legislativa, nº 117, p. 191). Por tal circunstância, são esses interesses superiores aos dos particulares e indisponíveis pelos respectivos gestores, configurando regime jurídico que extrapola os limites administrativos para impregnar o regramento processual...

(...) O princípio da indisponibilidade dos interesses públicos consiste na impossibilidade de o administrador agir segundo sua vontade, mas, ao contrário, restringir-se ao regulado no ordenamento jurídico, daí decorrendo os princípios da legalidade, da moralidade, da publicidade, da impessoalidade, e tantos outros em que se evidencie o princípio democrático de atendimento segundo critérios e normas uniformes e impessoais, não favorecendo nem perseguindo grupos ou pessoas, mas atendendo ao que o legislador, no exercício de sua competência, interpretou como o abstrato interesse da coletividade.”

Destarte, é dever de todo agente público agir no sentido de implementar da forma mais eficaz possível os interesses ao encargo dos órgãos e entidades administrativas. Rechaça-se qualquer omissão ou condescendência indevida à luz do “bloco de legalidade” que constitui o princípio da juridicidade.

O que a doutrina atual do Direito Administrativo tem advertido é a necessidade de se entender a indisponibilidade do interesse público não sob o prisma exclusivamente econômico, de modo absoluto. Afasta-se a possibilidade de o critério financeiro prevalecer de forma pontual e isolada, desconectado das demais necessidades públicas. Assim sendo, exclui-se a possibilidade de se falar

¹http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao013/Antonio_Junior.htm

em um princípio da indisponibilidade absoluto sob o ponto de vista financeiro, sendo certa a possibilidade de ponderar direitos patrimoniais em face de outros interesses do Estado.

Ao tratar do assunto em face da possibilidade de acordos firmados pela Administração Pública, Marcos Juruena Villela Souto sustenta que o argumento de que o princípio da indisponibilidade do interesse público impede transações e agilização da solução do conflito merece ser revisto à luz da idéia de legitimidade pelo processo, mesmo porque constitui relevante ponto para a redução do risco envolvido a demora da prestação jurisdicional (Direito Administrativo das Parcerias, Rio de Janeiro, Lumen, 2005, p. 44). Ora, se é certo que o recurso ao Judiciário pode aumentar a noção de risco em se tratando de relações contratuais, o que deve ser ponderado no exame da admissibilidade da via adequada para solução de eventuais conflitos, é manifesto ser questionável submeter a controle de legalidade procedimentos sem nenhum potencial de eficácia relativamente à proteção da juridicidade, nem mesmo à recomposição do bem comum.

O Procurador Federal Flavio Kiroshi Kubota invoca a lição de Diogo Figueiredo Moreira Neto para asseverar que

“... distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência, havendo, inclusive, o interesse público de compor os conflitos de interesse” (Análise acerca da utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública e em Parcerias Público-Privadas, artigo capturado em 14.11.06 no endereço:https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_julho_2005/FlavioHiroshi_AnaliseAcerca daUtilizacaodoInstituto.pdf)

Não se invoque a ausência de uma autorização legal explícita e específica como óbice intransponível ao reconhecimento a eventual entendimento normativo que dispense o controle de legalidade. Em primeiro plano, é mister compreender a legalidade como juridicidade (MORAES, Germana de Oliveira. Controle Judicial da Administração Pública, 2ª ed., São

Paulo, *Dialética*, 2004, p. 31). Isto implica considerar o direito como um sistema constituído por um conjunto de normas constitucionais principiológicas e específicas, expressas e implícitas, às quais se acrescem as regras legais, bem como as normas administrativas vigentes, todas com força coercitiva direta na realidade estatal. Com base no escólio de Luis Cosculluela Montaner, Edilson Pereira Nobre Júnior assinala que a legalidade “alcançou sentida evolução, traduzindo hoje, em sua essência, a necessidade de que todos os Poderes Públicos se achem submetidos ao Direito, com a necessária lembrança de que tal vinculação respeita ‘a todo o bloco de legalidade, inclusive aos princípios gerais do Direito, positivados ou não na Constituição e nas leis’.” (“O Princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 134)

Assim sendo, evidenciado que, diante de um caso concreto, a moralidade, a razoabilidade e o interesse público em sentido amplo tornam indispensável determinada conduta comissiva ou omissiva, considera-se tal comportamento como obrigatório e inafastável. Conseqüentemente, a ausência de regra específica e expressa que o autorize não implica impossibilidade automática de tomar tal decisão.

Quanto à suposta renúncia, pela Administração, de direito indisponível, certo é que o comportamento omissivo ou comissivo do Estado pode significar o meio eficiente de solução dos interesses sociais. Para Gustavo Binbenbojm, trata-se de um poder implícito ao dever de bem administrar o patrimônio público e promover o interesse público, sendo certo que já foi abandonada a idéia do princípio da legalidade como vinculação positiva à lei. Há inúmeros campos em que se reconhece à Administração uma série de poderes implícitos ao dever de bem administrar. (*Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, número 2, maio/junho/julho de 2.005)

Não se entende que o administrador arvora-se em legislador quando reconhece a impossibilidade absoluta de eficácia no controle, se esta já decorre do ordenamento, tendo em vista a aferição da juridicidade que se lhe impõe no exercício das suas atribuições. As especificidades do princípio da eficiência podem admitir, em face do princípio da supremacia do interesse público, deslocar o juízo pertinente ao cabimento do controle para momento prévio, de modo a entender cabível arquivamento sem julgamento do mérito.

O cuidado indispensável é, no exercício de tal tarefa, principalmente quando se trata da elaboração de norma veiculada por

Resolução, de não contribuir ou viabilizar que seja descumprida a observância mínima da ordem jurídica essencial à harmonia e estabilidade processual. Os argumentos da celeridade e de economicidade não podem ensejar ofensa a princípios de mesma relevância como a supremacia do interesse público, a moralidade e a autotutela administrativa. Ademais, clara é a impossibilidade de se perpetuar a impunidade que vem constringendo a sociedade brasileira e as instituições públicas há décadas.

Arquivar indiscriminadamente procedimentos administrativos não pode significar omissão em repudiar a inércia irresponsável do Estado no exercício das suas funções, pelo que se impõe ao Poder Público, em cada caso, aferir a presença, ou não, de infrações aptas a ensejar ou excluir o arquivamento sem julgamento do mérito. Com efeito, tornar factível o controle de legalidade evitando o desperdício de esforços administrativos, em situações com baixo potencial de efetiva proteção do interesse público, não pode significar renúncia preliminar, genérica e sem condições objetivas de exercício da autotutela imposta como obrigatória aos órgãos e entidades da Administração. Assim decorre da própria incidência dos princípios da efetividade administrativa, da moralidade e da proporcionalidade.

Especificamente na hipótese em comento, é mister aferir se o simples fato de convênios, acordos e instrumentos congêneres apresentarem valor inferior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais), para despesas de custeio, e R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para despesas de investimento, justifica o afastamento do dever de o Estado controlar a prestação de contas, sem apreciação do mérito dos gastos realizados.

Cumprir advertir, preliminarmente, que o arquivamento sem qualquer exame meritório traz insito o risco de o Estado não perceber a pulverização de valores em instrumentos vários e sucessivos, até mesmo em um único exercício financeiro, com o objetivo, inclusive, de evitar o controle eficaz das despesas. Outrossim, não se pode ignorar que, mesmo em convênios de baixa relevância econômica podem ocorrer desvios sérios, aptos a evidenciar a presença de atos de improbidade administrativa e de ilícitos penais que exijam a intervenção do Ministério Público, realidades perceptíveis pela Administração somente diante da análise meritória dos indícios colacionados durante a prestação de contas.

Do mesmo modo que não se pode reduzir à significação econômica o sentido da indisponibilidade, o baixo montante dos gastos realizados não

serve, por si só, para excluir o interesse da sociedade em aferir a sua regularidade e legitimidade. É possível que em um convênio, acordo ou instrumento congênere de valor ínfimo haja um comprometimento significativo de princípios e normas fundamentais do ordenamento capaz de tornar imperiosa a autotutela da Administração a quem caberá deflagrar, ainda, as outras vias de controle estatal.

Quanto à anterioridade dos mencionados instrumentos em face da Lei Federal nº 8.666/93, cumpre observar que não foi o Estatuto de 1993 o primeiro diploma federal de âmbito nacional que trouxe normas a serem observadas pelos signatários de convênios. Com efeito, o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, cujas normas gerais aplicavam-se aos Estados, Municípios e Distrito Federal (artigo 85), dispunha em seu artigo 83:

“Art. 82. Os órgãos e entidades da Administração quando celebrarem convênios, acordos, ajustes, protocolos ou consórcios, observarão as disposições deste decreto-lei, no que couber.”

À obriedade, havia um conjunto normativo prévio à Lei nº 8.666 regulatório dos convênios, dos acordos e dos instrumentos congêneres, não sendo lícito renunciar genérica e preliminarmente à fiscalização da sua observância, sem qualquer exame de mérito.

É verdade que o princípio da segurança jurídica tem sido invocado como pilar de sustentação da ordem administrativa e da estabilidade das relações jurídicas. Uma população afetada por intensas transformações econômicas, políticas e sociais exige do Poder Público perseguir e promover um mínimo de quietude e firmeza nas relações jurídicas, sob pena de acirramento no fenômeno dos conflitos contemporâneos. Trata-se de uma limitação vinculante do próprio Estado que é essencial à sua caracterização como Democrático de Direito.

Este entendimento tem sido utilizado para limitar a revisibilidade dos atos estatais e para estabelecer prazos decadenciais ao exercício de competências públicas, como a autotutela administrativa, ao argumento de que, por vezes, a invalidação de um ato e a supressão dos efeitos dele decorrentes pode causar maior prejuízo ao interesse social do que sua manutenção. Não se entende, contudo, que tal raciocínio pode ser realizado de forma genérica, desvinculado de uma realidade específica, exclusivamente com o objetivo de autorizar a renúncia preliminar de um dever do Estado. Com a devida vênia, não

se compreende que o simples passar do tempo pode, por si só, implicar abandono do dever de controle da Administração, até mesmo considerando-se as discussões a propósito da imprescritibilidade e não decadência quando da prática de atos de má-fé ou em face de inconstitucionalidades ou diante de condutas caracterizadoras de tipos penais.

Principalmente quando se trata de medidas de controle de despesas de custeio e investimentos oriundas de convênios e instrumentos congêneres, é tão iníquo restringir o Direito Administrativo à legalidade estrita e à supremacia do interesse público quanto ignorar tais paradigmas em favor, exclusivamente, da segurança jurídica ou pacificação social. Excludências são danosas ao interesse da sociedade pouco importa o lado a que tende o pêndulo principiológico do Direito Administrativo.

Destarte, não se entende que frustra os objetivos penais, administrativos e sociais o controle de convênios, acordos e instrumentos congêneres anteriores à Lei Federal nº 8.666 ou que apresentarem valor inferior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais), para despesas de custeio, e R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para despesas de investimento, por não se entender o exame, inclusive de mérito, como medida preliminarmente inócua e contrária ao interesse público primário. Afinal, vislumbra-se que movimentar a estrutura administrativa, aqui, traz em seu bojo potencial resultado positivo, considerando-se os reais interesses da sociedade moderna, sendo temerária a imposição, em sede de Resolução da SES, da dispensa do exercício do controle.

Não se ignora as dificuldades por que passa a estrutura da Administração Pública, assoberbada por demandas múltiplas, principalmente na área da saúde, em flagrante paradoxo com as limitações de infra-estrutura e de recursos orçamentários disponíveis. Referido quadro exige sim a racionalização dos esforços do Poder Público, sob pena de sacrificar os interesses da população em favor de searas pouco relevantes para a sociedade. No entanto, impõe-se o cuidado de evitar os riscos de, ao buscar necessária racionalização, terminar o Estado por renunciar ao exercício de poder-dever essencial para a população.

Conclusão

Pelas razões expostas, opino pela não aprovação da minuta de resolução que prevê o arquivamento, sem apreciação de mérito, da prestação de contas de convênios, acordos e instrumentos congêneres anteriores a 21.06.93,

data de publicação da Lei Federal nº 8.666/93, e daqueles cujo valor seja inferior a R\$ 8.000,00, para despesas de custeio, e R\$ 15.000,00, para investimento.

À superior consideração.

Belo Horizonte, 17 de novembro de 2006.

Raquel Melo Urbano de Carvalho

Procuradora do Estado

MASP 598.213-7 - OAB/MG 63.612