

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL - UNISC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

Gabriela Trindade Choaire

**QUALIDADE E EFICIÊNCIA NAS OBRAS PÚBLICAS: LIMITES E
POSSIBILIDADES EM SEU CONTROLE**

Santa Cruz do Sul
2020

CIP - Catalogação na Publicação

Choaire, Gabriela

Qualidade e eficiência nas obras públicas: limites e possibilidades em seu controle / Gabriela Choaire. – 2020.

136 f. ; 0 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2020.

Orientação: Prof. Dr. Janriê Reck.

1. As obras públicas como instrumento de realização de políticas públicas dentro do Estado Democrático de Direito. 2. Controle da Administração Pública e princípio da eficiência. 3. A jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul no controle das obras públicas municipais. I. Reck, Janriê. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UNISC com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Gabriela Trindade Choaire

**QUALIDADE E EFICIÊNCIA NAS OBRAS PÚBLICAS: LIMITES E
POSSIBILIDADES EM SEU CONTROLE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direito. Área de Concentração em Direitos Sociais. Linha de pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.”

Orientador: Prof. Dr. Janriê Rodrigues Reck.

Santa Cruz do Sul

2020

Gabriela Trindade Choaire

**QUALIDADE E EFICIÊNCIA NAS OBRAS PÚBLICAS: LIMITES E
POSSIBILIDADES EM SEU CONTROLE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direito. Área de Concentração em Direitos Sociais. Linha de pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.”

Orientador: Prof. Dr. Janriê Rodrigues Reck.

Dr. Janriê Rodrigues Reck
Professor Orientador – UNISC

Dra. Denise Bittencourt
Professora examinadora - UNISC

Dra. Ligia Maria Silva Melo de Casimiro
Professora examinadora – Membro Externo

Santa Cruz do Sul

2020

AGRADECIMENTOS

Desde cedo fui instruída de que o conhecimento é o legado que não nos é tirado, nunca. Logo, fui incentivada a buscar, sempre, pelo aperfeiçoamento daquilo que levaria comigo: o estudo. Esta valiosa lição me foi dada por meus pais, que além de priorizarem todos os recursos possíveis na busca pelo meu aprimoramento, fizeram-se presentes, físico e emocionalmente. Logo, não poderia deixar de agradecer a eles, meus exemplos e maiores incentivadores – tenho a certeza de que se não fosse por vocês não teria alcançado o momento em que vivo atualmente.

De igual forma, agradeço a meu irmão, que me fez enxergar a importância de ignorar o receio de algo novo para dar lugar à oportunidade de tentar e, com a ajuda e motivação dele, conseguir.

Não posso deixar de agradecer, igualmente, às amigas que me acompanham desde sempre e às amigas que fui conhecendo ao longo desta jornada: Maritana, Cássia e Daianne – que grata surpresa obter com esta experiência, além de conhecimento, pessoas especiais que faço questão de levar comigo.

Aos funcionários e professores do curso de Mestrado em Direito da UNISC, especialmente à professora Denise, que acreditou na minha capacidade e disponibilizou-se a elaborar comigo um projeto para que encaminhasse à seleção e, com sucesso, garantir a vaga junto ao programa. Agradeço, ainda, a parceria e as lições acadêmicas.

Finalmente, agradeço ao meu professor e orientador Janriê, pelas aulas incríveis, pela paciência, pelas orientações e colaboração nesta caminhada – este trabalho é fruto de uma ideia, aperfeiçoada com um pouco do vasto conhecimento que por ele me foi dado.

RESUMO

Esta pesquisa tem por escopo investigar o controle de qualidade e eficiência das obras públicas no âmbito Municipal. O objetivo é identificar quais os alcances e possibilidades do controle de qualidade e eficiência destas obras. O problema que permeia esta pesquisa é o seguinte: a partir da jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é possível encontrar elementos que indiquem o uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais? A hipótese é a de que a partir da jurisprudência tanto do Tribunal de Justiça quanto do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul verifica-se que os elementos “eficiência” e “qualidade” não são levados em conta. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e legislativa, adotando-se o método hipotético-dedutivo, que se consubstancia pela verificação de uma lacuna de conhecimento, sobre a qual se elabora a hipótese de que os elementos “eficiência” e “qualidade” não são levados em conta no controle das obras públicas municipais, a ser testada a partir da inferência dedutiva. Como método de procedimento, utilizou-se o comparativo, através da seleção de jurisprudências, tanto no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, quanto no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para comparação entre elas e o que prevê o texto legal e a doutrina. A conclusão confirmou a hipótese de que no período compreendido entre 25 de agosto de 2016 a 25 de agosto de 2018, a partir da análise das jurisprudências tanto do Tribunal de Contas do Estado, quanto do Tribunal de Justiça do Estado, os elementos “eficiência” e “qualidade” não foram levados em conta no controle das obras públicas municipais. A pesquisa foi desenvolvida a partir dos trabalhos realizados no grupo de pesquisa Estado, Administração Pública e Sociedade, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul.

Palavras-chave: obras públicas; qualidade; eficiência; limites; controle.

ABSTRACT

This research aims to investigate the quality control and efficiency of public works in the municipal scope. The objective is to identify the scope and possibilities of quality control and efficiency of these works. The problem that permeates this research is as follows: from the jurisprudence of the State Court of Auditors and the Court of Justice of Rio Grande do Sul is it possible to find elements that indicate the use of efficiency and quality as a parameter in the control of municipal public works? The hypothesis is that from the case-law of both the Court of Justice and the Court of Auditors of the State of Rio Grande do Sul it is found that the elements "efficiency" and "quality" are not taken into account. For this, a bibliographical and legislative research was carried out, adopting the hypothetical-deductive method, which is based on the verification of a knowledge gap, on which the hypothesis is elaborated that the elements "efficiency" and "quality" are not taken into account in the control of municipal public works, to be tested from the deductive inference. As a method of procedure, the comparison was used, through the selection of jurisprudence, both in the Court of Auditors of the State of Rio Grande do Sul, and in the Court of Justice of Rio Grande do Sul, for comparison between them and what the legal text and doctrine provide. As a method of procedure, the comparison was used, through the selection of jurisprudence, both in the Court of Auditors of the State of Rio Grande do Sul, and in the Court of Justice of Rio Grande do Sul, for comparison between them and what the legal text and doctrine provide. The conclusion confirmed the hypothesis that in the period from 25 August 2016 to 25 August 2018, based on the analysis of the case-law of both the State Court of Auditors and the State Court of Justice, the elements "efficiency" and "quality" were not taken into account in the control of municipal public works. The research was developed from the work carried out in the research group State, Public Administration and Society, of the Graduate Program in Law of the University of Santa Cruz do Sul.

Keywords: public works; quality; efficiency; limits; control.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	AS OBRAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DENTRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	11
2.1	Estado Democrático de Direito, Município e suas políticas, serviços e obras.....	11
2.2	As políticas públicas Municipais e as obras como instrumento para sua realização.....	27
2.3	O processo de realização e entrega das obras públicas.....	37
3	CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	45
3.1	Constitucionalismo contemporâneo e princípio da eficiência.....	45
3.2	O controle da Administração Pública via tribunal de contas.....	52
3.3	O controle jurisdicional da Administração Pública	60
4	A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NO CONTROLE DAS OBRAS PÚBLICAS MUNICIPAIS.....	72
4.1	Metodologia de análise.....	72
4.2	Análise dos dados coletados.....	78
4.3	O uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais.....	90
5	CONCLUSÃO.....	102
6	REFERÊNCIAS.....	129

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação versa sobre os limites e possibilidades do controle de qualidade e eficiência das obras públicas no âmbito municipal, com abordagem de seu aspecto disciplinar, cujo objetivo é o estudo do tema na esfera do direito constitucional e administrativo, aliado à ciência política. Igualmente, com abordagem de seu aspecto temporal, com marco inicial no ano de 1988, com a Constituição Federal, além do estudo das decisões do Tribunal de Contas e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul dos últimos dois anos.

Inicialmente, com relação ao aspecto científico, salienta-se que o tema é pouco explorado, isto porque a ciência do direito pouco preocupou-se em estudar os limites e possibilidades do controle de qualidade e eficiência das obras públicas no âmbito municipal. Para além do aspecto científico, ressalta-se a importância das obras públicas tanto no aspecto econômico, quanto no lazer e comodidade.

No aspecto econômico chama-se atenção para os efeitos da paralisação de uma obra: impacto direto sobre os trabalhadores de todos os níveis envolvidos no projeto, a empresa contratada, a cadeia de subcontratados e fornecedores de bens e serviços, além de afetar a contribuição ao Estado sob a forma de tributos e outros pagamentos aos entes governamentais. Quanto ao lazer e comodidade tem-se as praças, por exemplo, aliadas à drenagem e pavimentação de ruas, creches e iluminação pública, entre outras.

Já no que concerne à relação do tema objeto do estudo e o seu reflexo para a sociedade, parte-se do princípio de que a partir do momento em que as obras públicas são tidas como instrumento de realização de políticas públicas dentro do Estado Democrático de Direito, quando não são realizadas da maneira como deveriam, a sociedade é a maior prejudicada, razão pela qual tal estudo é necessário: para verificar como o não uso dos elementos elencados prejudica na perfectibilização da execução das obras públicas municipais e, conseqüentemente, acarreta prejuízos à população.

Abrangido pela linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, o tema deste estudo relaciona a questão das obras públicas com o que prevê a Carta Magna, uma vez que referida linha de pesquisa possui foco na Teoria Geral do Estado e na Teoria Geral dos Direitos e Garantias Fundamentais (assuntos indissociáveis), bem como aborda a evolução histórica do constitucionalismo antigo até o contemporâneo.

Assim, uma vez que sempre houve a ideia de uma norma jurídica suprema que trouxesse a estruturação do Estado, necessário veicular o controle da atividade administrativa para consecução dos direitos fundamentais à Constituição Federal.

Optou-se pelo tema por ter, o mesmo, vinculação com a expertise do professor/orientador Janriê Rodrigues Reck, que possui como linha de pesquisa a inteligência entre direito administrativo social e o Estado Democrático de Direito. Ademais, a pesquisa aqui realizada contextualiza-se no Estado Democrático de Direito ao abordar o controle da atividade administrativa para consecução dos direitos fundamentais.

Logo, o objetivo desta dissertação é investigar o uso da eficiência, qualidade ou conceitos afins como parâmetro de controle da Administração Pública, mais especificamente com relação às obras públicas municipais, pelo TCE e pelo TJRS. Para tanto, a mesma será dividida em três capítulos a fim de estudar as obras públicas como instrumento de realização de políticas públicas dentro do Estado Democrático de Direito; verificar o controle da Administração Pública e o princípio da eficiência; e analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul no controle das obras públicas municipais.

O problema que permeia esta pesquisa é o seguinte: a partir da jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é possível encontrar elementos que indiquem o uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais? A hipótese é a de que a partir da jurisprudência tanto do Tribunal de Justiça quanto do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul verifica-se que os elementos “eficiência” e “qualidade” não são levados em conta.

Para a abordagem do tema, optou-se pelo método hipotético-dedutivo, que se consubstancia pela verificação de uma lacuna de conhecimento, sobre a qual se elabora a hipótese de que os elementos “eficiência” e “qualidade” não são levados em conta no controle das obras públicas municipais, a ser testada a partir da inferência dedutiva. O método hipotético-dedutivo se justifica por ser necessário o aprofundamento das consequências da não utilização de tais parâmetros.

Como método de procedimento, utilizou-se o comparativo, através da seleção de jurisprudências, tanto no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, quanto no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para comparação entre elas e o que prevê o texto legal e a doutrina.

Como fora mencionado anteriormente, o trabalho estrutura-se em três capítulos. No primeiro deles, a pesquisa dedica-se a contextualizar as obras públicas como instrumento de realização de políticas públicas dentro do Estado Democrático de Direito. Para tanto, faz-se um estudo pormenorizado acerca do Estado Democrático de Direito, Município e suas políticas, serviços e obras; em seguida, são abordadas as políticas públicas Municipais e as obras públicas como instrumento para sua realização; ao final, verifica-se como se dá o processo de realização e entrega das obras públicas.

O segundo capítulo versa sobre o controle da administração pública e princípio da eficiência. Acredita-se ser este um dos pontos mais relevantes desta dissertação, vez que a partir do estudo do princípio da eficiência será possível verificar, quando da pesquisa jurisprudencial, se o mesmo está sendo utilizado como parâmetro nas decisões acerca das questões envolvendo obras públicas. Assim, neste capítulo verifica-se a relação entre o constitucionalismo contemporâneo e o princípio da eficiência, como é feito o controle da Administração Pública via Tribunal de Contas, bem como o controle jurisdicional da Administração Pública, sendo aquele realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Finalmente, no terceiro e último capítulo, é feito o cotejamento da jurisprudência, tanto do Tribunal de Contas do Estado, quanto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com o estudo realizado nos capítulos anteriores, a fim de averiguar o uso da qualidade e da eficiência como parâmetro nas decisões acerca das obras públicas municipais. Então, inicialmente, especifica-se a metodologia de análise utilizada, bem como a análise dos dados coletados: decisões de ambos os tribunais, compreendidas no período abrangido entre 25 de agosto de 2016 e 25 de agosto de 2018. Por fim, é feita a constatação acerca do uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais, conceituando-se, em princípio, qualidade no setor público e, posteriormente, realizando-se a análise da sua utilização, atrelada ou não ao princípio da eficiência, ao julgar processos relacionados às obras públicas municipais.

Pelas razões elencadas, por guardar especial relevo à sociedade, bem como pela aproximação com o direito público, considera-se extremamente relevante a abordagem deste tema.

2 AS OBRAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DENTRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 Estado Democrático de Direito, Município e suas políticas, serviços e obras

No dia 05 de outubro do ano de 1988, a nova constituição brasileira foi promulgada por Ulisses Guimarães, então presidente da Assembleia Constituinte. Tal constituição, denominada de Constituição Cidadã, caracteriza-se por seu viés democrático, pois apresenta maior preocupação com a concretização dos direitos humanos e fundamentais.

Conforme ensina Gorczewski (2009, p. 205), não há como negar o conteúdo revolucionário da Constituição de 1988, por tratar, de forma muito avançada, dos direitos humanos, colaborando com o surgimento de um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais. Assim, com a Constituição Federal, surgiu no Brasil o Estado Democrático de Direito, com fundamento na cidadania e na dignidade da pessoa humana.

É impossível pensar, na atualidade, o exercício de qualquer poder, especialmente o Poder Público, sem ter por norte o respeito e a construção de um regime de efetiva realização dos direitos fundamentais, motivo pelo qual o quadro dos direitos fundamentais se integra ao modelo de qualquer Constituição Democrática.

Neste viés, a Constituição de 1988 caracteriza-se por ser analítica, programática, dirigente e pluralista. Analítica, no sentido de que, ao invés de se limitar a veicular princípios fundamentais e estruturais do Estado (como as constituições sintéticas), ela regula, de forma detalhada, também outras matérias, fornecendo diretrizes aprofundadas ao legislador infraconstitucional¹; programática e dirigente, uma vez que o artigo 5º, §1º prevê a aplicação imediata dos dispositivos referentes aos direitos fundamentais; pluralista por contemplar direitos sociais e políticos. E sobre o caráter pluralista assumido pela Constituição, Sarlet (2001, p. 71-86) observa que “no texto se percebe posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, mas fruto de

¹ Carbonell (2000) expressa que o constitucionalismo se caracteriza por ser um instrumento contramajoritário, que limita o poder dos legisladores para tomar decisões, especialmente ao regulamentarem um rol de direitos fundamentais que não podem ser modificados, e pelo controle de constitucionalidade.

fortes pressões políticas resultantes das tendências envolvidas no processo constituinte”.

Todavia, as disposições contidas na Constituição de 1988, também conhecida por Constituição Cidadã, ainda não obtiveram os resultados esperados, tendo em vista o fato de que cada vez mais o aspecto econômico opõe-se em detrimento do social. Outrossim, a globalização também se apresenta como um agravante desta situação, assim como o neoliberalismo, com a proposta de enxugamento do Estado, com a mínima intervenção estatal deixando os grandes grupos econômicos à vontade para impor sua lógica de mercado. Isto, porque o Estado Democrático de Direito requer uma postura interventiva do Poder Público, atuando positivamente para efetivação e concretização das normas constitucionais, a fim de amenizar essa característica de país injusto que acompanha o Brasil desde a chegada dos portugueses.

É evidente que cabe ao Estado a função de garantir a realização dos direitos fundamentais sociais, sendo necessário, conseqüentemente, um Estado forte, que regule, eficientemente, as relações sociais. Neste sentido, para Roth (1996, p. 18), a crise explica-se pelo fenômeno da globalização, em que o “Estado Nacional já não está em capacidade de impor soluções, seja de um modo autoritário, ou seja, por negociação com os principais atores sócio-políticos nacionais, aos problemas sociais e econômicos atuais”.

Para Comparato (2003, p. 98), o Estado brasileiro vive momentos históricos decisivos: ou haverá capacidade para transformá-lo, instituindo poderes incumbidos de dirigir de modo racional e democrático as transformações sociais, ou o povo sucumbirá na desintegração social.

Frisa-se: quando se fala em Estado Democrático de Direito, fala-se, essencialmente, em preocupação com sua função social e com a igualdade. Por tal razão, apresenta-se como elemento crucial a cidadania, a qual coloca os cidadãos como detentores de direitos civis, sociais e políticos. Ou seja, o Estado é responsável pela implementação e instrumentalização dos mecanismos necessários à efetivação dos direitos fundamentais, bem como do exercício da cidadania.

O direito público e o direito privado mantêm uma constante inter-relação no momento em que enfatizam a cidadania e a participação popular, objetivando a promoção da democracia baseada na soberania popular. Neste aspecto, as questões públicas não pertencem apenas ao Estado, assim como as questões privadas não dizem respeito apenas aos indivíduos. Conseqüentemente, o Estado Democrático de

Direito nada mais é do que uma organização política regulada pelos princípios constitucionais de liberdade, igualdade e justiça social, e a lei passa a ser um instrumento a serviço da sociedade, a fim de transformar e reorganizar as relações sociais.

Assim, ao passo que o Estado assume novas finalidades, o ente assume, também, novas características, motivo pelo qual a tradicional separação dos poderes não tem mais validade, uma vez que no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário passa a ser mais atuante, mais presente nas decisões da sociedade. Streck (2007, p. 100) faz a seguinte análise a respeito das funções assumidas pelo Estado Democrático de Direito:

[...] quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do status quo. A lei aparece como instrumento da transformação da sociedade não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais.

Salienta-se que no Estado Democrático de Direito um dos principais objetivos do Estado é a efetivação da justiça social, a qual está intimamente ligada à realização dos direitos fundamentais e à eliminação das desigualdades sociais. Como forma de garantir segurança e certeza jurídica, toda ação estatal no Estado Democrático de Direito deve ser com base em princípios constitucionais, razão pela qual o direito assume um caráter participativo para abranger tanto os direitos de terceira dimensão, quanto os direitos de primeira e segunda dimensão. Neste sentido, Cittadino (2007, p. 61) traz a necessidade do patriotismo constitucional ancorar-se em uma concepção de cidadania democrática que seja capaz de gerar solidariedade entre estranhos, a partir da ideia de Habermas de que as democracias contemporâneas não podem se organizar em torno de valores centrais.

Importante recordar, aqui, que os direitos de terceira dimensão estão ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano. Com esse paradigma, a comunidade desempenha papel de extrema relevância e a cidadania é concebida como um instrumento de atuação fundamental para a tomada de decisões. Então, é necessária a existência de um regime

democrático em condições de conviver com os ideais de cidadania, participação popular, justiça, igualdade e liberdade para que a construção de um Estado Democrático de Direito se faça legítima.

Conforme Araújo (1997, p. 26), a Constituição de 1988, ao introduzir o modelo do Estado Democrático de Direito, introduziu, também, elementos essenciais à concretização desse modelo:

Nesse sentido, o constituinte brasileiro de 1988, ao se definir pelo Estado Democrático de Direito, propôs um modelo de organização política na qual se deve levar em conta a liberdade, a igualdade, o pluralismo político e a justiça social.

O grande problema que aflige o Estado Democrático de Direito, atualmente, dá-se na efetividade dos dispositivos constitucionais. A Constituição Federal de 1988, conhecida por Constituição Cidadã, comprometeu-se em resgatar demandas históricas da sociedade, tais como saúde e meio ambiente, mas, até o momento, não foi possível operacionalizá-las eficientemente. Nesse sentido, procede a afirmação de Sarmiento (2004, p. 391), para quem “não basta que o voluntarismo de um texto constitucional prometa utopicamente mundos e fundos, pois do papel à realidade concreta medeia uma distância que muitas vezes não há como transpor”.

E é neste momento que surgem as políticas públicas. Partindo do princípio de que o voluntarismo do texto constitucional é insuficiente, inicia-se a busca por elementos para concretização de direitos fundamentais, tais como saúde e meio ambiente. Percebe-se, assim, que a função do princípio democrático nada mais é do que dar legitimidade ao próprio Direito, uma vez que só pode ser considerado legítimo o direito democrático.

Assim, tidas como conjuntos de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado, direta ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar determinado direito de cidadania, de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico, as políticas públicas correspondem a direitos assegurados constitucionalmente. Via de regra, estão constituídas por instrumentos de planejamento, execução, monitoramento e avaliação, encadeados de forma integrada e lógica. Neste sentido, quando se fala em obra pública e política pública tem-se o encadeamento das políticas públicas através de programas que estabelecem objetivos gerais e específicos focados em determinado tema, público, conjunto institucional ou área geográfica.

Faz-se necessário, aqui, referir o ensinamento de Schmidt (2018, p. 123):

“O conceito de política pública como resposta a problemas políticos consolidou-se a partir da obra de David Easton (1968). Sua concepção sistêmica consagrou a lógica input-output, que pode ser resumida assim: a) os inputs são as demandas e apoios provenientes do ambiente social; b) o sistema político (instituições, agentes) processa esses inputs; c) os outputs são as políticas públicas adotadas, na forma de decisões e ações; d) há um processo de retroalimentação entre inputs e outputs”.

Suplantada a abordagem acerca do Estado Democrático de Direito, necessário apontar a relação entre o Constitucionalismo e os Municípios para, posteriormente, abordar a questão de serviços públicos. Neste contexto, importante lembrar que, ao longo da história republicana, em geral, as constituições brasileiras sempre ressaltaram uma condição de autonomia com relação aos municípios. Logo, o estudo da criação desses entes administrativos no País deve ter por início o texto constitucional, mesmo porque verificar os princípios constitucionais da ordem jurídica a que se pertence deve ser, sempre, o ponto de partida de um estudo sério sobre qualquer assunto que se queira abordar.

No que diz respeito à autonomia conferida aos municípios, constitucionalmente se verificam, em suma, poucas alterações em um comparativo entre as constituições de 1824 e 1891, embora esta última tenha feito referência expressa à autonomia municipal, o que acarretou a discussão sobre pertencimento ou não dos municípios à federação. Já a Constituição de 1934 garantiu um plexo de autonomia aos entes locais, sendo, entretanto, sufocada pela de 1937; em 1946, houve um ressurgimento do poder municipal, o qual se manteve até 1964, que também limitou as potencialidades do poder local até a democratização de 1988, quando o município passou a exercer posição de verdadeira autonomia em situação *sui generis* na federação brasileira e no contexto mundial (CORRALO, 2007, p. 53). A Constituição de 1967 foi a primeira a incorporar a questão das alterações territoriais e a criação de municípios no seu texto, mais especificamente em seus artigos 14 e 15².

Bonavides (2008, p. 346) pondera que em todos os sistemas constitucionais a história da autonomia municipal é uma crônica de oscilações, que variam do alargamento a contração, conforme ocasiões mais propícias para concretizar o

² Art 14 - Lei complementar estabelecerá os requisitos mínimos de população e renda pública e a forma de consulta prévia às populações locais, para a criação de novos Municípios.

Art 15 - A criação de Municípios, bem como sua divisão em distritos, dependerá de lei estadual. A organização municipal poderá variar, tendo-se em vista as peculiaridades locais.

princípio da liberdade na organização das estruturas estatais. Logo, esse movimento oscilatório acaba por encontrar seu lado de alargamento com o advento da Constituição de 1988.

Com a Constituição de 1988 surge uma brisa de liberdade para as municipalidades tanto na questão de autonomia quanto na possibilidade de suas localidades se organizarem em novos municípios. Tendo sua autonomia elevada a nível constitucional eles tornaram-se entes federativos, assim como a União, os Estados e o Distrito Federal, com garantia grafada no art. 1º da Constituição. A redação original dada em 1988³, com a edição da nova Constituição, ao §4º do art. 18, que regrou as emancipações, era a seguinte:

“A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, à populações diretamente interessadas”.

Outrossim, a Constituição de 1988 expressamente deu aos Estados não só a competência para a criação de municípios por lei estadual, mas também a regulamentação dos seus critérios através de lei complementar estadual, com base nas peculiaridades locais. Conseqüentemente, percebe-se que a previsão legal acerca do tema na Constituição de 1988 dilatou o raio da autonomia dos municípios, dando-lhe, de acordo com o ensinamento de Bonavides (2008, p. 344), alcance e profundidade que o faz indissociável da essência do próprio sistema federativo, cujo exame, análise e interpretação deve considerar a dimensão trilateral deste modelo.

No entanto, essa competência foi observada somente até o momento em que o Projeto de Emenda Constitucional nº. 22/1996 alterou a matéria retornando a competência regulamentar das emancipações para os braços da União. Então, em 1996, o Congresso Nacional altera substancialmente o paradigma constitucional sobre o tema, com fundamento no que se chamou a “farra das emancipações”, devido ao grande número de municípios que se emanciparam no período compreendido entre os anos de 1988 a 1996. Foi, então, elaborada a Emenda Constitucional nº. 15, que alterou a redação do §4º do art. 18 da Carta Federal⁴.

³ Cabe destacar que o § 4º do art. 18 foi oriundo de proposta popular de emenda ao Projeto de Constituição da Constituinte de 1988, e sua redação e a coleta de assinatura foi capitaneada pela Comissão de Assuntos Municipais do Estado do Rio Grande do Sul, que recolheu mais de 55 mil assinaturas, distribuídas nos estados do RS, SC e SP.

⁴ §4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual,

Em análise à justificativa contida na Proposta de Emenda Constitucional n.º 22, de 1996, do Senado Federal, e da qual se originou a EC 15/1996, se pode perceber os motivos que levaram os legisladores a obstaculizar as emancipações:

“O aparecimento de um número elevado de municípios novos, no País, tem chamado atenção para o caráter essencialmente eleitoreiro que envolve suas criações, fato este lamentável. Ao determinar a responsabilidade da criação de municípios aos Estados, a Constituição Federal considerou corretamente as particularidades regionais a que devem obedecer os requisitos para a criação de municípios.

Contudo, o texto do § 4º do art. 18 não apresentou as restrições necessárias ao cometimento dos abusos, hoje observados, e que não levam em conta os aspectos mais relevantes para a criação ou não de novos municípios.

(...)

Aceitamos que, para dispor mais objetivamente sobre a questão, a Constituição Federal deveria ser mais incisiva na determinação de condições capazes de evitar, ao máximo, distorções que ameacem a transparência e o amadurecimento da decisão técnica e política”.⁵

Analisada, brevemente, a relação entre constitucionalismo contemporâneo e os municípios, é de suma importância realizar, então, uma breve diferenciação entre serviço público e obra pública, precedendo o estudo pormenorizado das obras públicas no âmbito municipal. Objetiva-se diferenciá-los uma vez que obra pública não pode ser considerada serviço público, pois é um produto estático e de operação humana, enquanto o serviço público é uma atividade dinâmica, além de ser uma operação que possibilita ao usuário a utilização de um serviço; obra, para ser executada, não presume prévia existência de um serviço; todavia, o serviço público, normalmente, para ser prestado, pressupõe uma obra que lhe constitui o suporte material.

Então, no que concerne ao serviço público, seu preceito mais genérico encontra guarida na Constituição Federal, mais especificamente no artigo 175⁶, que está inserido no Título VII (“Da Ordem Econômica Financeira”). É através deste dispositivo constitucional que é atribuída a titularidade dos serviços públicos de um modo geral ao poder público, bem como a possibilidade de tais serviços serem prestados de forma direta ou indiretamente.

dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.”

⁵ Disponível em www.senado.gov.br, acesso em 30 de outubro de 2020.

⁶ Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Ademais, como fora mencionado anteriormente, tendo em vista que o artigo 175 da Constituição Federal encontra-se inserido no Título VII que trata “Da Ordem Econômica Financeira”, fica evidente que os serviços públicos a que o artigo supramencionado se destina são aqueles enquadrados como atividade econômica em sentido amplo, ou seja, que têm possibilidade de ser explorado com intuito de lucro sem perder a natureza de serviço público, motivo pelo qual podem ser prestados por particulares.

Em outras palavras, os serviços públicos são constituídos de atividades que são de titularidade exclusiva do Estado; melhor dizendo, o exercício da atividade é subtraído à iniciativa privada livre. Esses serviços públicos podem ser prestados diretamente pelo Estado ou por particulares através da delegação do poder público, quando se tem uma prestação indireta. Em qualquer caso, essas atividades têm que ser exercidas como serviço público, submetidas a um rígido regime de direito público.

Diferentemente dos serviços públicos, a obra pública nada mais é do que toda aquela que a Administração Pública executa com operários próprios ou faz executar por meio de contrato com terceiros. Melhor dizendo: a obra pública nada mais é do que um serviço público; e é a ela que esta pesquisa está destinada.

Ao colocar no mesmo nível de autonomia União, Estados e Municípios, atribuindo, a cada um dos entes, competências distintas e complementares entre si, objetivando um equilíbrio entre eles, percebe-se que a Constituição Federal adotou o modelo de república federativa (artigo 1º). E encartou, no artigo 30 da Constituição Federal, as competências atribuídas aos Municípios, mais especificamente em seu inciso V, no qual consta aquela atinente à prestação de serviços públicos de interesse local⁷. Neste sentido, o ensinamento de Bitencourt e Reck (2018, p. 59):

“Pode-se dizer que só organizações políticas como o Estado e as comunidades internacionais possuem tal configuração. Assim, finalmente, pode-se construir um conceito que possa observar a identidade das organizações políticas: sistema que opera com comunicações do tipo jurídico, acoplando, sob um símbolo de unidade, processos, decisões e órgãos para gerar outras comunicações jurídicas, com a função de gerar decisões vinculantes a toda comunidade para o exercício de sua autonomia e emancipação”.

⁷ Para os fins deste estudo, a expressão “serviços públicos” deve ser entendida como as “atividades materiais prestadas pelo poder público em prol da coletividade, com o objetivo de proporcionar condições de acesso aos bens essenciais à vida do ser humano” (SCHIER, 2018, p. 36).

A política pública, compreendida como um programa de ação do Estado que tem por objetivo coordenar os meios que estão à disposição, bem assim como a orientação das atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente indicados (BUCCI, 2002). As obras públicas são instrumentos de política pública, como o caso da construção de uma unidade de pronto atendimento, de um hospital, de uma farmácia popular, de uma parada de ônibus – isto apenas para citar alguns exemplos do cotidiano. Os próprios serviços públicos – instrumento máximo de uma política pública - dependem das obras públicas, razão pela qual ressaí a essencialidade do estudo proposto por esse trabalho. O estudo das obras públicas é, em última análise, também um debruçar-se sobre a concretização de direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

Streck e Morais (2014) asseveram que o Estado Democrático de Direito é a passagem para um agir estatal que promova a participação pública no projeto de (re)construção da sociedade, voltando-se o olhar para o futuro e resolvendo os problemas de condições materiais para a existência. A democracia pressupõe, portanto, que o poder político é de ação, já que especializado na tomada de decisões coletivamente vinculadas, e as estruturas comunicativas amplamente disseminadas atuam como “ouvintes” dos problemas e também como transmissoras, guiando o uso do poder administrativo (HABERMAS, 2002).

A formação dessa linha de atuação do Poder Público a partir da interação social ocorre na esfera pública, assim entendida como o local em que se dão as interações, através do debate de opiniões e temas, construindo-se, a partir desse processo, as demandas que pretende a sociedade (BITENCOURT; RECK, 2018b). A ação comunicativa é o ponto fulcral do processo.

Habermas (1997), inclusive, pauta seu princípio de democracia de forma originária com o surgimento dos direitos fundamentais, a partir da interligação entre o princípio do discurso (pelo qual considera que são válidas as normas que resultem do consentimento dos participantes de um discurso racional) e a forma jurídica (obtida a partir da distinção entre Direito e moral⁸).

⁸ A distinção a que nos referimos é a observação de Habermas no sentido de que o Direito é um estabilizador social, não fundamentado na moral, mas complementar a ela. A moral é, para Habermas, um saber cultural que também é orientado à ordenação social, mas o Direito é a ordenação social institucionalizada (HABERMAS, 1997).

A cooriginariedade entre direitos fundamentais e democracia ressaí desta íntima e circular relação: os sujeitos portadores de liberdades subjetivas conformam a forma jurídica aos direitos, e assim o fazem porque são detentores e destinatários desses direitos e deveres. Ou seja, tem-se o surgimento dos direitos fundamentais (com forma jurídica) em razão do procedimento democrático de permitir-se que os destinatários e titulares assim o façam.

A esfera pública, neste panorama, se presta ao papel de ser um sistema de alarme para certos temas, pois se configura como uma rede de comunicação em que se trocam opiniões, mas apenas aquelas que atendem a certos predicados se tornam públicas (atua, assim, como uma espécie de filtro). Por isso, também reconhece Habermas que a esfera pública é, de certa forma, limitada na elaboração dos próprios problemas (PINZANI, 2009).

E, nesse contexto, as obras públicas são uma das possíveis formas de atuação do Poder Público para atendimento e resolução dos problemas encartados pela esfera pública. Entende-se por obra pública qualquer intervenção espacial empreendida pelo Poder Público, em área urbana ou rural, que possua como fim a ser alcançado o interesse público. Conseqüentemente, construções, reformas, recuperação ou ampliação de bem público são consideradas obras públicas, forte na Lei nº 8.666/93.

Assim, cabe aos Municípios a execução de atividades que visam atingir os fins sociais previstos na Magna Carta. Logo, tem-se que o serviço público é o oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, em um regime de direito público - portanto consagrador de prerrogativas e restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido no próprio sistema normativo.

Salienta-se que inexistente unanimidade sobre o conceito de serviço público. Isto porque, conforme Reck (2009, p. 301), trata-se de conceito mutável, aberto, e

“isso significa que o conteúdo do conceito de serviço público nunca é decidido de uma vez por todas. A resposta final é sempre adiada, e os juristas podem argumentar uns contra os outros a excelência de uma ou outra posição. Esse modo de operar tem uma vantagem fundamental: a vagueza/pluralidade não atinge o próprio serviço público. Plural e vago é o conceito. O serviço público sempre é duro, seja na forma, seja na diferença: serviço público é aquilo que o conceito de serviço público diz que é”.

Ademais, uma vez que a Constituição Federal elencou as bases mínimas as quais as “comodidades fruíveis” devem atender, importante ressaltar que estas não

ficam à mercê da vontade do administrador ou do legislador infraconstitucional em termos de qualidade e quantidade. E é o artigo 6º da lei nº 8.987/95 que estabelece os requisitos mínimos aceitáveis para a prestação de um serviço público adequado, sendo eles: 1) generalidade; 2) modicidade; 3) continuidade; 4) regularidade; 5) eficiência; 6) segurança, 7) atualidade e 8) cortesia. Nesse panorama é que exsurge o regime jurídico do serviço público, sendo tais disposições aplicáveis a toda prestação de serviço público, seja aquela diretamente ofertada pelo poder público (inclusive os municípios), seja aquela executada por permissionários e concessionários. Consabido que, ao estabelecer requisitos mínimos para se considerar como adequado o serviço público, o constituinte preocupou-se em evitar, ao máximo, falhas e omissões que impliquem atingir direitos fundamentais, mais especificamente, direitos sociais.

A característica de fundamentalidade dos direitos sociais justifica o resguardo constitucional atinente à prestação de serviços públicos - tal como previsto no art. 175 -, uma vez que atrelado à concretização do mínimo existencial e dos fins maiores do Estado Democrático de Direito (SARLET, 2015). Nesse sentido, conclui Schier (2016, p. 227/228):

"A partir de tais digressões, é inegável que os princípios que compõem o regime jurídico do serviço públicos referem-se diretamente ao conteúdo que, em comum, se tem atribuído ao mínimo existencial. Sem a garantia de que o serviço seja ofertado indistintamente a todos, de maneira contínua e mediante uma tarifa capaz de ser suportada, não haverá direito social assegurado. São esses traços que vão propiciar, em última análise, o pleno desfrute do direito à vida, à saúde, à educação, ao transporte, por exemplo".

Faz-se, então, necessário mencionar que, apesar das diferenças entre serviço público e obra pública, partes do regime jurídico do serviço público são aplicáveis às obras públicas. Logo, no que concerne às obras públicas, a competência municipal se dá através da conjugação de um plexo de artigos extraídos diretamente da Constituição Federal: primeiramente, o artigo 30, inciso V, que expressamente incumbe os municípios de organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial. Vale sublinhar, igualmente, o artigo 23, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que dispõe ser dever de todos os entes federados a promoção de programas de construção de moradias e aperfeiçoamentos das condições habitacionais e de saneamento básico, reforçando a ideia de cooperativismo federado que entrelaça os ideais constitucionais.

Em razão da conjuntura constitucional de competências, a prestação do serviço de obras públicas acaba sendo desenvolvida, usualmente, diretamente pelo poder público local ou estadual, através de empresas privadas que atuem sob o regime de concessão; ou, ainda, por gestão integrada da prestação material do serviço, através de consórcios municipais.

Inobstante, necessário o aporte acerca das competências implícitas e o caso *McCulloch v. Maryland*. A teoria dos poderes implícitos decorre da doutrina que, tendo como precedente o célebre caso *McCULLOCH v. MARYLAND* (1819)⁹, da Suprema Corte dos Estados Unidos, estabelece que “[...] a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos” (MS 26.547-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.05.2007, DJ de 29.05.2007). Em outras palavras, significa dizer que se a competência foi outorgada a determinado órgão, implicitamente ele deve ter poderes para atingir suas finalidades, seus critérios. Possível acrescentar, ainda, que os meios implicitamente decorrentes das atribuições estabelecidas de modo explícito devem passar por uma análise de razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, conclui Casagrande (2019, p. 263):

A decisão *McCulloch v. Maryland* foi muito significativa para a consolidação do governo federal norte-americano e um passo importante na formação da identidade dos EUA como nação. Além disso, a decisão consolidou algumas teorias como a dos poderes implícitos, a da limitação do poder de tributar dos Estados e da visão da Constituição como um texto de diretrizes gerais, cujos pormenores são deduzidos por meio de sua interpretação.

⁹ Em 1819, Os Estados Unidos ainda era um país jovem e o embate político era dominado por dois grupos: federalistas (maior poder por parte da União) e republicanos (Estados mais fortes). O debate se dava em decorrência da identificação do povo com o Estado, ao invés da identificação com a União. Então, houve a aprovação do Segundo Banco dos Estados Unidos, que colocou várias filiais em determinados Estados, inclusive em Maryland, onde *McCulloch* era funcionário do banco. Logo, o Estado de Maryland sentiu-se atacado e aprovou um tributo que iria incidir sobre todas as notas emitidas por bancos que houvessem sido criados fora de Maryland – obviamente, com o objetivo de atacar o Segundo Banco dos Estados Unidos. *McCulloch* contestou junto à Justiça e a Suprema Corte aceitou julgar o caso, onde conclui-se que: se o Congresso, segundo a Constituição, pode criar mecanismos que interfiram na política econômica do país, poderia, então, criar um banco; logo, a Suprema Corte entendeu que o Congresso poderia sim criar um banco para ajudar a atingir a finalidade relacionada à política econômica no país, sendo que tal fato consagrou a teoria dos poderes implícitos: mesmo o Congresso não tendo **expressamente** a competência para criar um banco, por ter uma finalidade a ser atingida, teria os meios razoavelmente necessários para atingir a finalidade, mesmo que não previstos no país.

Superado tal aporte, verifica-se que a essencialidade dos serviços de obras públicas tem sido objeto de diversos apontamentos efetuados pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul em face de atos irregulares cometidos pela municipalidade, como aqueles que destoam dos padrões de qualidade e quantidade, conforme se demonstrará no terceiro capítulo.

Coube aos municípios, de forma mais preponderante, pela repartição de competências operada pela Constituição Federal, a prestação dos serviços de obras públicas, posto se tratar de assunto de interesse local e de mais fácil controle e execução no desenho federal delineado. Tais serviços devem atender aos princípios básicos que norteiam o regime jurídico dos serviços públicos, com previsão no artigo 6º da lei nº 8.987/95, sendo que a construção e uso das obras públicas tem de estar regidas pelos princípios da universalidade, modicidade, eficiência, segurança, continuidade e atualidade, no que for aplicável.

Apresentadas as bases legais que regem a temática, bem como o atual panorama em termos de prestação dos serviços de obras públicas, de forma sucinta, caberá investigar, posteriormente, de forma pormenorizada, as ferramentas de controle limitadoras da qualidade e eficiência das obras públicas. Mas antes, a fim de introduzir o assunto, necessário observar que a Constituição Federal de 1988 destina os artigos 37, 38, 39, 40 e 41 ao aperfeiçoamento da gestão pública em relação a princípios, organização e inibição da corrupção, bem como melhoria da transparência e eficiência dos serviços públicos (SANTOS, 2017). Ademais, ao analisar-se o processo de criação de obras públicas, encontram-se inúmeras ferramentas para seu controle, ainda mais quando o Tribunal de Contas do Estado atua efetivamente com relação às obras públicas, com súmulas e jurisprudências que servem de norte a toda ação da administração pública.

Inobstante, a lei 8.666 apresenta-se como uma das melhores ferramentas de controle, ao estabelecer normas gerais sobre as obras públicas no âmbito Municipal, como prevê o artigo 1º.:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Além desta, a administração pública sujeita-se a lei complementar nº 101/2000 – lei de responsabilidade fiscal – a qual destina-se à elaboração de normas que devem

ser observadas pela administração pública, evidentemente voltadas para responsabilidade na gestão fiscal, sendo, essencialmente, instrumento de gestão de recursos (NASCIMENTO; DEBUS, 2001).

Para além das já mencionadas ferramentas de controle, destacam-se os mecanismos que possibilitam o recebimento de informações públicas dos órgãos e entidades, estabelecidos na lei 12.527/2011, e que abrangem os três poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assim como Tribunais de Conta e Ministério Público e, ainda, entidades privadas sem fins lucrativos.

Estas ferramentas aliadas ao artigo 37 da Constituição Federal de 1988 visam o cumprimento dos princípios da administração pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, do início ao fim das obras públicas.

Elencadas tais premissas, cabe salientar que quando uma obra pública, em qualquer âmbito, mas, neste caso, no Municipal, se dá em desacordo com o que fora previsto em lei ou em afronta às ferramentas destinadas ao cumprimento dos princípios da administração pública, ocorrem ilícitos penais. Mais especificamente com relação à eficiência, chama-se atenção para o objetivo de tal princípio: assegurar que os serviços públicos sejam prestados com adequação às necessidades da sociedade que os custeia. A eficiência, aliás, integra o conceito legal de serviço público adequado.

O princípio em foco apresenta como aspectos, primeiramente, no que tange à forma de atuação do agente público a espera pelo melhor desempenho possível de suas atribuições, com fito de obter, obviamente, os melhores resultados; quanto ao modo de organização, estruturação e disciplina da administração pública, exige-se que seja o mais racional possível, objetivando, igualmente, o alcance de melhores resultados na prestação dos serviços públicos.

Exemplos, quanto ao primeiro aspecto, são a exigência de avaliação especial de desempenho para a aquisição da estabilidade pelo servidor público e a perda do cargo do servidor estável “mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa” (CF, artigo 14).

Ora, se na iniciativa privada se busca a excelência e a efetividade, não seria diferente no serviço público, tendo o princípio da eficiência na Administração Pública sido enaltecido pela EC n. 19/98. Silva (2007, p. 342) destaca que “o princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e recursos

humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas e de igualdade dos consumidores”. Ademais, conforme ensina Hachem (2014, p. 17): “É somente através da realização do direito ao serviço público adequado que o Poder Público logrará proporcionar a cidadania uma tutela administrativa efetiva dos direitos sociais constitucionalmente consagrados”.

Todavia, Casimiro (2016, p. 8) chama atenção para o fato de que “o cumprimento das promessas do Estado Constitucional pela realização da igualdade material, proteção e promoção de direitos continua sendo o maior desafio da gestão pública brasileira”, razão pela qual, analisadas as ferramentas de controle limitadoras da qualidade e eficiência das obras públicas, caberá apresentar quais as consequências jurídicas aplicáveis aos equívocos mais recorrentes.

Como anteriormente mencionado, quando uma obra pública é realizada em desatenção às ferramentas de controle, o prefeito, no âmbito Municipal, incorre em infrações administrativas que geram atos de improbidade administrativa, tipificadas pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, nos artigos 9º, 10 e 11 - que caracterizam, respectivamente, dano ao erário, enriquecimento ilícito e violação aos princípios administrativos - e dos crimes de responsabilidade para os prefeitos (Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967). Importa ressaltar, de pronto, que a conformação do ato como improbidade administrativa não impede a verificação do fato enquanto crime de responsabilidade pela mesma conduta ou omissão (STOCO, 2017).

Nogueira (2008, p.6) ensina que os ilícitos mais recorrentes são peculato, concussão, corrupção ativa e passiva, entre outros. Sabe-se que as obras públicas padecem de diversos problemas que passam pelo processo de licitação (fraudes), execução (pagamento de serviços e materiais não condizentes com o que realmente foi executado) e entrega da obra (utilização de materiais de baixa qualidade, técnicas inadequadas, superfaturamento de preços).

Neste aspecto, ensina Hachem (2014, p. 253):

O Direito Administrativo – não só em suas origens, mas também contemporaneamente – ostenta uma inegável faceta individual. A tutela singularizada dos direitos subjetivos constitui elemento que certamente integra – e deve continuar integrando – a essência dessa disciplina jurídica. Mas a questão é que essa perspectiva, que antigamente dava conta de atender às principais finalidades do Direito Administrativo liberal, deve ser reparada e complementada, na medida em que a realização de interesses e pretensões supraindividuais tornou-se também uma de suas tarefas primordiais.

Assim, verifica-se que várias são as condutas que se amoldam aos tipos da lei de improbidade administrativa. Extrai-se do artigo 9º da lei nº 8.429¹⁰ que quando da ocorrência de fraudes, pagamento de serviços e materiais não condizentes com o que realmente foi executado e utilização de materiais de baixa qualidade, técnicas inadequadas e superfaturamento de preços, incorre, o administrador, nos incisos II e VI, praticando atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito. Da mesma forma o administrador incorre, igualmente, nos incisos XI, XIV, XVI e XVIII, do artigo 10¹¹, da lei 8.429, praticando, conseqüentemente, atos de improbidade. Finalmente, age como incurso no inciso VIII, do artigo 11¹², da referida lei, o administrador praticando, assim, atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

No que concerne ao decreto-lei 201, verifica-se que quando da incorrência em tais ilícitos, o prefeito comete crime de responsabilidade, com base no artigo 1º, incisos V (ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes) e XI (adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei).

¹⁰Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...] II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

[...] VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

¹¹ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...] XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

[...] XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

[...] XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

[...] XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.

¹² Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

[...] VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

Nesse diapasão, não se pode deixar de mencionar que a observância dos deveres públicos se traduz em uma Administração Pública saudável, e a disfunção social da comissão ou omissão há de ser aquilatado de forma contextual, com elementos analíticos mais profundos, [...] porque a disfunção há de ser valorada e diagnosticada no caso concreto, ocasião oportuna para perceber seu alcance, sua extensão, profundidade e todos seus efeitos, mais ou menos nefastos (OSÓRIO, 2018).

A este respeito, consabida a existência de um confronto entre bem e mal, sendo aquele a sociedade civil e este o Estado, compreendido como burocrático e ineficiente. A grande discussão se dá entorno do atuar administrativo, vez que questões complexas não estão recebendo a devida atenção, acarretando na tomada de decisão - por parte dos administradores - de forma rápida e sem o necessário debruçar-se sobre o essencial fim que se deve obter, gerando consequências não projetadas, e mal versando o dever-poder (GABARDO, 2009).

Pelas razões acima abordadas, realizar-se-á, então, o estudo pormenorizado das políticas públicas Municipais e as obras públicas como instrumento (meio) para sua realização, a fim de examinar como as obras públicas atuam na condição de instrumento de realização de políticas públicas dentro do Estado Democrático de Direito.

2.2 As políticas públicas Municipais e as obras como instrumento para sua realização

A fim de explicar determinadas práticas sociais e as expectativas que envolvem certos jogos de linguagem conceitua-se o Direito. E, é claro, como produtos de uma sociedade, os jogos de linguagem evoluem e se moldam a diferentes situações. Assim são as políticas públicas. Reck (2018, p. 116) ensina que a política pública toma forma pela caracterização das diversas ligações que determinada política pública acomoda, razão pela qual seu significado advém de uma rede de operações. Deve-se questionar, então, quais as diferenças que fazem a diferença, para descobrir o que é e o que não é política pública. Diversas são as hipóteses analisadas com fito de conceituar as políticas públicas, todas, porém, deixam a desejar e não se apresentam como as mais acertadas, sendo necessário buscar a resposta na pragmática do discurso (HABERMAS, 1989).

Reck (2018, p. 117) é categórico ao conceituar política pública:

Aquilo que realmente diferenciaria política pública de todos os outros fenômenos é, além da confluência dos dados apresentados, a possibilidade de identificação de um discurso (HABERMAS, 1994) que se autorreferencia como meio e fim. Isso é, as políticas públicas formam um todo orgânico especializado em algo, cujo discurso apresenta uma coerência narrativa entre fins e os atos de fala necessários em sede de poder administrativo, ou seja, faz uma ligação causaliforme e comunicativa entre as medidas e os valores a serem alcançados. A política pública é, assim, uma unidade de diferenças.

Assim, há uma política pública quando existe, necessariamente, um discurso que segue às demandas sociais; o Direito como meio de organização dos meios para a ação; a materialização dos direitos fundamentais; a relação com as organizações governamentais; a influência da sociedade, em parte ou no todo; a tentativa consciente de mudanças da sociedade; a existência de programas que se prolongam no tempo; o uso do poder administrativo; a predominância de discursos pragmáticos; e, finalmente, a coerência narrativa interna objetivando a formação de uma identidade a partir da confrontação meios-fins em sede de poder administrativo (RECK, 2018).

É evidente que sem a política pública o uso dos instrumentos pela Administração Pública mostra-se desconexo dos objetivos, uma vez que a política pública nada mais é do que uma unidade de decisões políticas/jurídicas, que envolvem programas finalísticos e condicionais. Salienta-se que ela não traz um novo modo de operação para a Administração Pública, mas, apenas, articula instrumentos esparsos conferindo a eles coerência e unidade para alcance dos objetivos almejados. Portanto, para que haja o controle da política pública faz-se necessário realizar o controle de algum elemento dela. Assim, para que seja analisada, deve-se observar os instrumentos utilizados por ela para determinados atos, bem como o ente federativo competente para cada um dos instrumentos.

Suplantada a análise da conceituação de política pública, necessária a abordagem da competência a fim de obter as políticas públicas no âmbito municipal. Para Reck (2018, p. 126) a partir da análise da competência,

será possível traçar o perfil constitucional das políticas públicas. É necessário dizer, contudo, que a Constituição não adotou uma sistemática de dividir competências a partir de políticas públicas. De fato, salvo em matérias muito específicas expressamente previstas na Constituição, como a política ambiental ou urbana, a Constituição adotou uma lógica de distribuição de competências a partir da mixagem das tradições americana de federalismo de repartição rígida combinado com o federalismo tipo alemão, de cunho cooperativo. Soma-se a essa complexidade a divisão entre competências administrativas e legislativas.

Para analisar as competências para a instituição de políticas públicas é necessário cruzar as competências dos entes federativos com a divergência entre competência legislativa e administrativa, o que é algo muito complexo.

Consabido que as ações da Administração Pública devem sempre estar baseadas em imperativos legais, em decorrência do princípio pela qual é regida: o princípio da legalidade. Assim, quando a Carta Magna estabelece que cabe ao Município proteger o meio ambiente histórico e cultural, ele é responsável por adotar os meios através dos quais dispõe de acordo com o Direito Administrativo para assim fazer. Logo, a lei será “responsável” por estabelecer o orçamento destinado para que o Município atue para preservação do meio ambiente histórico e cultural, o órgão especializado em tal matéria, etc. Porém, será a Administração Pública a responsável por elaborar uma política pública, razão pela qual torna-se praticamente impossível distinguir competência legislativa/administrativa pela presença/ausência de lei.

Neste sentido percebe-se que a descentralização no campo das políticas públicas, tendo o município como esfera de coordenação e execução, deu espaço a propostas de gestão participativa e da relevância da escala local das decisões.

Consequentemente, os municípios passaram a ter uma posição decisiva como agentes de gestão e execução de políticas públicas, sobretudo em função das horizontalidades possíveis das relações de decisão e articulação política e institucional, como resume Raichellis (1994, p. 121):

Dentro deste contexto, o processo de descentralização apontava para uma nova forma de planejamento e gestão. Instituído uma hierarquia verticalizada, através da articulação das secretarias, conselhos, planos e fundos, imprimindo uma nova lógica que partiria de baixo para cima, ou seja, dos municípios para os estados, destes para a União. Ao mesmo tempo em que permite uma articulação horizontal através da relação usuários, trabalhadores e prestadores de serviços.

Como fora brevemente abordado no subtítulo anterior, a Constituição Federal de 1988 define as competências de atuação de todos os entes que compõem a federação. Na definição de Silva (1992, p. 419), a competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções. Assim, norteadas pelo princípio da predominância do interesse, a própria Constituição estabelece as matérias próprias de cada um dos entes. Assim, ensina Moraes (2003, p. 287)

pelo princípio da predominância do interesse, à União caberá aquelas matérias e questões de predominância do interesse geral ao passo que aos Estados referem-se as matérias de predominante interesse regional, e aos municípios concernem os assuntos de interesse local. Em relação ao Distrito Federal, por expressa disposição constitucional (CF, art. 32, §1º), acumulam-se, em regra, as competências estaduais e municipais, com a exceção prevista no art. 22, XVII, da Constituição.

Com base no já mencionado princípio, o legislador estabeleceu quatro pontos básicos para a divisão de competências: reserva de campos específicos de competência administrativa e legislativa; possibilidade de delegação; áreas comuns de atuação administrativa paralela; e áreas de atuação legislativa concorrentes.

No que diz respeito à reserva de campos específicos, a Constituição enumerou os poderes da União em seus artigos 21 e 22 e os poderes dos Municípios em seu artigo 30, sendo os poderes dos Estados, remanescentes, previstos no artigo 25, §1º, e os poderes do Distrito Federal no artigo 32, §1º.

Sobre a possibilidade de delegação instituiu, o legislador, no artigo 22, parágrafo único, da Constituição Federal que lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias de competência privativa da União.

O artigo 23 trata das áreas comuns de atuação administrativa paralela, ou seja, é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I) zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II) cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III) proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV) impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V) proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; VI) proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII) preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII) fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX) promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X) combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI) registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII) estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. E o artigo

24 trata das áreas de atuação legislativa concorrentes entre União, Estados e Distrito Federal, estabelecendo quais as matérias que deverão ser regulamentadas de forma geral por aquela e específica por esses.

Em que pese fazer-se necessária a menção de referidos artigos por, em algum momento, abordarem questões referentes aos municípios, é no artigo 30 e seus incisos que se encontram as competências municipais que guardam estrita relação com este trabalho, quais sejam: I) legislar sobre assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; II) instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; III) criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; IV) organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; V) manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VI) prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VII) promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; VIII) promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Sobre a competência exclusiva e suplementar do município, prevista nos incisos I e II, é importante lembrar que a função legislativa é exercida pela Câmara de Vereadores, que é o órgão legislativo do município, em colaboração com o prefeito. De Moraes (2003, p. 300) ensina:

“A primordial e essencial competência legislativa do município é a possibilidade de auto-organizar-se através da edição de sua Lei Orgânica do município, diferentemente do que ocorria na vigência da constituição anterior, que afirmava competir aos Estados-membros essa organização. A edição de sua própria Lei Orgânica caracteriza um dos aspectos de maior relevância da autonomia municipal [...]”.

Logo, as competências legislativas deste ente caracterizam-se pela predominância do interesse local, divididas em competência genérica em virtude da predominância do interesse local, competência para estabelecimento de um plano diretor, hipóteses dos incisos III a IX presumidas de interesse local e competência suplementar.

Com relação à competência genérica, importante conceituar interesse local como correspondente àqueles interesses que tem relação imediata com as necessidades do município, ainda que gerem reflexos nos demais entes, conforme ensinamento de Almeida (1991, p. 124):

“é inegável que mesmo atividades e serviços tradicionalmente desempenhados pelos municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, fiscalização das condições de higiene de restaurantes e similares, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano, etc., dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional”.

Portanto, fora as tradicionais hipóteses de interesse local disciplinadas, as demais deverão ser analisadas verificando-se o interesse predominante.

Já no que concerne à competência para estabelecimento de um plano diretor estabelece o artigo 182 da Constituição Federal que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Nota-se que o constituinte, no §4º do referido artigo¹³, facultou ao poder público municipal a possibilidade de exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, a promoção do adequado aproveitamento do solo, com a possibilidade de sofrer punição caso não o faça.

No tocante às hipóteses presumidas de interesse local, que são as compreendidas nos incisos III a IX do artigo 30, vale lembrar que se somam a elas as elencadas no artigo 144, §8º, da Carta Magna, o qual prevê, no *caput*, que a segurança pública – dever do Estado, direito e responsabilidade de todos –, é exercida para a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio [...], podendo os municípios, conforme §8º, constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Finalmente, acerca da competência suplementar, De Moraes (2003, p. 303) esclarece:

¹³ § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I- parcelamento ou edificação compulsórios;

II- imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III- desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

O art. 30, II, da Constituição Federal preceitua saber ao município suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, o que não ocorria na constituição anterior, podendo o município suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, embora não podendo contraditá-las, inclusive nas matérias previstas do art. 24 da Constituição de 1988. Assim, a constituição Federal prevê a chamada competência suplementar dos municípios, consistente na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: interesse local.

Superada a análise das competências municipais elencadas na Constituição Federal, constata-se que as políticas públicas devem ser desenvolvidas pelo ente federativo que se encontra mais próximo dos cidadãos, ou seja, os municípios. Assim, caberia ao Governo Federal estabelecer princípios e diretrizes que devem ser seguidos por todos os municípios, sendo de cada cidade a responsabilidade de operacionalizá-los, considerando suas peculiaridades.

Mas é necessário que o município disponha de recursos financeiros próprios para que seja capaz de assumir o papel de gestor de políticas públicas. Isso pode ser feito ou através do aumento dos repasses obrigatórios das demais entidades da federação, e/ou do aumento da arrecadação com o crescimento das atividades econômicas locais, e/ou das medidas de contenção de gastos.

Além dos recursos financeiros, o município também precisa de planejamento de longo prazo: é importante que os atores políticos definam um objetivo e o melhor caminho para alcançá-lo, o que facilitará a elaboração e execução das políticas, bem como permitirá uma integração entre elas, evitando ações contraditórias por parte da administração. Verifica-se, assim, uma das maiores vantagens das políticas municipais, uma vez que o poder municipal é a esfera administrativa mais próxima da população, o que garante maior aceitabilidade das ações governamentais.

São variados os instrumentos de planejamento municipal, dos quais destacam-se o plano diretor, o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei de orçamento. Destaca-se, com relação a estes, o fato de serem instrumentos de políticas públicas.

Sobre o plano diretor tem como função principal estabelecer as diretrizes de ocupação da cidade, ou seja, estabelece o que pode ou não ser feito em um município, servindo como parâmetro para as ações do Poder Público.

Já o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária são componentes legislativos que fazem parte do sistema orçamentário brasileiro, e são

instituídos pela Carta Magna para a União e pelas leis orgânicas para os municípios. É sua atribuição estabelecer os projetos e os programas de longa duração, definindo os objetivos e metas que deverão ser alcançados pela ação pública no período de quatro anos. Outrossim, referido plano é o “responsável” por incentivar o governo a organizar todas as suas ações de modo a não ferir as diretrizes nele contidas. Em resumo, o plano plurianual orienta a formação da lei de diretrizes orçamentárias que, por sua vez, orienta a elaboração da lei orçamentária anual, que é responsável por destinar os recursos para as ações governamentais inseridas nas políticas públicas.

Mas como se dá a implementação de políticas públicas através das obras públicas? Inicialmente, vale frisar a conexão existente entre política pública e serviço público, em todas as suas formas, sendo que este é um dos instrumentos essenciais de qualquer política pública. Ora, a Administração Pública existe a fim de permitir que a sociedade atue sobre ela mesma de modo coordenado, em prestações que a sociedade considere úteis e que realizem os direitos entendidos como necessários por ela.

Assim, para que ocorra a implementação de políticas públicas são necessárias ações por parte de grupos ou indivíduos públicos ou, até mesmo, privados, direcionadas para a consecução de objetivos estabelecidos mediante decisões anteriores quanto a políticas.

A implementação de uma política pública pode ser vista como um meio de execução, melhor dizendo, como a etapa onde as políticas vão de diretivas administrativas para a prática, com uma declaração governamental de suas preferências, entrepostas por atores sociais que criam um processo definido por relações recíprocas de poder e negociação (OLIVEIRA, 2006).

No entanto, para que uma política pública tenha uma boa implementação é necessário que sejam atendidas algumas condições preexistentes, tais como tempo e recursos, combinação de recursos com os objetivos que devem ser alcançados através da política pública, consenso acerca dos objetivos delimitados, bem como delimitação de tarefas a serem executadas por cada um dos participantes. Assim, resta evidente que o processo de implementação é primordial para que a política pública atinja o seu fim com sucesso.

E, no que concerne às obras públicas, vale ressaltar que para implementação de algumas políticas públicas faz-se necessária, em alguns casos, a ampliação de infraestrutura, como por exemplo quando há necessidade de aumento na oferta de

serviços públicos e, para tanto, faz-se necessário infraestrutura para atendimento. Entende-se, então, por obra pública qualquer intervenção espacial empreendida pelo Poder Público, urbano ou rural, e que possua como fim a ser alcançado o interesse público. Consequentemente, construções, reformas, recuperação ou ampliação de bem público são consideradas obras públicas, forte na lei 8.666/93.

Esta lei, além de regulamentar o artigo 37, inciso XXI¹⁴, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dá outras providências neste sentido.

Da mesma forma, a administração pública sujeita-se a lei complementar nº 101/2000 – lei de responsabilidade fiscal - a qual estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II (das finanças públicas) do Título VI (da tributação e do orçamento) da Constituição.

Outrossim, importante destacar a lei 12.527/2011, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...].

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:

[...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

[...] II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; [...].

¹⁴ 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:

[...] 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[...].

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

[...] § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

Para além da legislação mencionada, existem as legislações locais, que também devem ser observadas, atendendo sempre ao princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal¹⁵.

Com relação a tal princípio, Garcia de Enterría (1988, p.6) ressalta que quanto ao conteúdo das leis, a que o princípio da legalidade remete, fica evidente que não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem 'dentro da Constituição' e especialmente de acordo com sua 'ordem de valores' que, com toda explicitude, expressem e, principalmente, que não atentem, mas que pelo contrário sirvam aos direitos fundamentais.

Referido princípio aplica-se à Administração Pública, mas de forma mais rigorosa e especial, vez que o administrador público somente poderá fazer o que lei expressamente permitir, inexistindo incidência de sua vontade subjetiva.

Além dos já mencionados aspectos que devem ser considerados na implementação das políticas públicas, deve-se levar em conta, igualmente, o comportamento do mercado da construção civil que, nos últimos anos, tem se mostrado bastante aquecido por conta de investimentos públicos e privados viabilizados por meio do PAC.

Por conta de todos os aspectos abordados o planejamento de obras públicas torna-se uma das etapas, se não a etapa, mais importante para garantir a implementação e o sucesso de uma política pública. Faz-se imprescindível a realização de avaliação das políticas públicas para o desenvolvimento e adaptação contínua das formas e instrumentos de ação pública. Tal avaliação trata-se, na verdade, da investigação dos déficits de impacto e os efeitos colaterais indesejados a fim de inferir consequências para ações e programas futuros.

É evidente que para uma política pública eficiente e eficaz a avaliação deve ser feita já na sua fase de implementação, a fim de detectar as dificuldades do processo

¹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...].

e efetuar correções/adequações, o que permite verificar se a política pública está sendo realizada como deveria e propicia melhora na eficiência operativa e eficácia dos programas, com resultados que poderão servir de base para os gestores.

A avaliação de uma política pública deve ser pautada por medidas de desempenho e efeitos produzidos. As medidas de desempenho mais utilizadas são caracterizadas como: I) insumos: recursos financeiros, pessoal, equipamentos, etc.; II) resultados: atividades desenvolvidas e serviços prestados; III) impacto: efeito produzido pelo resultado alcançado; IV) produtividade: capacidade de solução de problemas registrados; V) custos: custos médios para a produção dos serviços prestados; VI) satisfação do usuário: queixas recebidas, resultados de pesquisa de opinião; VII) qualidade do serviço: disponibilidade e adequação do serviço procurado.

Segundo a autora, medidas de desempenho facilitam o processo de avaliação na medição de três fatores importantes para discussão de políticas públicas: I) eficiência: relação entre insumos e resultados; II) eficácia: êxito do programa, capacidade demonstrada pelo projeto de atingir os objetivos e metas previamente estabelecidos; foca-se nos resultados; III) efetividade: capacidade que os resultados têm de produzir mudanças duradouras e significativas.

Torna-se importante, então, proceder a uma avaliação desse fator importante para implementação de uma política pública, uma vez que as obras públicas representam importante meio para que políticas públicas alcancem seus fins.

2.3 O processo de realização e entrega das obras públicas

Superado o estudo das políticas públicas Municipais e as obras como instrumento para sua concretização, passa-se à análise do processo de realização e entrega das obras públicas.

Como já fora mencionado anteriormente, a competência municipal se dá pela associação de artigos previstos na Carta Magna. Inicialmente, o artigo 30, inciso V, que expressamente incumbe os municípios de organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial. No mesmo sentido o artigo 23, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que dispõe ser dever de todos os entes federados a promoção de programas de construção de moradias e aperfeiçoamentos

das condições habitacionais e de saneamento básico, reforçando a ideia de cooperativismo federado que entrelaça os ideais constitucionais.

Verifica-se, assim, pela associação das previsões constitucionais sobre o assunto, que a prestação do serviço de obras públicas acaba sendo desenvolvida, usualmente, diretamente pelo poder público local ou estadual, através de empresas privadas que atuem sob o regime de concessão; ou, ainda, por gestão integrada da prestação material do serviço, através de consórcios municipais.

Mas coube, especificamente, aos municípios a prestação dos serviços de obras públicas, posto se tratar de assunto de interesse local e de mais fácil controle e execução. Evidentemente, devem atender aos princípios básicos que norteiam o regime jurídico dos serviços públicos, com previsão no artigo 6º da lei nº 8.987/95.

Ao lado desta perspectiva constitucional, conforme ensina Leal (2003, p. 152):

os serviços públicos no Brasil são informados por alguns princípios forjados, tradicionalmente, pelo Direito Administrativo, dentre os quais: o da (1)Continuidade: no sentido de que o serviço deve ser permanente, mantido a qualquer transe, embora não necessariamente ininterrupto; (2) Generalidade: pois os serviços devem ser prestados a todos que deles necessitem, eis que sua manutenção constitui um dever, preceito incorporado pelas disposições do art. 6º, da Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor Brasileiro; (3) Modicidade: já que os preços dos serviços devem atender as exigências do mercado e a capacidade econômica de seus usuários; (4) Aperfeiçoamento: no sentido de que deve o Estado zelar para que os frutos da ciência e da tecnologia sejam distribuídos o mais rápido e amplamente possível.

Constata-se, da análise do artigo 6º da lei, que o serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. A respeito da atualidade, esta compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. E sobre a continuidade, cumpre salientar que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. Ademais, a interrupção do serviço pelo inadimplemento do usuário não poderá iniciar-se na sexta-feira, no sábado ou no domingo, nem em feriado ou no dia anterior a feriado. Nota-se que os serviços públicos devem ser prestados de forma universal, módica, eficiente, segura, contínua e atual.

Inobstante os preceitos gerais, há aqueles especificados pela lei nº 8.666/1993, que em seu artigo 6º, inciso I, define obra como toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta.

Denota-se, outrossim, que a lei 8.666/1993 não trata especificamente dos contratos de concessão de obra pública, tampouco o faz a lei 8.987/95, uma vez que seu artigo 2º, inciso III, refere-se a tais contratos como “concessão de serviço público precedida da execução de obra pública”, e os define como sendo a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;[...].

Relativamente à forma de execução dos contratos de obra pública, a lei 8.666/1993 estabelece que podem ser executadas diretamente (órgão e entidades da própria administração, com seus próprios meios – artigo 6º, inciso VII), ou indiretamente (terceiros contratados – artigo 6º, inciso VIII, e artigo 10, I e II). No que tange à execução indireta pode-se dizer que a contratação com terceiros se dá sob o regime de: a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total; b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas; c) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais; d) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada; [...].

Tem-se, assim, os seguintes regimes de execução indireta: empreitada por preço global, onde é fixado um preço certo para remunerar o empreiteiro pela totalidade da obra; empreitada por preço unitário, quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas; empreitada integral, o qual se presta para a realização de obras de maior vulto e complexidade, abrangendo não

apenas obras, mas também serviços; tarefa, caracterizado pela contratação de mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais.

Porém, não há falar em execução de obra pública sem que haja recursos. Assim, os recursos orçamentários destinados aos serviços de obras públicas deverão ser avaliados pela Administração, respeitando a lei de finanças públicas (Lei nº 4.320/1964 – artigos 58, 59 e 60).

O artigo 58 estabelece que o empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento e condição. No mesmo sentido, o artigo 59 prevê que o empenho da despesa não poderá exceder o limite dos créditos concedidos, sendo vedado aos Municípios empenhar, no último mês do mandato do prefeito, mais do que o duodécimo da despesa prevista no orçamento vigente. Igualmente, também é vedado aos Municípios, no mesmo período, assumir por qualquer forma compromissos financeiros para execução depois do término do mandato do prefeito. Salienta-se que ambas as vedações não se aplicam nos casos comprovados de calamidade pública. Assim, além de serem nulos os atos praticados em desacordo com os casos mencionados acima, o artigo 60 traz a vedação à realização de despesa sem prévio empenho, sendo dispensada a emissão de nota de empenho, excepcionalmente, em casos especiais previstos na legislação específica.

Nesse contexto, cabe aos municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, que tem caráter essencial.

A concessão e a permissão serão sempre precedidas de licitação e são firmadas por contrato administrativo. A Lei 8.987/95, em seu art. 40, menciona expressamente que a permissão de serviço público é um contrato de adesão. Entretanto, por ser um contrato administrativo, teoricamente a concessão também é um contrato de adesão, ainda que a lei seja omissa. Afinal, a minuta do contrato faz parte do edital da licitação que precede a concessão, e o particular, quando se insere para participar do certame, está aderindo às cláusulas postas. Inobstante, a Lei 9.074/95 exige, ainda, para a concessão e permissão dos serviços públicos, a edição de lei autorizativa.

Neste sentido, fazendo a minuta do contrato parte do edital da licitação, as informações contidas no edital devem ser perfeitamente estudadas e justificadas, pois, alterações posteriores à sua publicação exigirão ampliação dos prazos, de forma a

permitir que os licitantes façam os devidos ajustes em suas propostas. Além disso, é fundamental que a documentação e os aspectos concernentes ao processo de licitação sofram análise bastante criteriosa, visto que decisões tomadas nessa fase influenciarão em muito o modo de conduzir o empreendimento até sua conclusão. O edital deve ser elaborado de modo a afastar as empresas sem condições técnicas e financeiras de executar a obra, mas evitar restringir o número de concorrentes. É importante observar que a minuta do edital de licitação, bem como as do contrato, acordo, convênio ou ajuste, devem ser previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da Administração (DA UNIÃO – TCU, 2014).

Assim, os recursos destinados aos serviços de obras públicas deverão respeitar, igualmente, a lei 8.666/1993 (artigo 7º) e a Constituição Federal (artigo 167, incisos I a V, que guardam relação com o tema), que tratam da licitação¹⁶. Inobstante os já mencionados artigos, o artigo 22 da lei 8.666/1993 especifica que no edital de licitação estão contidos todos os requisitos para o procedimento licitatório, e cinco são as modalidades de licitações: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

A concorrência, de acordo com o parágrafo primeiro do referido artigo, é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

A tomada de preços, segundo o parágrafo segundo, é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições

¹⁶ Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

- I- projeto básico;
- II- projeto executivo;
- III- execução das obras e serviços.

Art. 167. São vedados:

- I- o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;
- II- a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;
- III- a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta;
- IV- a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;
- V- a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes; [...].

exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. Importante salientar que a administração somente poderá exigir do licitante não cadastrado os documentos previstos nos arts. 27 a 31, que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação, nos termos do edital.

O convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas. Nesta situação, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações. Ademais, quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite

O concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Finalmente, o leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

No que concerne à necessidade da licitação é importante lembrar que a fim de preservar os princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e da própria ilevidade do patrimônio público, o legislador constituinte determinou no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a regra de obrigatoriedade da licitação. Desta forma, o acatamento aos princípios mencionados empece - ou ao menos forceja por empecer - conluíus inadmissíveis entre agentes governamentais e terceiros, no que se defende a atividade administrativa contra

negócios desfavoráveis, levantando-se, ainda, óbice a favoritismo ou perseguições, inconvenientes com o princípio da igualdade.

Entretanto, embora a obrigatoriedade da licitação seja a regra, esta somente poderá deixar de existir nos casos de inexigibilidade, quando é impossível a competição, ou de dispensa. Tanto a inexigibilidade, quanto a dispensa de licitação devem ser necessariamente justificadas, na forma do disposto no art. 26 da Lei nº 8.666/1993. Pareceres técnicos emitidos a respeito da dispensa ou inexigibilidade da licitação devem, obrigatoriamente, constar do processo administrativo do certame (DA UNIÃO – TCU, 2014).

A dispensa de licitação está prevista na lei de Licitações e Contratos, em seu artigo 24, que autoriza a Administração Pública a realizar as contratações de forma direta. Ou seja, a dispensa de licitação é uma forma legal de contratação pelo governo, mas pode ser utilizada apenas quando for expressamente permitido por lei, não havendo brecha que possa comprometer a isonomia do processo. Sobre esta forma de contratação, importante frisar que deve atender as trinta e cinco hipóteses bem definidas no artigo 24 da Lei nº. 8.666/93.

Já na inexigibilidade, a contratação se dá em razão da inviabilidade da competição ou da desnecessidade do procedimento licitatório. As hipóteses do artigo 25 da Lei 8666 de 1993, autorizam o administrador público, após comprovada a inviabilidade ou desnecessidade de licitação, contratar diretamente o fornecimento do produto ou a execução dos serviços. É importante observar que o rol descrito neste artigo não abrange todas as hipóteses de inexigibilidade.

A licitação pública, além das hipóteses em que é dispensável, pode também ser inexigível: a) para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; b) para a contratação de serviços técnicos, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; c) para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Observa-se que em se tratando de exceção à regra geral da licitação pública, o órgão deverá instruir o processo com todos os elementos que entenda seguros e eficazes para robustecer a comprovação da exclusividade de forma convincente, sem perder de vista a moralidade, transparência e interesse público, princípios inerentes a todo ato administrativo.

O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: a) caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; b) razão da escolha do fornecedor ou executante; c) justificativa do preço; d) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Cumprido ressaltar que os casos de dispensa, inexigibilidade ou retardamento só ocorrem, segundo Fernandes (2004, p. 178), porque o princípio constitucional da licitação, assim como todas as regras do Direito, não tem valor absoluto, devendo ser coordenado com os outros princípios do mundo jurídico.

Nota-se que apesar de não ser instaurada a licitação propriamente dita, deve ser criado um procedimento administrativo de comunicação à autoridade superior. Nele, devem ser documentadas e justificadas detalhadamente as razões que levaram à contratação direta de um participante, além de outras informações pertinentes.

Denota-se, pois, que existe um robusto conjunto de vetores que norteiam a prestação dos serviços de obras públicas, justamente pela sua essencialidade enquanto instrumento de garantia que dialoga com diversos direitos fundamentais sociais, refletindo de forma direta na concretização do princípio maior do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.

Apresentadas as bases legais que regem a temática, bem como o atual panorama em termos de prestação dos serviços de obras públicas, caberá investigar, no segundo capítulo, de forma pormenorizada, as ferramentas de controle limitadoras da qualidade e eficiência das obras públicas.

3 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

3.1 Constitucionalismo contemporâneo e princípio da eficiência

Ao oferecer alternativas dentro do Direito Constitucional, o constitucionalismo reflete o incessante debate sobre os aspectos da vida, tanto política, quanto social e econômica. E, conseqüentemente, o Direito Constitucional desempenha o papel de positivizar sistemas a fim de conferir segurança num mundo onde a insegurança não está apenas nos sistemas, mas também, no próprio homem. Extrai-se do estudo da Constituição que sua base está nos direitos fundamentais, essenciais aos homens em sua vivência com os outros e fundamentais à organização estatal. Conseqüentemente, pode-se dizer que o constitucionalismo moderno afirma-se na garantia dos direitos humanos que, positivados, tornam-se direitos fundamentais. Acerca do reconhecimento e a positivação jurídica dos direitos humanos, Rocha (1997, p. 76-91) ensina que as conquistas históricas dos direitos dos homens, como a conquista cadenciada e sucessiva que o ser humano realiza em sua própria aventura de viver, aperfeiçoam-se nas denominadas "gerações de direitos fundamentais.

Canotilho (apud NUNES JÚNIOR 2001, p. 39) diferencia as expressões direitos do homem e direitos fundamentais:

As expressões 'direitos do homem' e 'direitos fundamentais' são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jurinaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Frutos da evolução econômica e social em sincronia com a evolução das relações jurídicas da humanidade, os direitos fundamentais não surgem das mãos dos legisladores, mas por estes foram reconhecidos e positivados, inclusive nas Constituições (SIRAQUE, 2004).

O breve estudo da Constituição da República brasileira de 1988 evidencia que os direitos e garantias fundamentais compõem um título próprio, qual seja, o título II da referida Carta Magna, subsequente apenas ao título que traça os princípios fundamentais do próprio Estado. Referido título divide-se em cinco capítulos, dos quais apenas um não se refere diretamente ao homem, mas a um dos caminhos a

serem por ele utilizado para o exercício de sua cidadania. Verifica-se, pois, que a Constituição reuniu num mesmo capítulo direitos de natureza diversa, o que demonstra a não adoção do corte metodológico. Todavia, positivou os diversos Direitos Fundamentais historicamente reconhecidos pela humanidade, tanto os individuais, como os sociais, econômicos, culturais, políticos e coletivos (SIRAQUE, 2004).

O constitucionalismo contemporâneo guarda estrita relação com tais direitos, vez que está centrado naquilo que Bulos (2000, p. 16-18) chama de “totalitarismo constitucional, conseqüência da noção de Constituição pragmática”, e que tem a Constituição de 1988 como exemplo, na medida em que o texto constitucional sedimenta um importante conteúdo social, estabelecendo metas a serem atingidas pelo Estado, programas de governo) e realçando o sentido de Constituição dirigente. Contudo, partindo da concepção de normas pragmáticas, Tavares (2010, p. 37) enaltece o constitucionalismo da verdade e identifica duas categorias: “normas que jamais passam de programáticas e são praticamente inalcançáveis pela maioria dos Estados” e “normas que não são implementadas por simples falta de motivação política dos administradores e governantes responsáveis”.

Tavares (2010, p. 37) alerta, ainda, que

as primeiras precisam ser erradicadas dos corpos constitucionais, podendo figurar, no máximo, apenas como objetivos a serem alcançados a longo prazo, e não como declarações de realidades utópicas, como se bastasse a mera declaração jurídica para transformar-se o ferro em ouro. As segundas precisam ser cobradas do Poder Público com mais força, o que envolve, em muitos casos, a participação da sociedade na gestão das verbas públicas e a atuação de organismos de controle e cobrança, como o Ministério Público, na preservação da ordem jurídica e consecução do interesse público vertido nas cláusulas constitucionais.

Pode-se dizer, resumidamente, que o constitucionalismo contemporâneo apresenta como principais características o totalitarismo constitucional, o dirigismo comunitário, constitucionalismo globalizado, direitos de segunda dimensão e direitos de terceira dimensão (fraternidade e solidariedade). Sobre o assunto Streck (2012, p.64) ensina que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, sendo que este redimensionamento se dá em dois níveis: primeiramente, no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o começo do Estado Democrático de Direito; e no plano da Teoria do Direito, na qual acontece a reformulação da teoria das fontes, da teoria da norma e da teoria da

interpretação. Ainda para Streck (2014) deve-se persistir nos pontos de convergência das teorias críticas e/ou pós-positivistas:

diante dos fracassos do positivismo tradicional, com base na busca da construção de uma autônoma razão teórica, as diversas posturas críticas procuraram, sob os mais diversos âmbitos, (re)introduzir os “valores” no direito. Assim, por exemplo, diante de uma demanda por tutela que esteja relacionada com a vida, com a dignidade da pessoa, enfim, com a proteção dos direitos fundamentais, o que fazer? Qual é a tarefa do jurista?

O novo constitucionalismo trouxe muitas coisas, porém, não se pode dizer que trouxe a indiferença, quando, na verdade, há a preocupação com a construção de uma sociedade justa e solidária através do direito. Melhor dizendo: o desafio é evitar que o direito fique indiferente às injustiças sociais; que o mesmo seja minimamente suficiente a sustentar o Estado Democrático. Vislumbra-se que o direito assume uma feição de transformação de relações sociais e deixa de ser meramente regulador, conforme evidenciam os textos constitucionais surgidos a partir do segundo pós-guerra.

Ferrajoli (2002, n. 16) acreditava ser o neoconstitucionalismo uma “continuação natural do positivismo, um modo de ‘completar’ o paradigma positivista no novo contexto do Estado constitucional”. Todavia, o autor passou a acreditar que as posturas teóricas neoconstitucionalistas acabam simplesmente por reconstruir teses jusnaturalistas que reivindicam uma espécie perniciosa de conexão entre o direito e a moral. Na visão do autor, melhor seria dizer “constitucionalismo garantista”, tendo em vista que a principal característica deste é aperfeiçoar, com base na função normativa atribuída aos direitos fundamentais, o positivismo jurídico.

Assim, só podem ser desconsideradas as decisões tomadas em contrariedade com o sistema de garantias constituído pela Constituição Federal de 1988, fato que demonstra o *plus* do Estado Democrático de Direito, ou seja, a Constituição fortalece materialmente os limites entre o direito, política e moral, razão pela qual fala-se em diminuição do espaço de discricionariedade da política. Tal aspecto sempre esteve em debate, tendo em vista a necessidade de frear a discricionariedade do legislador, bem como de preservar a autonomia do direito, por este ser a base da democracia.

Este é o grande ponto de contato entre as propostas dos mais diversos autores como, por exemplo, Canotilho, Ferrajoli, Dworkin e Habermas, que apontam para um elevado grau de autonomia do direito e reconhecem a relevância desse *plus* que constitui o Estado Democrático de Direito.

Streck (2014, 27-41), neste sentido, bem abordou as características desse Constitucionalismo Contemporâneo:

As características desse Constitucionalismo Contemporâneo provocam profundas alterações no direito, proporcionando a superação do paradigma positivista, que pode ser compreendido no Brasil como produto de uma simbiose entre formalismo e escola do direito livre/realismo/jurisprudência dos interesses, no modo como ambos são entendidos pela(s) teoria(s) crítica(s) do direito. Na verdade, embora o positivismo possa ser compreendido no seu sentido positivo, como uma construção humana do direito no sentido de contraponto ao jusnaturalismo, e tenha, portanto, representado um papel relevante em dado contexto no decorrer da história, ele acabou se transformando – e, no Brasil, essa questão assume foros de dramaticidade – em uma concepção “matematizante” do social, a partir de uma dogmática jurídica formalista, de nítido caráter retórico.

O constitucionalismo, ao se apoiar no Estado Democrático de direito, ganha campo fértil, uma vez que a intenção de ambos os fenômenos é a modificação da realidade. Outrossim, ambos os fenômenos apresentam como consequência a constitucionalização do Direito Administrativo, o qual, por essência, passa a ser subordinado à Constituição Federal e à legalidade democrática (SILVA, 2002), acarretando a restrição da discricionariedade aos espaços que estejam circunscritos às finalidades legais e aos fins constitucionalmente estabelecidos (BINENBJOM, 2014). Logo, invoca-se o caráter determinante dos direitos fundamentais como pauta da Administração Pública (MOREIRA NETO, 2011, p. 20):

Assim é que, no campo do Direito Administrativo, as relações entre o Estado, como administrador de interesses públicos constitucionalmente postos a seu cargo, e os seus administrados, credores da realização desses interesses, também devem pautarem-se, além da observância das regras legais emanadas dos órgãos legitimados, por princípios de direito, que expressam esses valores indispensáveis e irrenunciáveis das sociedades democráticas.

Suplantado o estudo do fenômeno do constitucionalismo contemporâneo, importante realizar o estudo do princípio da eficiência, o qual, segundo Aragão (1997, p. 108) pode ser conceituado levando-se em conta a expressão “eficiência” como a relação entre o custo “real” e o “padrão”.

Os princípios jurídicos norteadores da Administração Pública estão, especialmente, expressos no caput, incisos, parágrafos e alíneas do artigo 37 da Constituição, exceto o princípio da motivação, que vem enunciado no artigo 93, X.

No que concerne ao princípio da eficiência, nota-se que a EC 19/1998 o incluiu como princípio expresso no caput do artigo 37 da Constituição Federal¹⁷. Referida inclusão bem demonstra que a existência de uma Administração Pública é inevitável nas sociedades contemporâneas, mas que os controles a que se sujeita, bem como seus métodos de gestão acarretam ineficiência em relação à administração de empreendimentos privados. Conseqüentemente, a Administração Pública deve aproximar-se o máximo possível da administração das empresas do setor privado, com a ampliação de autonomia dos entes administrativos e redução dos controles de atividades-meio, objetivando o princípio da eficiência.

O princípio da eficiência apresenta dois aspectos: relativamente à forma de atuação do agente público, espera-se o melhor desempenho possível de suas atribuições, com fito de obter os melhores resultados; quanto ao modelo de organizar, estruturar e disciplinar a administração pública, exige-se que este seja o mais racional possível, visando o alcance de melhores resultados na prestação de serviços públicos.

É possível, para Touraine (1997, p. 99), a identificação de quatro atributos da eficiência administrativa: racionalização, produtividade, economicidade e celeridade, sendo os últimos três considerados, apenas, uma consequência do primeiro. Isto, porque a eficiência e suas expressões afins referem-se a um ideal de racionalização da ação humana, vez que é a partir do método de conhecimento racional, visando a eliminação de erros, que se obtém um fim “racionalizado”, logo, mais eficiente.

Pode-se dizer, assim, que o objetivo do princípio da eficiência é assegurar que os serviços públicos sejam prestados com adequação às necessidades da sociedade que os custeia, razão pela qual, inclusive, integra o conceito legal de serviço público adequado (Lei 8.987/1995, art. 6º, §1º)¹⁸.

Verifica-se, pois, que a ideia de eficiência se aproxima da ideia de economicidade – princípio expresso no artigo 70, *caput*, da Constituição –, vez que se busca atingir objetivos traduzidos por boa prestação de serviços do modo mais simples, mais rápido, e mais econômico, melhorando a relação custo/benefício da

¹⁷Art. 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:[...].

¹⁸Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

atividade da Administração. O administrador deve sempre procurar a solução que melhor atenda ao interesse público, levando em conta o ótimo aproveitamento dos recursos públicos, conforme essa análise de custos e benefícios correspondentes.

O constitucionalista Moraes (1999, p. 65) define o princípio da eficiência como aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, através do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.

Acerca do tema, Gabardo (2017, p. 11) ensina:

Mas é importante ressaltar que sua abrangência é total sempre que for possível caracterizar o exercício da função administrativa. O artigo 37, caput, da Constituição da República assevera que os princípios constitucionais ali indicados são aplicáveis a toda administração direta e indireta de quaisquer dos Poderes de quaisquer entidades federativas. Isso inclui pessoas jurídicas de direito público políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), pessoas jurídicas de direito público administrativas (autarquias, fundações públicas e consórcios públicos) e de direito privado estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e consórcios públicos privados).

E, ainda sobre o tema, referido autor ressalta que o princípio da eficiência arroga a exigência de ser alcançada a melhor solução para o atendimento da finalidade pública, tanto no espaço de decisão vinculada à lei, quanto no espaço de decisão discricionária, sendo que nesta última a decisão deve comportar algum tipo de cotejamento entre regras ou entre princípios, que por sua vez podem sugerir uma complementação ou uma exclusão recíproca.

No mesmo sentido, Bandeira de Mello (2016, p. 109) menciona que quando da análise da íntima ligação entre o princípio estudado e os demais princípios constitucionais da Administração Pública torna-se mais clara a real possibilidade de entendimento da eficiência, sendo que tal liame se dá através do princípio da finalidade pública, princípio constitucional implícito, porém de suma importância.

Em suma: tendo como corolário a boa qualidade, a partir da posituação do princípio da eficiência, a sociedade passa a dispor de base jurídica expressa para exigir a efetividade do exercício de direitos sociais, que devem ser qualitativamente garantidos pelo Estado. Por tal razão, o cidadão possui o direito de questionar a

qualidade das obras e atividades públicas exercidas tanto pelo Estado quanto por seus delegatários.

Note-se que a eficiência, como princípio expresso, incontestavelmente integra o controle de legalidade ou legitimidade; logo, a atuação eficiente não é questão de conveniência e oportunidade administrativa, mas sim uma obrigação do administrador, não sendo cabível a Administração alegar que, dentre diversas atuações possíveis, deixou de escolher a mais eficiente porque julgou conveniente ou oportuno adotar uma outra, menos eficiente. Possibilita-se assim, em tese, a apreciação pelo Poder Judiciário de um ato administrativo quanto a sua eficiência.

Portanto, no entendimento de Rocha (1994, p. 119), o controle jurisdicional pode realizar um juízo de compatibilidade entre o ato e o sistema constitucional como um todo. A autora ensina que, embora os administrativistas fossem muito ligados à noção de “ato discricionário”, a partir de um certo momento passou-se a preferir a expressão “poder discricionário”. E complementando sua ideia, Féder (1997, p. 72) traz a opinião de que se todo poder é controlável, então não há motivo para excluir deste âmbito a ineficiência administrativa seja no âmbito vinculado, seja no âmbito discricionário de atuação do agente público.

A aplicação do princípio da eficiência não depende da vontade do agente público, até porque o agente público não realiza as atividades administrativas conforme suas vontades, mas segundo os enunciados legais, em especial, os constitucionais. O princípio da eficiência, a exemplo dos demais princípios da Administração Pública, obriga o agente estatal a realizar suas atividades conforme e na forma dos ditames legais. Queiró (1989, p.103) ensina que “a actividade da Administração é uma actividade de subsunção dos factos da vida real às categorias legais”.

Logo, o princípio da eficiência é um desdobramento dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da moralidade administrativa, mas vai além, pois estes princípios especificamente vinculados à Administração Pública, estão subordinados a outros princípios que fundamentam e àqueles que são os objetivos da República Federativa do Brasil enunciados nos artigos 1º e 3º da Constituição, além de seus desdobramentos.

Sobre o tema, Siraque (2004, p. 86) leciona que “a eficiência da Administração Pública é fundamental para o cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil e para o combate ao clientelismo, ao assistencialismo, ao paternalismo político

e, especialmente ao tráfico de influências”. Para tanto, como ensina Gabardo (2017, p. 18), não devem ser deixados de lado todos os demais controles possíveis em relação ao cumprimento do princípio da eficiência, sejam eles internos, como o hierárquico (exercício da autotutela e garantia dos recursos administrativos), o financeiro contábil (relativo à gestão patrimonial) e o organizativo específico (criação e reorganização dos entes e órgãos, métodos de trabalho, procedimento e regime de pessoal); externos, como o Parlamentar e o realizado por instituições independentes, como o Tribunal de Contas; ou os ditos sociais, realizado pelos partidos políticos, pelos sindicatos e pela opinião pública.

3.2 O controle da Administração Pública via Tribunal de Contas

Cediço que toda atuação administrativa está condicionada à observância dos princípios constitucionais expressos no artigo 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, princípios básicos da Administração Pública brasileira. Outros princípios, de direito público e de direito administrativo, informam também a atuação administrativa, por exemplo, a supremacia do interesse público, a razoabilidade, a proporcionalidade a segurança jurídica. Falar dos princípios significa dizer que não há atuação legítima da administração divorciada dos princípios informadores do direito administrativo e da Administração Pública. Neste sentido, Siraque (2004, p. 73) ressalta que:

A função administrativa do Estado é exercida primordialmente pelo Poder Executivo, mas tanto o Legislativo quanto o Judiciário também exercem esta função, embora de forma secundária e, portanto, no exercício da função administrativa, submetem-se às respectivas regras e princípios.

Logo, os princípios estabelecem diretrizes e conferem sentido lógico, harmonioso e racional a todo e qualquer sistema, razão pela qual pode-se dizer que são sua ideia central; a Constituição é um todo, um conjunto de princípios e regras, por isso os princípios contidos no artigo 37 podem e devem ser combinados com os princípios e regras implícitas ou explícitas em outros artigos da Constituição, em especial aqueles que fundamentam a República¹⁹.

¹⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;
II - a cidadania;

Cumpra salientar que o artigo 37 da Constituição Federal está inserido no capítulo intitulado “Da Administração Pública”, correspondendo à Seção I do Capítulo VII, que trata das “Disposições Gerais”. Tal fato evidencia que os princípios ali enumerados são de observância obrigatória para todos os poderes e para todos os entes federados, no exercício de funções administrativas.

Sabe-se, igualmente, que o ato administrativo será incapaz de produzir efeitos válidos e conseqüentemente passível de revogação pela própria Administração, ou de anulação pela Administração ou pelo Judiciário, se for praticado por agente incompetente ou com a finalidade diversa da estatuída em lei.

Precedendo a abordagem acerca do controle interno, externo, e autotutela, necessários alguns apontamentos sobre os atos administrativos. Frisa-se que os atos administrativos podem ser jurídicos ou não, sendo que os não jurídicos se regem pelas normas reguladoras da ordem interna dos serviços administrativos e, portanto, não interessam às relações entre o Estado e os indivíduos (FERNANDES, 1968).

O autor defende a possibilidade de preservação dos efeitos do ato inválido, utilizando-se do interesse público como critério de análise e classifica os atos administrativos da seguinte maneira: a) os absolutamente inválidos ou nulos, que são aqueles que violam regras fundamentais, ferindo intensamente o interesse público; b) os relativamente inválidos ou anuláveis, aqueles que violam regras fundamentais mas, em face de razões concretamente consideradas, o interesse público é mais protegido com sua validade parcial; c) os irregulares, que são os atos que apresentam defeitos irrelevantes, ferindo levemente as normas jurídicas; d) os atos inexistentes, desprovidos de relevância jurídica.

Quanto aos efeitos jurídicos, os atos administrativos poderão ser nulos ou anuláveis. Sendo que os nulos podem ser: a) juridicamente inexistentes; ou b) absolutamente repelidos pelo ordenamento jurídico. Os anuláveis, por sua vez, podem ser: a) existentes até a constatação dos vícios; b) aceitos, em função do melhor atendimento ao interesse público.

Paralelamente, Bandeira de Mello (2002, p. 393-427) utiliza como critério de análise somente as normas do ordenamento jurídico, numa visão positivista, tendo em vista que o termo interesse público é subjetivo e de significado polissêmico. Portanto,

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

para ele, a possibilidade ou não de convalidação de um ato administrativo inválido faz-se à luz da intensidade de repulsa do ordenamento jurídico perante atos que lhe são desconformes.

Sendo assim, de suma importância a possibilidade de controle interno, bem como o poder de rever os atos administrativos, restando sujeita a Administração Pública ao controle estatal. Assim, quando se fala em controle, pode-se dizer que o mesmo é interno (autotutela) ou externo (administrativo, legislativo e judiciário), conforme seja realizado.

Com relação ao controle interno, é aquele exercido dentro de um mesmo Poder, sem relação de hierarquia com o órgão controlado, ou ainda o controle que a administração direta exerce sobre a administração indireta de um mesmo Poder. Neste sentido, o artigo 74 da Constituição determina que os poderes mantenham sistemas de controle interno, estabelecendo os itens mínimos a serem objeto desse controle: avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; e apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. Ademais, os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária, sendo que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Já no que diz respeito ao controle externo, diz-se do controle exercido por um Poder sobre os atos administrativos praticados por outro Poder. A exemplo, além da anulação de um ato do Poder Executivo por decisão judicial e a auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União sobre despesas realizadas pelo Poder Executivo Federal, pode-se citar os previstos no artigo 49, incisos V e IX da Constituição²⁰. Só é controle externo o que um Poder exerce sobre a atuação do outro, reservando a

²⁰ [...]V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; [...]IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; [...].

expressão controle interno para todo e qualquer controle exercido no âmbito de um mesmo Poder, ainda que entre pessoas jurídicas diferentes (BANDEIRA DE MELLO, 2009). Outrossim, a doutrina (MEIRELES, 2012) consagra diversos tipos de controle, a saber.

Quanto ao objeto, pode ser: a) de legalidade - é exercido pela própria Administração ou pelo Judiciário, impondo-se na eventual ilegalidade a anulação do ato administrativo; b) de mérito - apenas a Administração o exercitará, julgando a oportunidade e conveniência da manutenção do ato já editado. Optando pela invalidação, tem-se a revogação do ato.

Quanto ao órgão executor, pode ser: a) administrativo; b) legislativo; c) judiciário.

Há, ainda, o controle hierárquico, próprio do escalonamento dos órgãos do Executivo; controle finalístico, que não se baseia no poder hierárquico, mas permite a constante fiscalização de uma entidade controladora, e o controle externo popular, que obriga o Executivo e o legislativo, nos Municípios, a transmitirem informações sobre suas contas, colocando-as à disposição do contribuinte por sessenta dias (MEIRELES, 2012).

Cumprir analisar mais especificamente os órgãos executores e seus respectivos controle. Inicialmente, no que concerne ao controle administrativo, nota-se que é o que decorre da aplicação do princípio do autocontrole, ou autotutela, do qual emerge o poder com idêntica designação (poder de autotutela). A Administração tem o dever de anular seus próprios atos, quando eivados de nulidade, podendo revogá-los ou alterá-los, por conveniência e oportunidade, respeitados, nessa hipótese, os direitos adquiridos. Trata-se da aplicação da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal²¹.

O controle é exercitado de ofício, pela própria Administração, ou por provocação. Na primeira hipótese, pode decorrer de: a) fiscalização hierárquica - decorre do poder hierárquico, que faculta à Administração a possibilidade de escalonar sua estrutura, vinculando uns a outros e permitindo a ordenação, coordenação, orientação de suas atividades; pode ser realizada a qualquer tempo, antes ou depois da edição do ato, e independentemente de qualquer provocação; b) supervisão superior; c) controle financeiro; d) pareceres vinculantes - decorre do poder hierárquico, que faculta à Administração a possibilidade de escalonar sua estrutura, vinculando uns a outros e

²¹ A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

permitindo a ordenação, coordenação, orientação de suas atividades. Dela derivam as prerrogativas ao superior hierárquico de delegar e avocar atribuições, assim também o dever desobediência. A fiscalização hierárquica pode ser realizada a qualquer tempo, antes ou depois da edição do ato, e independentemente de qualquer provocação; e) ouvidoria.

No entanto, para o estudo do controle da Administração Pública via Tribunal de contas, necessária a abordagem específica do controle exercido tanto pelo próprio Tribunal de Contas, quanto pelo controle financeiro, os quais guardam estrita relação. Assim, a fiscalização contábil, financeira e orçamentária é exercida sobre os atos de todas as pessoas que administrem bens ou dinheiros públicos, conforme preceitua o artigo 70 da Constituição²². Importante salientar que na área contábil há preocupação com a correta formalização dos registros das receitas e despesas, enquanto que na área financeira o controle se efetiva por meio do acompanhamento dos depósitos bancários, dos empenhos de despesas, dos pagamentos efetuados, dos ingressos de valores, entre outros. Já o controle orçamentário diz respeito ao acompanhamento da execução do orçamento, à fiscalização dos registros nas rubricas orçamentárias adequadas; enquanto que o controle operacional se dá no controle das atividades administrativas em geral, verificando-se a observância dos procedimentos legais e a sua adequação às exigências de eficiência e economicidade. Finalmente, tem-se o controle patrimonial que incide sobre os bens do patrimônio público, móveis e imóveis, constantes de almoxarifados, de estoques ou que estejam em uso pela administração.

Sobre o controle financeiro externo, que é o exercido pelos tribunais de contas auxiliando o Poder Legislativo, objetiva a probidade da atuação da administração pública e a utilização de recursos de forma regular, sendo um controle contábil e financeiro de legalidade e legitimidade, porém, de marcada índole política.

E sobre os tribunais de conta, cumpre salientar que são órgãos vinculados ao Poder Legislativo que auxiliam na realização do controle externo da administração pública, sobretudo o controle financeiro, no tocante à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

²² Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

Acerca da posição constitucional dos tribunais de contas no Brasil:

Cabe enfatizar, neste ponto, uma vez mais, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que inexistente qualquer vínculo de subordinação institucional dos Tribunais de Contas ao respectivo Poder Legislativo, eis que esses órgãos que auxiliam o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e as Câmaras Municipais possuem, por expressa outorga constitucional, autonomia que lhes assegura o autogoverno, dispondo, ainda, os membros que os integram, de prerrogativas próprias, como os predicamentos inerentes à magistratura.

Revela-se inteiramente falsa e completamente destituída de fundamento constitucional a ideia, de todo equivocada, de que os Tribunais de Contas seriam meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo.

Na realidade, os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. (MELLO, 2009)

Embora façam parte do Poder Legislativo, são órgãos investidos de autonomia jurídica, cujas atribuições constam expressamente no texto constitucional, sendo que inexistente qualquer subordinação hierárquica dos mesmos ao Poder Legislativo. Neste sentido, de acordo com a previsão expressa do artigo 71 da Constituição, o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República; julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta; apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta; realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe; fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres; prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei; assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado; e representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Importante abordar, acerca do inciso II do artigo 71 da Constituição Federal, mais especificamente sobre a competência do TCU para julgar as contas dos administradores de recursos políticos, que em que pese o dispositivo discorra sobre “julgar” não se trata de função jurisdicional, porque o Tribunal apenas examina as contas e não aprecia a responsabilidade do agente público, que é de competência exclusiva do Poder Judiciário; por isso se diz que o julgamento das contas é uma questão prévia, preliminar, de competência do Tribunal de Contas, que antecede o julgamento do responsável pelo Poder Judiciário.

E mais: ainda sobre referido inciso, importante transcrever notícia de grande relevância, veiculada no Informativo 408 do Supremo Tribunal Federal. Referido informativo alude que por força do artigo 71, inciso II, da Constituição Federal, o tribunal de Contas da União tem competência para proceder à tomada de contas especial de administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das entidades integrantes da administração indireta, não importando se prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica. Ou seja, atualmente, toda e qualquer entidade da administração indireta sujeita-se, integralmente, ao inciso II do artigo 71 da Constituição.

O artigo 74 da Constituição Federal determina que os Poderes mantenham sistema de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração Federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Além disso, salienta-se que de acordo com o artigo 75 da Carta Magna, as normas constitucionais referentes ao Tribunal de Contas da União devem ser aplicadas, no que couberem, aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como aos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Dessa forma, assim como cabe ao TCU auxiliar o Congresso Nacional no controle externo das contas públicas, incumbe aos Tribunais de Contas dos Estados o auxílio às Assembleias Legislativas e aos Tribunais de Contas dos Municípios o auxílio às Câmaras Municipais.

Inobstante, mister assinalar que há disposições específicas aplicáveis aos Municípios, mais especificamente no art. 31 da Constituição Federal, o qual prevê, em seu *caput* que a fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. O §º estabelece que o controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver. O §2º prevê que o parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal. O §3º dispõe que as contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei. E o §4º veda a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

Finalmente, mas não menos importante, ressalta-se o inciso III do art. 71 da Constituição e a Súmula Vinculante 3 aprovada pelo Supremo Tribunal Federal em 30 de maio de 2007:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Em suma, por força dessa determinação do STF, deverão ser assegurados o contraditório e a ampla defesa ao administrado – que não é parte no processo –, quando a decisão do processo acarrete, ou possa acarretar, uma consequência que lhe seja desfavorável (anulação ou revogação de um ato administrativo que o beneficiava).

Não é demais lembrar que o estudo realizado neste tópico acerca do controle da Administração Pública via Tribunal de contas alcança, além do Tribunal de Contas da União, as demais cortes de contas do país, vez que como fora mencionado no art. 75 da Constituição, “aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”.

3.3 O controle jurisdicional da Administração Pública

É de conhecimento geral que o controle jurisdicional dos atos normativos é realizado pelo Poder Judiciário, tanto por um único órgão (controle concentrado) – mais especificamente, no caso do Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Justiça – como por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso), admitindo o seu exercício por juízes em estágio probatório, melhor dizendo, sem terem sido vitaliciados, assim como por juízes dos juizados especiais. Meirelles (1999, p. 633) conceitua:

Controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. É um controle a posteriori, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege. Mas é sobretudo um meio de preservação de direitos individuais, porque visa a impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários. Esses direitos podem ser públicos ou privados – não importa -, mas sempre subjetivos e próprios de quem pede a correção judicial do ato administrativo, salvo na ação popular e na ação civil pública, em que o autor defende o patrimônio da comunidade lesado pela Administração.

Interessante chamar atenção para o fato de que nosso país adotou o sistema denominado misto, vez que o controle é realizado pelo Poder Judiciário (por tal razão denominado controle jurisdicional) tanto de forma concentrada, quanto de forma difusa (por qualquer juiz ou tribunal). Ainda, chama-se atenção para o fato de que ambos os controles possuem autonomia, ou seja, um não pode condicionar a sua admissibilidade à inviolabilidade do outro, não podendo deixar de lado o fato de que se já houver decisão no controle concentrado poderá haver repercussão sobre o controle difuso.

Assim, quando se fala em controle jurisdicional da administração pública significa dizer que o Poder judiciário pode - sempre ou desde que provocado - anular atos administrativos que apresentem vícios de ilegalidade ou ilegitimidade. Neste sentido, prevê o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal²³. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma

²³Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

mais completa e convincente possível. Omisso o provimento judicial e, em que pese a interposição de embargos declaratórios, persistindo o vício na arte de proceder, forçoso é assentar a configuração da nulidade.” (RE 158.655, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 20-8-1996, Segunda Turma, DJ de 2-5-1997).

Não se pode deixar de mencionar que o atual quadro da Administração Pública brasileira mostra-se, no mínimo, frustrante: desgastada pela corrupção generalizada, pela falta de credibilidade das autoridades públicas em todos os escalões, bem como pela impunidade institucionalizada. Este tenebroso quadro contribui, sem sombra de dúvidas, à inversão dos valores dos povos civilizados, vez que arraigou-se, no entendimento do cidadão brasileiro comum, profunda convicção no sentido de que todo administrador da coisa pública é considerado, em princípio, incapaz e corrupto, até prova em contrário. E não podemos esquecer: o grau de eficácia do Estado de Direito depende do grau de controle da atividade pública, o que acaba acontecendo através, na grande maioria das vezes, do controle jurisdicional, devido à falta de crença na máquina pública.

Inobstante, necessário o debate sobre eficácia e eficiência. Os termos eficiência e eficácia não são equivalentes, embora a distinção entre eles nem sempre seja estabelecida da mesma forma. Eficiência tem genericamente que ver com o modo como se obtém determinados resultados: um método é mais eficiente que outro se para atingir o mesmo resultado exige menor dispêndio de recursos – obter o mesmo *output* a partir do mesmo *input*. É, em rigor, um conceito relativo e não absoluto, uma vez que uma empresa pode ser considerada mais eficiente que outra ou outras; uma máquina ou um método pode ser mais eficiente que outro; ou seja, poderão existir ou vir a existir alternativas mais eficientes (ROBALO, 1995).

É possível dizer que enquanto a eficiência se refere à melhor forma de atingir determinado objetivo, eficácia refere-se sobretudo ao fato de se atingir ou não o objetivos e se esse objetivo é realmente o que deve ser atingido. Logo, eficácia tem a ver com o que fazer, eficiência com como fazer. Eficácia é um conceito relevante sobretudo a nível institucional-estratégico, eficiência sobretudo a nível operacional (ROBALO, 1995).

Esta distinção é a mais generalizada na literatura de gestão, devendo observar-se que embora o conceito de eficiência não levante dificuldades, o de eficácia se presta a interpretações e operacionalizações diferentes (DRUCKER, 1967).

Suplantada a diferenciação entre eficiência e eficácia, verifica-se, pois, que no Brasil, cabe ao Poder Judiciário, e só a ele, resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direitos, inclusive aqueles em que seja parte o Poder Público. O controle jurisdicional da Administração Pública, juntamente com o princípio da legalidade, constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito pois de nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela.

O controle judicial é externo (por se realizar por órgão que não integra a mesma estrutura organizacional da Administração Pública), provocado (porquanto só excepcionalmente o Judiciário atua de ofício) e direto (porque incide, precípua e imediatamente, sobre os atos e atividades administrativas). Além disso, é, notadamente, repressivo, dado incidir sobre medida que já produziu ou está produzindo efeitos. Extraordinariamente, pode ser preventivo. É o que ocorre, por exemplo, com a ação declaratória, o *habeas corpus* e o mandado de segurança preventivos (GASPARINI, 2012).

Frisa-se que não cabe ao Poder Judiciário analisar a conveniência e/ou a oportunidade (mérito do ato administrativo) do agir administrativo, sendo-lhe vedado adentrar no mérito administrativo. O controle judicial visa, apenas, o exame da legalidade do ato ou atividade administrativa, confirmando-os, em caso de legalidade, ou anulando-os, em caso de violação ao ordenamento jurídico. Não faria sentido o juiz, órgão voltado à atividade jurisdicional, muitas vezes distante da realidade e das necessidades administrativas, substituir, pela sua, a ótica do administrador. Significa que, se fosse dado ao juiz decidir sobre a legitimidade da valoração de oportunidade e conveniência realizada pelo administrador na prática de atos discricionários de sua competência, estaria esse juiz substituindo a avaliação de conveniência e oportunidade realizada pelo administrador, que vivenciou a situação que ensejou a prática do ato, que tem como mister exatamente o exercício de atividades administrativas, por uma avaliação de conveniência e oportunidade realizada por ele, juiz, evidentemente distanciado do cotidiano da administração pública.

No mesmo sentido, Meirelles (1999, p. 634) ensina que todo e qualquer ato administrativo para que seja, efetivamente, legítimo e operante, deve ser praticado em conformidade com a norma legal (legalidade), com a moral da instituição (moralidade), com a destinação pública própria (finalidade), com a divulgação oficial necessária

(publicidade) e com a presteza e rendimento funcional (eficiência). Caso contrário, a Administração Pública vicia o ato, expondo-o a anulação por ela mesma ou pelo Poder Judiciário se requerida pelo interessado.

Não se pode deixar de mencionar que no exercício de função administrativa o Poder Judiciário pode, sim, revogar atos discricionários que ele mesmo tenha editado, porém, isto não pode ser considerado controle judicial propriamente dito, mas sim, controle administrativo, vez que o Poder Judiciário estará atuando como Administração Pública.

Quanto aos limites do controle do Poder Judiciário, entende-se que este não deverá incidir sobre os aspectos que são reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos como o mérito administrativo – conveniência e oportunidade. Logo, o controle judicial dos atos administrativos limita-se da seguinte forma: a competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade entende-se a conformidade do ato com a moral administrativa e com o interesse coletivo (princípios da moralidade e da finalidade), indissociáveis de toda atividade pública. Tanto é ilegal o ato que desatende à lei formalmente, como ilegítimo o ato que violenta a moral da instituição ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados de pessoas, grupos ou partidos favoritos da Administração.

Neste ponto, há divergência quanto à fixação de um limite para a apreciação judicial dos atos administrativos. Alguns autores consideram que o Judiciário não pode invalidar a escolha feita pelo administrador - resultado de sua valoração de oportunidade e conveniência administrativas - e os elementos motivo e objeto desses atos - que formam o chamado mérito administrativo. Por outro lado, há autores que entendem que não há invasão de mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário. O posicionamento do STJ caminha neste sentido:

Nada há de surpreendente, então, em que **o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato.** Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio - e, de resto fundamental - pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito. (...) Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal

violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária." (Celso Antônio Bandeira de Mello acerca dos atos discricionários e seu controle, in Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 15ª Edição, páginas 395/396 - 836/837).

Assim, conclui-se que no Brasil haver-se-á de considerar que está em discussão a defesa de um direito subjetivo quando: a) é causado, ao administrado, um agravo pessoal, através da ruptura da legalidade, do qual estaria livre se fosse mantida íntegra a ordem jurídica; b) lhe seja subtraída uma vantagem a que acederia ou a que se propõe nos termos da lei a aceder e que pessoalmente desfrutaria ou faria jus a disputá-la se não houvesse ruptura da legalidade (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 897).

Salienta-se, então, que há, genericamente, atos administrativos que podem ser revistos normalmente pelo Poder Judiciário. Há, no entanto, atos específicos, com natureza e fundamento peculiar, cujo controle judicial faz-se de forma especial. Referidos atos "são os chamados atos políticos, os atos legislativos e os "*interna corporis*". No que concerne aos atos políticos, Meirelles (1999, p. 636) assim os conceitua:

Praticados por agentes do Governo, no uso de competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência ou oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos. São atos governamentais por excelência, e não apenas de administração. São atos de condução dos negócios públicos, e não simplesmente de execução de serviços públicos. Daí seu maior discricionarismo e, conseqüentemente, as maiores restrições para o controle judicial. Mas nem por isso afastam a apreciação da Justiça quando argüidos de lesivos a direito individual ou ao patrimônio público.

Para blindar um ato político da revisão judicial é necessária harmonia em relação aos limites da discricionariedade, especialmente no que diz respeito à legitimidade. Não se pode esquecer que vige o princípio da inafastabilidade do controle judicial, inclusive de questões políticas, destacando-se como preceito essencial ao Estado Democrático de Direito: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos[...]. E, de acordo com o previsto no

art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, um dos principais meios de controle de atos políticos é o mandado de segurança²⁴.

Já com relação aos atos legislativos, tem-se que os mesmos implicam principalmente, numa declaração unilateral do Poder Legislativo, por meio da qual cria, modifica ou extingue normas jurídicas de caráter geral e abstrato. Nota-se, então, que nestes casos será necessário o controle judicial para que haja o resguardo da legalidade da tramitação, bem como da elaboração. Evidente que o Poder Judiciário não poderá questionar o mérito das deliberações legislativas, nem mesmo as opções políticas feitas no processo legislativo, mas sim, “verificar se o processo legislativo foi atendido em sua plenitude, inclusive na tramitação regimental”. Destarte, constatando-se “infringência à Constituição, à lei ou ao regimento, compete ao Judiciário anular a deliberação ilegal do Legislativo, para que outra se produza em forma legal”. Por fim, tem-se o processo de cassação de mandato pelo Legislativo. Isto porque tal processo vincula-se às leis que definem os motivos e à tramitação procedimental. Por isso, cabe controle judicial de legalidade “quanto à existência de motivos e à regularidade formal do processo” (MEIRELLES, 1999).

Finalmente, tem-se que os atos “*interna corporis*” são só aquelas questões ou assuntos que entendem direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados à exclusiva apreciação e deliberação do Plenário da Câmara. Tais são os atos de escolha da Mesa (eleições internas), os de verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros (cassação de mandatos, concessão de licenças etc.) e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (modo de funcionamento da Câmara, elaboração de regimento, constituição de comissões, organização de serviços auxiliares etc.) e a valoração das votações. Em suma, tendo-se hipótese exclusivamente interpretativa de normas regimentais, não pode haver submeter-se à crítica judiciária. Dessa forma, restringe-se consideravelmente a possibilidade de controle judicial dos atos “*interna corporis*”.

²⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; [...].

Igualmente, necessária a abordagem da extensão do controle jurisdicional, primordialmente depois da evolução do princípio da legalidade, que atualmente vai além da simples adequação à lei, englobando ainda os princípios balizadores do ordenamento jurídico. Todavia, precedendo qualquer consideração, salienta-se que o princípio da legalidade é dirigido à Administração Pública e impõe a esta o dever de agir em estrito cumprimento legal, ou seja, restringe sua atuação à forma permitida por lei. Já em relação ao particular, o princípio da legalidade exige apenas que este não afronte os ditames da lei, podendo fazer tudo o que não for proibido.

Em relação ao sentido do princípio da legalidade imposto pelo art. 37 da Constituição Federal, Bacellar Filho (1997, p. 150) entende estar este princípio ali expresso em seu sentido restrito, até por uma questão lógica. Faz esta afirmação constatando que se a Constituição pretendesse abarcar no princípio da legalidade a vinculação da Administração Pública a todo o ordenamento constitucional, seria inútil estabelecer outros princípios constitucionais da Administração.

Neste mesmo sentido, Moreira (2000, p. 67), ao tratar do princípio da legalidade, nega a possibilidade de uma aplicação automática da lei, entendendo deva o administrador estar atento a todo o sistema normativo. Aponta que este princípio tem como função definir os limites da atuação administrativa e impedir que haja influências políticas nesta atuação. Ressalta ainda a importância do princípio, ao dizer que “é através da legalidade que se dá exercício concreto do Estado Democrático de Direito. Mediante aplicação formal e substancial da lei, a Administração cumpre a vontade popular e confere vitalidade aos demais preceitos constitucionais”.

Importante salientar que o princípio da legalidade abarca o princípio da primazia (ou prevalência ou supremacia) e o princípio da reserva legal. Determina o princípio da primazia que os atos de administração devem respeitar as leis, enquanto que o princípio da reserva legal significa que tais atos devem se basear ou fundar em leis. Percebe-se, pois, que o princípio da legalidade enunciado no artigo 37 é um desdobramento do artigo 5º, II, da Constituição e preceitua que: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". A máxima diz que enquanto os cidadãos podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei a ele atribuiu e na forma por ela prescrita.

Rocha (1994, p.79-80) assinala que essa progressão do princípio da legalidade culminou no princípio da juridicidade, pontuando que o Estado Democrático de Direito

material, com o conteúdo do princípio inicialmente apelidado de "legalidade administrativa" e, agora, mais propriamente rotulada de "juridicidade administrativa", adquiriu elementos novos, democratizou-se. A juridicidade é, no Estado Democrático, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social.

Destarte, pode-se conceituar o princípio da juridicidade como a adequação do ato administrativo às normas e aos princípios, perpassando o princípio da legalidade, agregando-lhe a obrigatoriedade de se observar a totalidade do ordenamento jurídico. No Direito brasileiro, o princípio da juridicidade é extraído da leitura do artigo 37, caput, da Constituição Federal, onde os princípios norteadores da Administração Pública, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, condensaram-se em princípio da juridicidade.

O Supremo Tribunal Federal consagrou referido princípio:

"A releitura da atávica dicotomia entre atos vinculados v. atos discricionários pela moderna dogmática do direito administrativo, autoriza o controle jurisdicional mais ou menos intenso nos atos praticados pelas comissões organizadoras de concurso público conforme o grau de vinculação do ato administrativo (edital) à juridicidade, notadamente quando se verificar desvio da finalidade na atribuição de pontuação aos títulos dos candidatos ou quando esta for manifestamente desproporcional à luz das exigências editalícias." (MS 26.849-AgR, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 10-4-2014, Plenário, DJE de 21-5-2014.)

Isto porque, ao positivizar, em sede constitucional, os princípios da Administração Pública, houve verdadeira ampliação do campo controlável da discricionariedade administrativa, não mais se restringindo à simples adequação a leis, decretos e atos normativos inferiores.

Ressalta-se, de todo modo, porquanto se apresenta como alternativa inibidora de eventuais arbitrariedades a serem perpetradas no uso da discricionariedade administrativa, o filtro judicial nos atos administrativos revestidos de discricionariedade goza de substancial relevo. Nessa toada, Bandeira de Mello (2005, p. 918), abrangendo os princípios no conceito de lei, doutrina que:

A lei, então, vaza sempre, nas palavras de que se vale, o intento inequívoco de demarcar situações propiciatórias de certos comportamentos e identificar objetivos a serem implementados. É esta, aliás, sua razão de existir. Salvo disparatando, não há como fugir, pois, à conclusão de que ao Judiciário assiste não só o direito mas o indeclinável dever de se debruçar sobre o ato administrativo praticado sob título de exercício discricionário, a fim de verificar se se manteve ou não fiel aos desiderata da lei; se guardou afinamento com a significação possível dos conceitos expressados à guisa de pressuposto ou de finalidade da norma ou se lhes atribuiu inteligência abusiva. Contestar esta

assertiva equivaleria a admitir que a própria razão de ser da lei pode ser desconhecida e aniquilada sem remédio. A ausência de um contraste possível seria o mesmo que a ilimitação do poder administrativo, idéia contraposta ao princípio da legalidade, viga-mestra do Direito Constitucional moderno e verdadeira raiz do Direito Administrativo.

E acrescenta que a interpretação do sentido da lei não agrava a discricionariedade, mas apenas lhe reconhece os confins; não invade o mérito do ato nem se interna em avaliações inobjektáveis, mas recolhe a significação possível em função do texto, do contexto e da ordenação normativa como um todo. A discricionariedade fica, então, acantonada nas regiões em que a dúvida sobre a extensão do conceito ou sobre o alcance da vontade legal é ineliminável. Então, verifica-se que o controle judicial dos atos administrativos tidos por discricionários recaem sobre três pontos fulcrais, a saber: os exames de motivos, de finalidade, para averiguação de desvio de poder, e da causa do ato.

Motivo deve ser entendido como pressuposto objetivo de validade que precede o ato administrativo, situando-se fora deste, pois relativo a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato. Já no que tange à finalidade, compreende-se como pressuposto teleológico do ato administrativo, diz respeito ao objetivo inerente à categoria do ato, ou o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato.

Quem define a finalidade que o ato deve alcançar é o legislador, o que exclui qualquer liberdade de opção para a autoridade administrativa: assim, por exemplo, se a lei coloca a demissão entre os atos punitivos, não pode ela ser utilizada com outra finalidade que não a de punição; se a lei permite a remoção *ex officio* do funcionário para atender a necessidade do serviço público, não pode ser utilizada para finalidade diversa, como a de punição. Seja infringida a finalidade legal do ato (em sentido estrito), seja desatendido o seu fim de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal, por desvio de poder. Tanto ocorre esse vício quando a Administração remove o funcionário a título de punição, como no caso em que ela desapropria um imóvel para perseguir o seu proprietário, inimigo político. No primeiro caso, o ato praticado com finalidade diversa da prevista na lei; no segundo, fugiu ao interesse público e foi praticado para atender ao fim de interesse particular da autoridade.

Sobre o desvio de poder, Bandeira de Mello (2005, p. 379) ensina que “ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía (em

abstrato) para alcançar uma finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida”. E acrescenta que:

(...) nem sempre há um “móvel”, isto é, uma intenção inadequada. Com efeito, agente pode, equivocadamente, supor que uma dada competência era prestante, de direito, para a busca de um dado resultado e por isto haver praticado o ato almejando alcançá-lo pela via utilizada. Neste caso não haverá intenção viciada. É certo, entretanto, que o freqüente, o comum, é que exista vício de intenção, o qual poderá ou não corresponder ao desejo de satisfazer um apetite pessoal. Contudo, o ato será sempre viciado por não manter relação adequada com a finalidade em vista da qual poderia ser praticado. O que vicia, portanto, não é o defeito de intenção, quando existente – ainda que através disto se possa, muitas vezes, perceber o vício -, mas o desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência. (2005, p. 380).

Já o exame da causa do ato se refere ao ajustamento dos pressupostos do ato administrativo e o seu objeto, numa relação baseada na finalidade do ato. Bandeira de Mello (2005, p. 927) destaca o caráter de colmatação do exame da causa do ato, pois: apresenta especial relevo nos casos em que a lei se omitiu na enunciação dos motivos, dos pressupostos que ensejaram a prática do ato. Nestas situações não haveria como cotejar o motivo legal com a situação fática para aferir ajuste ou desajuste entre eles, precisamente por ter faltado a indicação normativa. Admitindo, ainda, que o agente pudesse escolher o motivo em função do qual haja exarado o ato, cumpre de todo modo, que este seja logicamente correlacionado com o conteúdo do ato, em vista da finalidade que o categoriza.

Os direitos sociais prestacionais enfrentam duas ordens de limites para a possibilidade de sua efetivação jurisdicional: a baixa densidade normativa (reserva de consistência) e o fato de exigirem condições materiais para a sua viabilização (reserva do possível, no fundo uma das expressões da reserva de consistência), que o Judiciário não pode criar e que devem ser aferidas essencialmente pelos órgãos com competências orçamentárias. A reserva do possível não é, porém, um limite intransponível, já que, apesar das dificuldades, pode o Judiciário verificar quais prestações materiais são de possível atendimento. Afinal, embora seja ampla a liberdade do legislador na elaboração do orçamento, este não deve se descuidar das exigências constitucionais mínimas, ou seja, dos direitos sociais mínimos, casos em que a necessidade de argumentação se imporá com especial força (TORRES, 1999).

Neste sentido, leciona Moro (2001. p. 108-110):

De um lado, encontrar-se-ia, principalmente, o princípio da liberdade fática (possibilidade real do exercício das liberdades pelos indivíduos); de outro, o

argumento democrático e, eventualmente, outros direitos fundamentais que poderiam sofrer restrições no caso de desenvolvimento e efetivação de direitos a prestações materiais (como a liberdade da atividade econômica quando concretizado o salário mínimo). A ponderação restaria favorável aos direitos a prestações materiais no caso dos direitos sociais mínimos.

Importante recordar, igualmente, que em se tratando de casos em que a verba orçamentária não tenha destinação vinculada, o controle jurisdicional far-se-á possível tão somente nas hipóteses em que a omissão do Executivo, em relação à reserva do montante necessário à implementação de políticas públicas relativas aos direitos sociais, revelar-se evidente e inequívoca (PORT, 2005).

Em suma, o controle judicial recai notadamente sobre a atividade administrativa estatal, podendo ser desempenhado por qualquer poder, além de atingir basicamente os atos administrativos do Poder Executivo, mas também examina os atos do Poder Legislativo e do próprio Poder Judiciário, no qual se desempenha a atividade administrativa em grande quantidade, o que é de extrema importância para limitação da atuação do poder público, impedindo que a administração aja com arbitrariedade e autoritarismo.

Cumpre salientar, ainda, que o controle judicial tem, ainda, como princípio basilar o Ministério Público, pois através de instrumentos constitucionais possuem a virtude de assegurar os direitos sociais, além do controle e fiscalização dos atos da administração pública, com fulcro no artigo 129 da Constituição Federal²⁵. Logo, o Ministério Público se adequa neste meio com o papel de fiscalizador, pois enquanto instituição permanente de defesa da cidadania é órgão de controle da Administração Pública e tem como dever e obrigação zelar pela cidadania e legalidade no âmbito da fiscalização dos Tribunais de Contas.

²⁵ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Consabido que para efetuar o controle sobre a Administração Pública e de políticas públicas, antes de ingressar judicialmente, o Ministério Público poderá valer-se dos meios extrajudiciais de que possui, como por exemplo a instauração de procedimentos administrativos e inquéritos civis, expedição de recomendação, celebração de termo de ajustamento de conduta e promoção de audiências públicas²⁶.

Constata-se, pois, que a submissão do administrador é o preço de uma real e verdadeira justiça administrativa, crescente e substancialmente garantida por um controle jurisdicional desenvolvido, reverente e preciso, pronto a corrigir imperfeições, a impedir desmandos e desgovernos e, em maior grau, a garantir a missão que lhe impôs o Estado Democrático e Social de Direito brasileiro, além da importância conferida ao Ministério Público atribuída pela Constituição Federal Brasileira, caracterizado como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, dentre outros.

Nota-se, então, tomando-se por base a eficiência, o controle externo se mostra em vantagem sobre o interno, tendo em vista o fato deste último não produzir os resultados requeridos.

²⁶ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

4 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NO CONTROLE DAS OBRAS PÚBLICAS MUNICIPAIS – OBSERVAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA

4.1 Metodologia de análise da jurisprudência

Metodologia é a ciência que estuda os métodos utilizados no processo de conhecimento. É, portanto, uma disciplina que se relaciona com a epistemologia e consiste em estudar e avaliar os vários métodos disponíveis, identificando suas limitações ou não no âmbito das implicações de suas aplicações. Já o método é o caminho a ser trilhado pelo pesquisador, desde o início de sua caminhada, com a formulação de um problema, até a comprovação da hipótese (resposta ao problema), ao final da pesquisa. Pode ser entendido como um conjunto de etapas que serão vencidas de forma sistematizada na busca pela “verdade” (MARSHALL, 2014).

Note-se que essa verdade é validada pela ciência, uma vez que, em sentido absoluto, ela jamais será alcançada, pois apenas um resultado contrário é capaz de derrubar uma teoria científica, mesmo depois de mil experimentos que tenham reproduzido resultados consistentes com uma teoria científica. Ora, para que seja considerada científica, uma pesquisa deve utilizar, conseqüentemente, um método científico, melhor dizendo, deve propiciar que a busca já realizada em determinada pesquisa possa ser refeita por outros pesquisadores, que consigam identificar com clareza e precisão as técnicas e os raciocínios já utilizados em pesquisas feitas anteriormente.

A ciência busca capturar e analisar a realidade, e é o método que faz com que o pesquisador consiga atingir seus objetivos, utilizando-se o método como o caminho percorrido pelo pesquisador para alcançar determinado fim, pode-se dizer que não há ciência sem método. No entanto, sozinho, o método não consegue produzir ciência, devendo sempre estar aliado a disciplina do pesquisador na busca pela verdade a fim de alcançar possíveis respostas. Em suma, o método nada mais é do que o responsável pela condução do pesquisador ao seu objetivo; é ele quem leva o pesquisador desde o problema inicial que o motivou a pesquisar até a comprovação de uma resposta, no término da pesquisa.

Por traduzir a forma por meio da qual o pesquisador obteve seus resultados, possibilitando a outros pesquisadores seguirem os mesmos passos, o mesmo caminho utilizado pelo pesquisador, o método é responsável pela transparência e pela objetividade da pesquisa. Todavia, não se pode confundir método com processo, sendo que ao primeiro é fornecida uma abordagem mais ampla, enquanto que o processo nada mais é do que a aplicação específica do plano metodológico e a forma especial de execução das ações.

Ao tomar por base a aplicação do método é possível verificar que quanto mais abstrato e amplo é determinado elemento do método, mais facilitada é sua utilização e desenvolvimento por determinada proposição científica. Isso ocorre quando se utiliza dedutivamente os elementos mais abstratos do método para o seu desenvolvimento. Quanto mais amplo é certo elemento do método, há maior proeminência da dedução em sua aplicação devido a sua própria abrangência teórica, o que permite que se possa empregá-lo em diferentes realidades que se procure abordar. Assim, é recorrente a utilização e desenvolvimento de proposições pela utilização das doutrinas e correntes de pensamento em seus termos gerais, por meio de generalizações, principalmente, por seus aspectos ideológicos e/ou procedimentais. Portanto, quando se fala em correntes de pensamento, não se deve considerar um único pensador e sua respectiva proposição teórica e sim um conjunto de pensadores que possuem propostas similares. Desse modo, utilizar e desenvolver, indutivamente, certa corrente de pensamento em sua totalidade incorre numa imersão em um grande conjunto de pensadores e ideias, o que torna sua utilização mais complexa. Já para a aplicação dos elementos do método se pode entender que quanto mais empírico um dado elemento do método, mais difícil será sua utilização – de maneira coerente – em determinada proposição científica devido a especificidade que ele foi desenvolvido para certa abordagem do real. Assim, a utilização e desenvolvimento de conceitos, categorias e teorias é mais facilitado porque se busca a cada utilização, indutivamente, uma correspondência com o real e com os pressupostos da ciência que se trabalha (BERNARDES, 2018).

Para tornar-se uma pesquisa científica é necessária a utilização de algumas práticas, tais quais, a criação de um problema; a indagação de uma hipótese; a coleta de dados - busca de dados que sirvam para responder o problema criado; bem como a análise da resposta, ou seja, a verificação da viabilidade da hipótese encontrada. Além da utilização das práticas mencionadas, também é necessário optar por um

método específico, responsável pelas diferentes formas de se chegar às respostas pretendidas.

Frente a tal cenário, é possível afirmar que existem diferentes métodos que correspondem a cada ramo da ciência e a cada tema a ser pesquisado. As classificações dos métodos são muitas, sendo utilizada neste trabalho a classificação que divide os métodos em “de abordagem” e “de procedimento”.

No que concerne aos métodos de abordagem são seis: método indutivo, método dedutivo, método indutivo-dedutivo, método hipotético-dedutivo, método dialético, e método da complexidade.

O método indutivo parte das observações particulares para chegar a conclusões gerais. A constância e a regularidade dos fenômenos produzem uma generalização, querem levar a uma lei geral e universal. Induzir é chegar a uma conclusão a partir de dados particulares. Nota-se que a conclusão é maior do que a realidade particular. Esse método depende da amostra pesquisada. Por isso, o cuidado estatístico, por exemplo, nas pesquisas de opinião eleitorais. Esse método foi e é muito questionado do ponto de vista de sua fundamentação lógica (FREIRE-MAIA, 2007, p. 30-43). Porém, é muito utilizado nas ciências experimentais e há autores, como Hume, que fala de uma tendência psicológica do ser humano em fazer induções (FREIRE-MAIA, 2007, p. 39-40).

O método indutivo é o método proposto por autores empiristas como Hume, Locke, Bacon e Hobbes. Para eles o conhecimento está fundamentado apenas na experiência e não deve partir de princípios preestabelecidos (dedutivos). A conclusão indutiva é provável e não necessariamente verdadeira. O esquema de uma variante desse método, chamado de “indutivo-confirmável” é o seguinte: observação do fenômeno e seus elementos - análise da “relação quantitativa entre os elementos” – “indução de hipóteses quantitativas” – teste experimental de verificação das hipóteses – generalização dos resultados (KÖCHE, 2009, p. 56).

O método dedutivo, ao contrário do anterior, parte da generalização e quer confirmá-la na particularidade. Por exemplo: todo ser humano é mortal (generalização); Paulo é ser humano (particularidade), logo Paulo é mortal (conclusão particular). O alcance da conclusão dedutiva (Paulo é mortal) é mais limitado, porém seguramente verdadeiro. Essa conclusão só confirma o que já se sabe. Outro exemplo: todas as maçãs deste quintal são do tipo Fuji; essas maçãs são deste quintal, logo essas maçãs são verdadeiramente e necessariamente Fuji. A dedução é

um método proposto por autores clássicos como Descartes, Spinoza e Leibniz. Sua utilização é maior em campos como a Física e a Matemática.

O método indutivo-dedutivo combina os dois anteriores. Parte da observação para a indução faz a dedução e volta à observação. O esquema é o seguinte: observação dos fenômenos – indução – dedução – volta aos fenômenos. Aristóteles foi quem propôs esse método. Stuart Mill fala dos três passos que o constituem: a indução, a dedução (raciocínio) e a experimentação. Outro autor que consagrou esse método foi Isaac Newton chamando-o de “análise e síntese”. A análise para Newton é o momento de observações e experimentações. Já a síntese é o momento de fazer as conclusões gerais, as descobertas, as causas, as exceções e os princípios, a partir da indução, que explicam os fenômenos.

O método hipotético-dedutivo nasceu da percepção de que não é necessário sempre se partir dos fenômenos, da observação deles e, então, por indução, produzir uma hipótese. É possível que já exista a hipótese, nascida da imaginação, do senso comum ou da intuição. Freire-Maia cita o exemplo de Charles Darwin que teve a ideia da teoria da evolução, lendo um livro sobre sociologia e economia. Ele usava tanto o método indutivo (coletar muitos dados para formular uma hipótese) quando hipotético-dedutivo (partia de uma hipótese e buscava deduzi-la na verificação dos fatos e fenômenos) (FREIRE-MAIA, 2007, p. 43). A partir da hipótese, o pesquisador, por dedução, deve verificar se ela realmente se confirma ou não. O esquema é o seguinte: hipótese – dedução – fenômenos. Há um problema, proposto como hipótese, formula-se uma solução dedutiva e se realiza experimentos, testes, análises para refutar ou confirmar a hipótese.

Método dialético: para Platão era uma forma de diálogo, de confrontação de ideias, era o método de perguntar, responder e refutar, que ele aprendeu com Sócrates. Para Hegel, a dialética era uma dinâmica contínua do pensamento de oferecer uma tese, a contraposição a ela (antítese) e a elaboração de uma síntese.

Método da complexidade: trata-se de um método desenvolvido por Edgar Morin e que introduz a ideia de complexidade. A realidade deve ser compreendida em sua complexidade, em sua dinamicidade.

Na esfera do conhecimento, da investigação ou de qualquer atividade intelectual, o vocábulo método está associado ao termo metodologia, que é o estudo dos métodos utilizados no processo de conhecimento. Como conhecimento metódico, sistemático, programado, a ciência tem como principal objetivo a busca da verdade

sobre as coisas, os fatos, as ideias, tendo o conhecimento científico uma característica especial: os raciocínios e as técnicas que utiliza podem ser claramente identificados.

Com o vocábulo metodologia podem-se destacar outras duas categorias distintas entre si, quais sejam, método e os procedimentos técnicos. Sabe-se que um método é o caminho adotado para alcançar determinado objetivo. Todavia, para que seja possível obter os objetivos, é necessário optar por um procedimento técnico. Melhor dizendo: na investigação científica, a partir do momento em que se estabelece o método de abordagem da pesquisa, o passo seguinte será o de articular um ou vários procedimentos técnicos, instrumentos ou técnicas que são adotados para executar a atividade pretendida.

Partindo de tais premissas, verifica-se que o método de abordagem utilizado nesta pesquisa foi o hipotético-dedutivo, que se consubstancia pela verificação de uma lacuna de conhecimento, sobre a qual se elabora a hipótese de que os elementos “eficiência” e “qualidade” não são levados em conta no controle das obras públicas municipais, a ser testada a partir da inferência dedutiva. O método hipotético-dedutivo se justifica por ser necessário o aprofundamento das consequências da não utilização de tais parâmetros.

Suplantada a análise do método de abordagem, necessário o estudo acerca do método de procedimento. Os métodos de procedimento constituem etapas mais concretas da pesquisa, explicando objetos menos abstratos. Relacionam-se, portanto, especificamente com as fases da pesquisa e não com o plano geral dela. Importante, então, esclarecer acerca dos métodos de procedimentos existentes a fim de obter o que mais se enquadra nesta pesquisa.

O método experimental é um método fundado na experiência, cujo objeto é controlado para se atingir resultados pretendidos. Assim, o objeto é colocado sob condições ideais, reproduzidas em laboratórios ou não, selecionando-se as hipóteses a serem verificadas.

Noutra banda, o método estatístico é empregado nas pesquisas quantitativas por tratar de elementos de caráter matemático, cujo objetivo é fornecer uma base concreta e segura das informações a serem analisadas. É caracterizada por possuir gráficos e apresentações analíticas das tendências características dos fenômenos pesquisados.

Já o método histórico coloca os dados da pesquisa sob uma perspectiva histórica de três formas: comparando o conjunto dos elementos que existe hoje com

suas origens históricas; comparando as formações anteriores que eram precursoras do que há na atualidade; acompanhando a evolução do objeto pesquisado pela história.

Finalmente, tem-se o método comparativo que consiste no confronto entre elementos, promovendo o exame dos dados a fim de obter diferenças ou semelhanças que possam ser constatadas, e as devidas relações entre as duas.

Constata-se, assim, que a metodologia de procedimento utilizada neste trabalho foi o comparativo, através da seleção de jurisprudências, tanto no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, quanto no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para comparação entre elas e o que prevê o texto legal e a doutrina.

Para tanto, no Tribunal de Contas foi limitado, primeiramente, o período compreendido entre 25 de agosto de 2016 à 25 de agosto de 2017. Posteriormente, o período compreendido entre 25 de agosto de 2017 à 25 de agosto de 2018. Em ambos os períodos o procedimento foi o mesmo: no site do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, no campo “Consultas”; selecionou-se “Contas Julgadas Irregulares e Pareceres Prévios Desfavoráveis”; e aplicados os seguintes filtros de pesquisa: “Trânsito em Julgado TCE-RS < 25/08/2017” e “Trânsito em Julgado TCE-RS >= 25/08/2016”; “Esfera: Municipal”; “Natureza da Decisão: Contas Irregulares”, tendo alterado apenas os períodos.

No período compreendido entre 25 de agosto de 2016 à 25 de agosto de 2017 foi possível encontrar 43 decisões, das quais 6 versavam sobre obras públicas, consubstanciando-se nos seguintes processos: 008580-0200/12-7; 008489-0200/12-3; 008092-0200/12-3; 008241-0200/12-8; 001336-0200/13-5; 008090-0200/12-8. No período compreendido entre 25 de agosto de 2017 à 25 de agosto de 2018 foi possível encontrar 48 decisões, das quais 8 versavam sobre obras públicas, consubstanciando-se nos seguintes processos: 008672-0200/12-9; 002916-0200/15-4; 008647-0200/12-7; 002107-0200/14-1; 003055-0200/15-2; 008586-0200/12-3; 002756-0200/15-5; 002812-0200/15-5.

Do mesmo modo, no Tribunal de Justiça do Estado, na área destinada à pesquisa de jurisprudências, foi limitado o período compreendido entre 25 de agosto de 2016 à 25 de agosto de 2018 e realizada a pesquisa de “obra públicas”, “qualidade” e “eficiência”. Primeiramente, ao realizar a pesquisa por “obras públicas” foi possível encontrar 87 decisões, das quais 50 versavam sobre direito tributário, 4 sobre desapropriação e 33 sobre responsabilidade civil, penal e outros. Em seguida, ao

realizar a pesquisa por “obras públicas” e “qualidade” foi possível encontrar 4 decisões, das quais três sobre responsabilidade civil e uma sobre servidor estadual. Finalmente, ao realizar a pesquisa por “obras públicas” e “eficiência” não foi possível encontrar decisões.

Passa-se, no próximo tópico, à análise dos resultados encontrados tanto no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, quanto no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a fim de verificar se é possível encontrar elementos que indiquem o uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais no período de 25 de agosto de 2016 a 25 de agosto de 2018.

4.2 Análise dos dados coletados: possibilidades indutivas dos dados coletados

No Brasil, a preocupação com o controle público das finanças surge pela influência de Rui Barbosa, através do Decreto-Lei nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, sendo que a estruturação material de um órgão de contas ocorreu pela Constituição da República de 1891. A previsão de órgão semelhante repetiu-se nas Constituições posteriores, tendo seu ápice, em termos de funções, com a Carta de 1946, e redução sensível de papel com a Constituição Federal de 1967, retomando papel de destaque com a redemocratização do país em 1988 (SILVA, 2002).

Os Tribunais de Contas, na atual formatação do Estado como Democrático de Direito, ganham sobreleva em razão das suas importantes funções enquanto fiscalizador das finanças públicas. O delineamento previsto pelo constituinte originário de 1988 deixa, sem sombra de dúvidas, aparente a preocupação em levar a cabo um controle rigoroso das contas públicas por um órgão técnico, capaz de ancorar dois objetivos fundamentais: garantir uma boa administração dos recursos financeiros e limitar os atos do Poder Executivo, especialmente (SPECK, 2000).

No contexto proposto pela Constituição Federal, os Tribunais de Contas adquirem formatação de órgão auxiliar do Poder Legislativo na missão de supervisão das contas públicas, de cunho administrativo, técnico e de controle (TAVARES, 2018), materializando a concepção de Kelsen (2003) no sentido de que não há salvaguarda na atividade fiscalizatória se esta for confiada ao mesmo órgão que executou o ato. O controle exercido pelos Tribunais de Contas são, nessa configuração, um controle externo, de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial,

coerente com o Estado Democrático de Direito (SILVA, 2002) – preceitos extraídos do artigo 70 da Constituição.

O controle da administração pública é uma importante fonte de garantia da preservação do Estado brasileiro e dos direitos fundamentais, pois a gerência dos interesses coletivos deve buscar, nesse viés democrático que permeia a Constituição Federal, a conformidade com os padrões legais, com especial ênfase na proteção dos objetivos primordiais insculpidos pela Constituição Federal (artigos 1º e 3º) e assegurando que não serão vulnerados os direitos subjetivos e as diretrizes administrativas. E, indo além do mero controle de aplicação dos percentuais mínimos de receita com despesas, os Tribunais de Contas atuam como agentes verificadores da qualidade dos serviços prestados e das obras públicas efetuadas, reforçando a ideia de economicidade e eficiência exigíveis.

Verificando-se os acórdãos do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, proferidos entre 25 de agosto de 2016 à 25 de agosto de 2017, que envolvessem municípios, e cujo resultado fosse o julgamento de irregularidade das contas, identificou-se 6 decisões que versavam sobre o controle em relação a obras públicas. A partir daí, procedeu-se à análise qualitativa das decisões, com o fito de verificar-se se é possível encontrar elementos que indiquem o uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais.

Três situações foram identificadas como mais recorrentes, quais sejam: 1) a prorrogação de contratos ao arrepio das disposições legais; 2) dispêndio financeiro em descompasso com a execução do serviço construtivo; 3) compra de materiais acima do planejado – é sobre tais pontos que a análise terá um foco maior.

A primeira incongruência diz respeito à prorrogação de contratos e aditamentos. No processo 008580-0200/12-7, o Tribunal de Contas identificou que a municipalidade de Lajeado prorrogou contratos e realizou aditivos em função das obras de pavimentação de ruas, inclusive efetuando o repasse financeiro. Os aditivos, todavia, não estavam como despesas previstas na lei orçamentária contrariando a disposição do art. 60 da lei 4.320/1964 (“É vedada a realização de despesa sem empenho prévio), o que atrairia, em tese, a incidência do art. 10, IX da Lei de Improbidade Administrativa, e do art. 1º do Decreto-Lei 201/67, que prevê ser crime de responsabilidade a consecução de despesa não autorizada ou em desacordo com as normas financeiras.

Situação semelhante foi identificada nos autos nº 008090-0200/12-8, pelo qual o município de Sapucaia do Sul firmou contrato para execução de obra pública em 2009,

que previa finalização em 12 meses. O contrato, todavia, perdurou por quatro exercícios financeiros – ampliando o dispêndio financeiro com o projeto – e, ainda assim, a obra pública não foi finalizada. Essa situação parece se enquadrar, *a priori*, no art. 10, inciso II da Lei de Improbidade Administrativa, que prevê a responsabilização do agente por conduta que causa dano ao erário, posto que, aparentemente, concorreu a conduta para que um valor maior fosse gasto para a execução do projeto (que ao cabo, sequer havia sido finalizado). A Lei de Licitações (lei nº 8.666/93) prevê que uma das causas de rescisão contratual é o cumprimento irregular das suas cláusulas ou o desatendimento ao prazo estipulado (art. 77 e art. 78, inciso II), o que também não se verificou, conforme o Tribunal de Contas.

O segundo equívoco recorrente foi a execução financeira das obras públicas em desacordo com o cronograma do projeto. Novamente no processo nº 008580-0200/12-7, identificou-se que a municipalidade firmou contrato com empresa privada para a execução de 25 unidades habitacionais e 10 banheiros para pessoas em situação de vulnerabilidade social. O valor global era de R\$ 997.500,00 e, em dezembro de 2012, apenas 40,01% dos serviços estavam prontos, mas a contrapartida financeira já paga correspondia à 67,42% do total, demonstrando o descompasso entre execução e dispêndio.

Tal fato parece não se coadunar com a previsão dos arts. 62 e 63 da Lei nº 4.3420/64, os quais demandam que a liquidação de despesas seja efetuada à vista do fornecimento ou serviço prestado. Com isso, a diferença entre o que foi pago e a execução da obra não atenderia esse critério e, por isso, poderia fazer incidir ao caso o art. 10, inciso VI da Lei de Improbidade Administrativa, pela suposta prática de realização de operação financeira em desconformidade com as normas legais. Ainda, seria passível de enquadramento no art. 1º, inciso XII do Decreto-Lei nº 201/1967, que prevê ser crime de responsabilidade a antecipação ou inversão da ordem pagamento sem que corresponda a uma vantagem para o erário.

No mesmo compasso, verifica-se o caso exposto no processo nº 008092-0200/12-3, no qual a municipalidade reteve uma parte do pagamento devido em função da ausência de serviços não concluídos, mas esse valor ainda era inferior ao percentual que restava para efetivamente finalizar. Com isso, a liquidação de despesa, pretensamente, foi efetuada em desacordo com os arts. 62 e 63 da Lei nº 4.3420/64 e, nesse presumido contexto, poderia enquadrar-se o ato no art. 10, inciso VI da Lei

de Improbidade Administrativa, e novamente no art. 1º, inciso XII do Decreto-Lei nº 201/1967.

Por fim, a terceira incongruência mais recorrente foi a aquisição de materiais acima do que era necessário ou originalmente definido para a completa execução da obra pública. Essa situação foi destacada nos processos nº 008489-0200/12-3 (aquisição de concreto betuminoso) e 008092-0200/12-3 (aquisição de pisos, revestimentos e cobertura para a obra de uma escola). Essas duas situações confrontam, em princípio, o art. 10, inciso VI da Lei de Improbidade Administrativa, e art. 1º, inciso XII do Decreto-Lei nº 201/1967.

Em nenhum dos casos aqui selecionados qualitativamente para análise houve envio de cópias do processo ao Ministério Público a despeito de, ao menos teoricamente, os valores glosados pelo Tribunal de Contas terem origem em atuações ou omissões que acarretaram prejuízo ao erário e descompasso com as leis financeiras. Essa constatação encarcera, a princípio, a possibilidade de atos de improbidade administrativa e/ou de crimes tipificados no Decreto-Lei 201/1967, pelo que a remessa ao órgão ministerial seria cabível ao menos para que, aprofundando a investigação dos fatos, se afastasse a possibilidade de responsabilização (ou, pelo contrário, se julgasse possível tal). Assim, essa dissonância entre o órgão de controle e a atuação do Ministério Público precisa ser melhor analisada, cabendo elucidar formas de intercambiar as informações relevantes, prevenindo-se a impunidade.

Procedendo-se, nesse contexto, à uma busca no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da pesquisa processual avançada, digitando-se o nome do gestor que aparecia no relatório de cada processo do Tribunal de Contas, selecionando-se os processos ativos e, após, os baixados. A despeito de diversas ações judiciais retornarem como resultado dessa pesquisa, não se logrou verificar que nenhuma delas fosse relacionada aos fatos entabulados nos seis processos apartados para análise (registre-se que em algumas demandas não era possível averiguar o objeto, o que dificultou a pesquisa sobremaneira).

Todavia, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul registra diversos acórdãos condenatórios que versam sobre condutas e omissões semelhantes àquelas que ilustram essa pesquisa. No caso da Apelação Cível nº 70082869991, o gestor municipal foi considerado incurso na Lei de Improbidade Administrativa por ter liberado pagamentos à empresa que não efetuou a construção programada no instrumento contratual. Posicionamento semelhante é identificado na Ação Civil Pública nº

70007884166, na qual a execução financeira foi iniciada sem que as obras contratadas sequer tivessem iniciado.

A questão da prorrogação de contratos e pactuação de aditivos ao arripio de processo licitatório ou de disponibilidade financeira também requer o aprofundamento das condutas narradas. Nos Embargos de Declaração nº 70066869496, o acórdão foi provido pelo Tribunal de Justiça ante a verossimilhança entre os fatos e a letra da lei, ante a existência de indícios de improbidade administrativa.

Essa perfunctória análise dos acórdãos encontrados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul demonstra o descompasso entre a interpretação da Corte de Contas estadual e aquela instância judicial para fatos que, aprioristicamente, guardam verossimilhança. Mas, antes que os problemas cheguem a tais órgãos de controle, pode-se defender a possibilidade de que as próprias administrações municipais passem a manejar instrumentos de controle interno de forma estruturada – e que, inclusive, podem melhor subsidiar os órgãos de controle, refletindo uma convergência interpretativa, posto que antes da etapa judicial já haverá melhores subsídios em relação ao ato.

Da mesma forma, verificando-se os acórdãos do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, proferidos entre 25 de agosto de 2017 à 25 de agosto de 2018, que envolvessem municípios, e cujo resultado fosse o julgamento de irregularidade das contas, identificou-se 8 decisões que versavam sobre o controle em relação a obras públicas. A partir daí, procedeu-se à análise qualitativa das decisões, também com o fito de verificar-se se é possível encontrar elementos que indiquem o uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais.

No processo autuado sob o nº 008672-0200/12-9, as irregularidades com relação à questão das obras públicas deram-se porque os dados pertinentes ao Sistema para Controle de Obras Públicas – SISCOP, foram encaminhados em desacordo com a Resolução nº 612/2002²⁷ e com a Instrução Normativa nº 23/2004²⁸, e respectivas alterações, o que culminou em recomendação ao gestor para observância das

²⁷ Dispõe sobre a adoção do Sistema para Controle de Obras Públicas - SISCOP, destinado ao acompanhamento de obras e serviços de engenharia contratados pelos órgãos e entes jurisdicionados, e dá outras providências.

²⁸ Dispõe sobre o Manual Técnico do Sistema para Controle de Obras Públicas e a documentação que dá suporte às informações sobre as Obras e Serviços de Engenharia prestadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública Direta estadual e da Administração Pública Direta e Indireta municipais, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público Municipal, regidas pela Lei Federal nº 4.320/64, para o efetivo exercício de controle externo.

condições e dos prazos quanto ao encaminhamento de dados relativos ao Sistema para Controle de Obras Públicas – SISCOP. No mesmo sentido o processo autuado sob o nº 002916-0200/15-4, que trata da falta de envio das remessas de normas à Base de Legislação Municipal de Tribunal de contas do Estado - BLM e ao Sistema para Controle de Obras Públicas – SISCOP. A Supervisão de Instrução de Contas Municipais sugeriu a manutenção do aponte, em virtude da falta de esclarecimentos do Gestor, aponto que foi mantido para fins de imposição de multa pecuniária ao Administrador, e advertência à origem para que promova o saneamento das falhas passíveis de regularização e nelas não reincida.

Neste mesmo sentido, o processo autuado sob o nº 002107-0200/14-1, onde não foram efetuadas as remessas de informações ao SISCOP, em desatendimento da Resolução TCE nº 612/2002 (e suas alterações) e da Instrução Normativa TCE 24/2004 (atualizada pela Instrução Normativa 17/2005)²⁹. Assim, pelas falhas constantes no relatório, reconheceu-se a irregularidade das contas do responsável, com imposição de multa, recomendação ao atual gestor, para a adoção de medidas efetivas em relação às inconformidades apresentadas, bem como remessa dos autos à Supervisão competente para a aplicação dos consectários decorrentes da decisão.

Igualmente, os processos autuados sob os números 003055-0200/15-2 e 002812-0200/15-5, em que não foram efetuadas as remessas de informações ao SISCOP. Desatendimento à Resolução TCE 612/2012 e suas alterações e à Instrução Normativa TCE 23/2004, culminando no julgamento irregular das contas, com imposição de multa.

Já o processo autuado sob o nº 008647-0200/12-7 versa sobre a cobrança de valores excessivos referentes à manutenção de obras, fato que, aliado a outros não concernentes às obras públicas, culminou na irregularidade das Contas de Gestão com a conseqüente fixação de débito.

O processo autuado sob o nº 008586-0200/12-3, em que houve o reconhecimento de irregularidades, foi o que mais apresentou problemas no tocante às obras públicas. Isto, porque além do não envio de informações ao Sistema para Controle de Obras Públicas (SISCOP), há ausência de comprovação da execução de

²⁹ Dispõe sobre a PUBLICAÇÃO dos anexos do Relatório Resumido da Execução Orçamentária - RREO e do Relatório de Gestão Fiscal - RGF, de que tratam as Portarias STN nº 587 e 586, de 29-08-2005, respectivamente, bem como sobre a REMESSA DE DADOS E INFORMAÇÕES dos órgãos e entes da esfera municipal, para os fins do exercício da fiscalização que compete a este Tribunal, nos termos da Lei Complementar nº 101/2000.

serviços - Contrato nº 273/2012 com a empresa Pavway Pavimentação, Construção e Projetos Ltda. para locação de rolo compactador. Não foi elaborado atestado pela Secretaria Municipal de Obras atestando a prestação dos serviços, conforme exigido pelo ajuste firmado; pagamentos superiores aos serviços executados pela empresa Pavway Pavimentação, Construção e Projetos Ltda. contratada para realizar pavimentação de diversas ruas: conforme atestados emitidos pelo Engenheiro do Município a diferença entre o valor pago à empresa, em decorrência do contrato, e o valor dos serviços efetivamente realizados atingia o montante de R\$ 1.044.167,41; e a antecipação irregular de pagamento: Empresa Santos e Santos, Construtora, Comércio e Serviços Ltda. foi contratada para reforma do Hospital dos Passos, tendo recebido, a título de entrada, 20% do valor ajustado. Todavia, em 25-03-2013, nenhuma obra havia sido realizada. O Relatório de Auditoria contempla a sugestão de débito no valor de R\$ 29.752,00.

De suma importância ressaltar o processo **002756-0200/15-5**, em que o Legislativo não efetuou corretamente as remessas de informações ao Sistema para Controle de Obras Públicas – SISCOP e houve o reconhecimento de irregularidade das contas sob a alegação de que “o Gestor infringiu, conjuntamente, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** ao deixar de se submeter aos comandos legais e constitucionais (art. 71, CF) que determinam a realização desses controles”. Nota-se que, dentre todos os processos analisados, este foi o único em que houve a utilização da eficiência como parâmetro de análise. Segue ementa e trecho da decisão:

Irregularidades administrativas. Imposição de multa e advertência à origem. Irregularidade de contas.

Atraso na entrega do RGF, RVE, MCI e dos documentos atinentes às Contas de Gestão. Não atendimento à Lei da Transparência. Não remessa de cópia das atas de encerramento dos inventários de bens e valores. Não envio da Declaração firmada pelo Contador e ratificada pelo Presidente da Câmara, informando sobre a realização de conciliações bancárias e seus respectivos resultados. Apresentação de saldos invertidos e grave distorção em relação à realidade financeira apresentada no RVE. Não foram efetuadas as remessas de normas à Base de Legislação Municipal do Tribunal de Contas do Estado – BLM. Problemas quanto ao envio de informações ao Sistema para Controle de Obras Públicas – SISCOP.

[...]

É o relatório.

De início, tem-se que o contexto descrito nos autos é grave, aliado ao fato do Gestor sequer apresentar esclarecimentos, reforça-se, sobremaneira, a ideia de total desrespeito do administrador frente às determinações exaradas por esta Corte de Contas.

Ao obstaculizar o envio de documentos necessários para a realização do controle realizado pelo Tribunal de Contas, consignados nos itens 1.1

(atraso na entrega do RGF/47dias) e 1.2 (atraso na entrega do RVE/47dias); 2.2 (não atendimento à Lei da Transparência) e 3.3 (atraso no envio da manifestação Conclusiva da Unidade de Controle Interno – MCI/42dias) do Relatório de Gestão Fiscal e nos itens 2.1 (atraso no envio dos documentos de Gestão Fiscal); 2.2.1 (não remessa de cópia das atas de encerramento dos inventários de bens e valores); 2.2.2 (não envio da Declaração firmada pelo Contador e ratificada pelo Presidente da Câmara, informando sobre a realização de conciliações bancárias e seus respectivos resultados); 2.2.3 (apresentação de saldos invertidos e grave distorção em relação à realidade financeira apresentada no RVE); 3 (não foram efetuadas as remessas de normas à Base de Legislação Municipal do Tribunal de Contas do Estado – BLM) e 4 (**problemas quanto ao envio de informações ao Sistema para Controle de Obras Públicas – SISCOP**) do Relatório Geral de Consolidação das Contas, **o Gestor infringiu**, conjuntamente, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência ao deixar de se submeter aos comandos legais e constitucionais (art. 71, CF) que determinam a realização desses controles.** (grifo meu)

Suplantada a análise das decisões obtidas junto ao Tribunal de Contas do Estado, passa-se à análise das decisões encontradas no Tribunal de Justiça do Estado. Como afirmado no tópico anterior, ao realizar a pesquisa por “obras públicas” foi possível encontrar 87 decisões, das quais 50 versavam sobre direito tributário, 4 sobre desapropriação e 33 sobre responsabilidade civil, penal e outros.

Com relação às decisões que versavam sobre direito tributário, constatou-se a discussão acerca da contribuição de melhoria e a necessidade de lei específica para cada obra. Já no que concerne às decisões de desapropriação, verificou-se a discussão acerca da ausência de expropriação para a realização de obras públicas e legitimidade do novo proprietário para promover ação de indenização decorrente de desapropriação indireta, se os antigos proprietários não foram indenizados pelo Estado por tal ato ilícito. Das demais 33 decisões, obteve-se a discussão a respeito de contribuição à CIENTEC – Fundação de Ciência e Tecnologia – nas obras públicas licitadas com valor superior a três mil salários-mínimos; subsídio do secretário municipal de transporte e obras públicas; realização de trabalho externo em obras públicas; retomada de obras atendendo a critérios de conveniência e oportunidade do administrador; inexecução parcial; superfaturamento; improbidade administrativa: lesão/prejuízo ao erário, fraudes em contratação, omissão dos municípios na execução de obras, atraso na conclusão, dano ao meio ambiente e má conservação; fornecimento de água; e gratificação de servidor público.

Já ao realizar a pesquisa por “obras públicas” e “qualidade” foi possível encontrar 4 decisões, das quais três sobre responsabilidade civil e uma sobre servidor estadual. Os julgados referente à responsabilidade civil por danos morais abordam situações de negligência por parte da administração pública, enquanto que o julgado

referente ao servidor público traz a questão da gratificação de incentivo às atividades sociais, administrativas e econômicas:

APELAÇÕES CÍVEIS. **RESPONSABILIDADE CIVIL** DO MUNICÍPIO. QUEDA. MÁ CONSERVAÇÃO DO PASSEIO PÚBLICO. NEGLIGÊNCIA. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO MAJORADO. Da norma processual aplicável ao feito [...] 2. No caso em tela assiste razão à parte autora ao imputar ao Município a **responsabilidade pelos danos ocasionados**, tendo em vista ser fato incontroverso da lide, na forma do artigo 374 do novel Código de Processo Civil, que **a autora caiu ao transitar no passeio público, diante do péssimo estado de conservação deste**, tendo experimentado diversas lesões, situação esta corroborada pela prova documental colhida em Juízo. 3. Ressalte-se que **compete ao poder público à fiscalização dos passeios públicos, bem como a restauração e a manutenção de danos ocasionados por obras públicas**. Igualmente, incumbe ao proprietário, por seu turno, a pavimentação e conservação das calçadas, de acordo com o plano diretor de cada cidade, a teor do que estabelece o art. 30, inciso VIII, da Constituição Federal. 4. A Administração Pública tem responsabilidade de ordem objetiva pelos danos que seus agentes, nessa *qualidade*, causarem a terceiros, no termos do § 6º, do art. 37 da CF, o que dispensaria a parte prejudicada de provar a culpa daqueles para que ocorra a reparação, bastando à relação de causalidade entre a ação ou omissão administrativa e o dano sofrido. 5. Hipótese que não se verifica no caso dos autos, porquanto o evento danoso aqui analisado não foi causado por nenhum agente do ente estatal, sendo inaplicável a norma constitucional relativa à responsabilidade civil objetiva do Estado à espécie. O presente feito versa sobre responsabilização subjetiva, restando verificar, então, a ocorrência de omissão pelo ente público para aferir o dever de indenizar por parte deste. 6. A responsabilidade subjetiva do Município réu só pode ser reconhecida quando provada a conduta culposa por seus agentes, contrária aos ditames legais e ao ordenamento jurídico vigente. Imprescindível, neste caso, a comprovação da culpa. 7. **O Município agiu com culpa na modalidade de negligência, omitindo-se em adotar as providências necessárias, em tempo hábil, a fim de reparar e manter em condições de uso a via pública no qual ocorreu o evento danoso**. Ademais, sequer comprovou a ocorrência de qualquer causa excludente de sua responsabilidade, fato este impeditivo do direito da autora, ônus processual que se impunha e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 373, II da novel legislação processual. 8. A parte demandada deve indenizar os danos morais causados, na forma do art. 186 do novo Código Civil, cuja incidência decorre da prática de conduta ilícita, bem como a lesão imaterial consiste na dor e sofrimento impingida ao postulante [...]. (Apelação Cível, Nº 70073093973, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em: 30-08-2017). (grifei)

AGRAVO REGIMENTAL. **SERVIDOR ESTADUAL**. MEDIDA LIMINAR. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO RECEBIDO COMO AGRAVO - ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 12.016/09. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PRESIDENTE DO IPERGS. GRATIFICAÇÃO DE INCENTIVO ÀS ATIVIDADES SOCIAIS, ADMINISTRATIVAS E ECONÔMICAS - GISAE. LEI ESTADUAL Nº 14.512/2014. EXTENSÃO AOS INATIVOS. PARIDADE. CONTRADITÓRIO. NÃO DEMONSTRADO O PERIGO DA INEFICÁCIA DA MEDIDA CASO AO FINAL CONCEDIDA. Princípio da Fungibilidade Cabível o recurso de agravo contra decisão de Relator em mandado de segurança de competência originária, nos termos do art. 16 da Lei nº 12.016/09. Neste sentido o recebimento do agravo regimental - art. 233 do RITJRS - como agravo, com base no princípio da fungibilidade recursal. Preliminar de ilegitimidade passiva do Presidente do IPERGS **A qualidade da impetrante, de servidora**

pública inativa da Secretaria de Obras Públicas, Irrigação e Desenvolvimento Urbano, com proventos oriundos dos cofres do Estado do Rio Grande do Sul, a indicar a ilegitimidade passiva do Presidente do IPERGS, autarquia com personalidade jurídica própria, autonomia financeira e administrativa. Mérito A pretensão inicial reclama as informações da autoridade pública indigitada, para fins da verificação do cumprimento dos requisitos legais para a extensão da gratificação reclamada. Além do mais, não demonstrado o perigo da ineficácia da medida, caso ao final concedida, tendo em vista a impetração do mandado de segurança mais de dois anos depois da edição da Lei 14.512/2014. Agravo desprovido (Agravo Regimental, Nº 70070038062, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Delgado, Julgado em: 14-10-2016). (grifei)

APELAÇÃO CÍVEL. **RESPONSABILIDADE CIVIL**. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. QUEDA. NEGLIGÊNCIA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROPRIETÁRIO DE TERRENO CONTÍGUO À CALÇADA E DO MUNICÍPIO. DEVER DE CONSERVAR E FISCALIZAR. REPARAÇÃO DE DANOS IMATERIAIS E MATERIAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Da norma processual aplicável ao feito [...]4 **Ressalte-se que compete ao poder público à fiscalização dos passeios públicos, bem como a restauração e a manutenção de danos ocasionados por obras públicas.** Igualmente, incumbe ao proprietário, por seu turno, a pavimentação e conservação das calçadas, de acordo com o plano diretor de cada cidade, **a teor do que estabelece o art. 30, inciso VIII,** da Constituição Federal. 5. A Administração Pública tem responsabilidade de ordem objetiva pelos danos que seus agentes, nessa *qualidade*, causarem a terceiros, nos termos do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, o que dispensaria a parte prejudicada de provar a culpa do Poder Público para que ocorra a reparação, bastando à relação de causalidade entre a ação ou omissão administrativa e o dano sofrido. [...] 8. O presente feito versa, em verdade, sobre responsabilização subjetiva, restando verificar, então, **a ocorrência de conduta culposa pelo ente municipal para aferir o dever de indenizar por parte deste.** 9. **Assim, restou caracterizada a negligência da empresa ré e do Município demandado, omitindo-se em adotar as providências necessárias, em tempo hábil, a fim de evitar a ocorrência do evento danoso, onde evidenciada a sua culpa, haja vista que indubitável o dever do proprietário de zelar pela manutenção dos passeios públicos contíguos à sua propriedade, bem como do Município pela devida fiscalização deste. Inteligência do art. 186 do Código Civil** [...] (Apelação Cível, Nº 70067869933, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em: 31-08-2016). (grifei)

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO**. QUEDA. CABO DE FERRO NO PASSEIO PÚBLICO. NEGLIGÊNCIA. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. PENSIONAMENTO. POSSIBILIDADE. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO. INTEMPESTIVIDADE. Da norma processual aplicável ao feito [...] 2. A interpretação precitada coaduna com os princípios conformadores da atual legislação processual civil, que dizem respeito a não ocasionar prejuízo à parte ou gerar surpresa a esta com a modificação do procedimento em relação aos atos já efetivados, consoante estabelece o art. 9º, caput, e art. 10, ambos do novel Código Processo Civil. Do não conhecimento do recurso adesivo [...] 6. Ressalta-se que **ao ente público incumbe a fiscalização do cumprimento das disposições contidas nas legislações municipais quanto à manutenção do passeio público, com aplicação de penalidades administrativas. Incontestável, também, sua responsabilidade na consecução de obras públicas, mediante a adequada sinalização e/ou eliminação dos locais que ofereçam perigos aos transeuntes.** 7. **A**

Administração Pública tem responsabilidade de ordem objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, no termos do § 6º, do art. 37 da CF, o que dispensaria a parte prejudicada de provar a culpa daqueles para que ocorra a reparação, bastando à relação de causalidade entre a ação ou omissão administrativa e o dano sofrido. [...] 10. O Município agiu com culpa na modalidade de **negligência**, omitindo-se em adotar as providências necessárias, em tempo hábil, a fim de reparar e manter em condições de uso o logradouro no qual ocorreu o evento danoso. Ademais, sequer comprovou a ocorrência de qualquer causa excludente de sua responsabilidade, fato este impeditivo do direito da autora, ônus processual que se impunha e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 333, inc. II, do CPC, com correspondência no art. 373 da novel legislação processual. [...] (Apelação Cível, Nº 70068571629, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em: 31-08-2016). (grifei)

No entanto, ao realizar a pesquisa por “obras públicas” e “eficiência” não foi possível encontrar decisões.

Denota-se, pois, que a conclusão confirmará a hipótese apresentada para o problema, vez que no período compreendido entre 25 de agosto de 2016 e 25 de agosto de 2018, não é possível encontrar elementos que indiquem o uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais no Tribunal de Contas e no Tribunal de Justiça, ambos do Rio Grande do Sul, sendo que as fraudes e os atos de corrupção foram os problemas mais recorrentes nos julgados encontrados.

Assim, a fim de verificar um meio para a remediação de fraudes e atos de corrupção como os encontrados nesta pesquisa, apresenta-se a possibilidade de adoção do *compliance* em nível de Administração Pública como “[...] o conjunto de medidas e ações institucionais voltadas para a prevenção, detecção, punição e remediação de fraudes e atos de corrupção” (BRASIL, 2017, p. 6). O escopo de um programa dessa monta é a sistematização de diretrizes que já são conhecidas, mas voltadas e coordenadas à promoção da integridade institucional.

No âmbito federal, a Lei nº 13.303/2016 previu a obrigação das empresas públicas e sociedades de economia mista federais adotarem programas de integridade (ou seja, de *compliance*). O art. 9º da aludida lei determina que “A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:”, e que confeccione um código de ética e crie um órgão de auditoria interna. Posteriormente, através do Decreto nº 9.203/2017, foi estendida essa necessidade a toda a Administração Pública Federal.

No Rio Grande do Sul, a Lei estadual nº 15.228, de 25 de setembro de 2018, passou a exigir que as empresas que mantenham contratos com a Administração

Pública implantem e mantenham programas de integridade. A pertinência do tema é, pois, evidente, refletindo-se na modificação e edição de atos legislativos nesse sentido.

Essa mesma concepção de coordenação de instrumentos para a integridade institucional poderia ser trazida para o plano municipal. O primeiro passo seria conceber que a propagação desse conjunto de práticas e instruções deve contar com a promoção irrestrita do chefe do Poder Executivo municipal, pela aderência pessoal aos processos preconizados de forma integral. Veja-se, a propósito, que as situações retro narradas que, em tese, indicariam a prática de ato de improbidade administrativa, em sua grande maioria envolveram condutas perpetradas pelos prefeitos, indicando que a estruturação de um programa de *compliance* perpassa, indubitavelmente, por essa figura.

Outro fator que precisa ser observado para o sucesso da sistemática em comento é a dotação a um grupo ou unidade, de independência, autonomia, imparcialidade e recursos materiais, financeiros e humanos, para que atue como a instância responsável pelo monitoramento contínuo e gestão das medidas (BRASIL, 2017). Natural, pois, que se desloque esse acompanhamento para uma unidade independente ou, do contrário, o controle será feito pelo próprio controlador, reduzindo a possibilidade de efetividade das medidas de integridade.

Um terceiro ponto que precisa ser desenvolvido pelas municipalidades é a varredura prévia dos riscos (BRASIL, 2017). Identificar as incongruências e os pontos de maior incidência de equívocos colabora para o sucesso do programa. Uma das possibilidades que pode permitir uma boa performance é a criação de um relatório em formato de checklist, a ser encaminhado juntamente com o ato a ser perfectibilizado – como um contrato administrativo e os demais documentos (editais, publicações do extrato do contrato, cronograma orçamentário e da execução, etc.) -, de forma que o gestor possa ter um guia dos passos necessários para concretizar a contratação e, ao mesmo tempo, permitir que se efetue o controle interno efetivo (e também externo, evidentemente).

Isso porque, na esteira do que foi suscitado a partir dos casos analisados nessa pesquisa, os contratos de obras públicas pecavam em diversos aspectos – seja pelo dispêndio de recursos em desacordo com o cumprimento das metas estipuladas, ou a ausência de licitação e previsão orçamentária para as prorrogações e aditivos -, os quais poderiam ser detectados na origem caso adotada a sistemática do *checklist* e

análise do órgão de monitoramento. O acompanhamento, dessa maneira, passa a ser não apenas posterior, mas prévio e concomitante³⁰, e os equívocos poderão ser corrigidos antes que se consolidem ou se convertam em atos que podem ensejar responsabilização, seja por improbidade administrativa, seja por crime de responsabilidade a partir do Decreto-Lei nº 200/1967. Ainda, podem permitir que os órgãos de controle externo possam ser melhor subsidiados, propiciando uma interpretação mais uniforme para os fatos e aprimorando o diálogo institucional entre as instâncias de controle.

4.3 O uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais

Neste caso específico, de contratação de obras públicas, o processo de planejamento engloba desde o momento da escolha do local em que a obra será construída, passando pela elaboração do projeto básico, dos projetos e planilhas referentes ao processo licitatório, do memorial descritivo e do edital, até a conseguinte redação do contrato que estabelecerá os prazos de execução da obra, como descreve BRASIL (2013). Todas essas etapas necessitam ser planejadas e bem executadas com o intuito de facilitar a posterior execução e gestão da obra pública. Não obstante, a gestão eficiente implica no acompanhamento rigoroso do processo de execução da obra, no controle das ações que foram planejadas e estão sendo executadas, ou seja, na garantia dos prazos dos projetos e do memorial descritivo.

Precedendo qualquer consideração acerca da qualidade como parâmetro no controle das obras, necessário abordar a qualidade no setor público, logo, necessário distinguir a qualidade empregada no setor privado da que é empregada no setor público, vez que os fatores que orientam a qualidade no setor público são a consciência da qualidade das políticas públicas por parte dos cidadãos e a expectativa dos servidores públicos em se auto realizarem no trabalho.

³⁰ Não há que se confundir a compliance com a auditoria interna. Pontua Schramm (2018, p. 141) que “A diferença principal reside na periodicidade com que é realizado o trabalho e na abordagem: enquanto a auditoria atua quase exclusivamente de forma repressiva, o *compliance*, além da fiscalização e da sanção, desempenha importante papel na prevenção de desvios.”

Algumas diferenças podem ser destacadas entre a qualidade praticada pelo setor público e pelo setor privado segundo o Repertório do Programa Qualidade no Serviço Público:

As políticas voltadas para a qualidade no setor privado referem-se a metas de competitividade para obtenção, manutenção e expansão de mercado, enquanto no setor público, a meta é a busca da excelência no atendimento a todos os cidadãos, ao menor custo possível;

A finalidade principal das atividades de caráter privado é o lucro que lhe dá capacidade de sobrevivência em um ambiente de alta competitividade; por sua vez, a principal finalidade das atividades públicas é prestar serviços à sociedade;

A preocupação em satisfazer o cliente no setor privado é baseada no interesse, enquanto no setor público essa preocupação tem que ser alicerçada no dever;

Cliente atendido, no setor privado, remunera diretamente a organização, pagando pelo serviço recebido ou pelo produto adquirido; no setor público, o cliente atendido, paga indiretamente, pela via do imposto, sem qualquer simetria entre a quantidade e a qualidade do serviço recebido e o valor do tributo que recolhe; (FERREIRA, 2003, p. 20).

A respeito do programa citado, cumpre esclarecer que se trata de programa criado em 1991, que tinha como objetivo o foco interno e usava bases técnicas e ferramentas da qualidade. No ano de 1996, evoluiu e passou a se importar com o foco interno e externo, além de ter como base a gestão para resultados. Em 1999, em sua última fase de desenvolvimento, o foco passou a ser somente externo e com base na satisfação do cidadão, a estratégia principal era a qualidade dos serviços, geração e divulgação de padrões de atendimento ao cidadão.

Segundo Ferreira (2003) o programa visa que as organizações públicas vejam os cidadãos como parte essencial para o sucesso da gestão pública, condicionando a avaliação do desempenho da instituição à participação do cidadão e sua satisfação nos itens de verificação, sendo a estrutura desse programa composta por parcerias entre servidores, cidadãos mobilizados, organizações públicas e os três poderes federais que visam a melhoria da gestão no setor público.

No que concerne à qualidade nas obras públicas, os órgãos públicos são responsáveis pela maioria das construções que proporcionam qualidade de vida a população, porém, esses investimentos encontram barreiras devido às limitações do poder de compra subordinados a Lei 8.666/93.

Para a construção de obras e serviços de engenharia da administração direta e indireta normalmente utilizam a modalidade menor preço da Lei 8.666/93, isto é, a empresa vencedora da licitação é a que oferta o menor valor para a execução do serviço. Há outras modalidades de licitação como melhor técnica e técnica e preço e

são utilizados normalmente para serviços de natureza intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral. Obras consideradas como reformas e ampliações também fazem parte das licitações por modalidade menor preço.

Esse é um dos problemas de gestão da qualidade ao tratar de empreendimentos públicos uma vez que algumas empresas visam, apenas, o lucro com o contrato e utilizam algumas artimanhas para atingir tal fim, como a troca de material apresentado na planilha orçamentária por um similar de valor e qualidade inferior, troca de serviços para o aumento de preços, mão de obra desqualificada e etc. Essas obras podem ter como final a entrega para o cliente com uma qualidade bem inferior ao esperado (LIMA; GORJE, 2000 apud PEREZ, 2011, p. 61).

Outro motivo que justifica a baixa qualidade das obras e a criação de aditivos de prazo e custo é a separação entre a atividade de projeto e execução da obra sem mecanismos que garantam a interação entre os projetistas e os engenheiros da obra. Essa interação muitas vezes é ineficiente pelo fato dos engenheiros terem baixa qualificação técnica e pouca capacidade de visualizar a obra como um todo (THOMAZ, 2001 apud PEREZ, 2011, p. 61).

Além de que, é observável que as cláusulas dos editais dos órgãos públicos são instrumentos burocráticos que não possuem instrumentos para gerenciar os seus processos nos canteiros de obras e os requisitos são pouco eficientes para garantir o poder de compra da contratante e a qualidade requerida (GUIDUGLI FILHO, 2002 apud PEREZ, 2011, p. 61).

É importante lembrar que a Lei 8.666/93 apresenta, também, pontos positivos que impactam a qualidade em obras públicas, como a “necessidade do projeto básico e o orçamento detalhado em planilha previamente aprovados pelas autoridades competentes nos processos licitatórios” (PEREZ, 2011, p. 62). Pela Lei 8.666/93 projeto básico é um

[...] conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto de licitação [...] e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução. (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho 1993).

A lei 9.866/93 também explica o que é um projeto executivo, que é definido como o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra de acordo com as regras da ABNT.

A lei da licitação trouxe avanços que podem subsidiar uma atuação planejada e consistente na execução somando atos internos das entidades públicas através de normalização de alguns métodos e controles da fase de projeto como também as normas técnicas. (NEIVA; CAMACHO apud PEREZ, 2011, p. 62).

O problema é que um projeto básico com erros ou até mesmo incompleto pode prejudicar o empenho da aplicação dos recursos públicos e o interesse dos cidadãos. Outrossim, não se pode deixar de mencionar que algumas empresas ignoram os projetos e especificações e, outras vezes, o projeto básico já chega para as empreiteiras com erros e elas acabam executando com falhas ou especificações erradas. Outra questão fundamental sobre a qualidade das obras públicas no momento de execução são os problemas que poderiam ser resolvidos durante a fase de projeto e a falta de profissionais qualificados para desenvolverem os projetos.

Campos (2010 apud PEREZ, 2011, p. 63) em seus estudos apresentou outros problemas de qualidade que costumam aparecer durante a construção de empreendimentos públicos: atrasos, falta de integração entre a etapa de projeto e a etapa de obra e uma falta de definição de atribuições e responsabilidades dos stakeholders.

A Lei 8.666/93 não impede que haja alterações na elaboração do projeto executivo na licitação, o que demonstra que a Lei permite certa flexibilidade de projeto desde que o objeto da licitação esteja no projeto básico (MAYR; VARVAKIS, 2005 apud PEREZ, 2011, p. 63).

Outra questão que pode afetar a qualidade de empreendimentos públicos é a intervenção da construtora no projeto, havendo necessidade de abertura de aditivos para aprovar mudanças no projeto do órgão público que tendem a ser demoradas ou são executadas no campo da informalidade. (MELHADO, 2005 apud PEREZ, 2011, p. 63).

Guidugli Filho (2002 apud PEREZ, 2011, p. 64) detectou outro problema que ocorre no processo de construção pública: a dificuldade em especificar o produto com precisão, pois é proibido indicar marcas e especificações exclusivas. Essa brecha dá margem para que o produto a ser comprado não seja aquele necessário ou de uma marca inferior/similar comprometendo a qualidade da obra.

Uma conclusão que se pode fazer é que os profissionais que participam do processo de construção pública acabam não possuindo uma visão do todo, faltando compreender o valor que se tem ao atender as expectativas do cliente. Estes profissionais muitas vezes possuem apenas a visão de firmação de contrato entre as

partes e sua atenção se volta apenas na negociação de suas obrigações e encargos, sem o compromisso com a satisfação do cliente. (LANA; ANDERY, 2002 apud PEREZ, 2011, p. 65).

Todos esses problemas relatados de gestão das obras públicas evidenciam que, para o sucesso dos empreendimentos públicos, a qualidade da empresa contratada é essencial: idônea e responsável com os compromissos firmados, atenta à satisfação do cliente no final do processo. Caso contrário, a obra, conseqüentemente, estará abaixo da qualidade desejada e com vários problemas como notificações, paralisação, rescisão contratual, requerimento de aditivos (GUIDUGLI FILHO, 2002 apud PEREZ, 2011, p. 65).

Ademais, o poder público ainda apresenta algumas limitações e entraves burocráticos aliados à falta da cultura da qualidade de forma institucional que vise à satisfação do cliente (PEREZ, 2011).

Suplantada a abordagem acerca da qualidade no âmbito das obras públicas, passa-se, então, a análise do uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais. Da análise dos dados coletados, como se viu, verifica-se que ao contrário da hipótese apresentada para o problema, no período compreendido entre 25 de agosto de 2016 e 25 de agosto de 2018, não é possível encontrar elementos que indiquem o uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais no Tribunal de Contas e no Tribunal de Justiça, ambos do Rio Grande do Sul, sendo que as fraudes e os atos de corrupção foram os problemas mais recorrentes nos julgados encontrados.

Constata-se, também, que durante o processo que envolve a execução de uma obra pública, podem ocorrer diversos ilícitos penais. Nogueira (2008, p. 6) explica que os mais comuns são peculato (quando ocorre desvio de dinheiro público para proveito próprio ou alheio, por funcionário público que os administra ou guarda), concussão (ocorre quando um funcionário público exigir para si ou para outrem, dinheiro ou vantagem em razão da função, direta ou indiretamente), corrupção ativa (quando alguém oferece alguma coisa – dinheiro, por exemplo - para que um agente público faça ou deixe de fazer algo ilícito) e passiva (quando o agente público pede uma propina ou qualquer outra coisa para fazer ou deixar de fazer algo) entre outros crimes.

Cotejando-se os ilícitos elucidados com os dispositivos legais, ressaltou-se que várias são as condutas que se amoldam aos tipos da lei de improbidade administrativa. Extraí-se do artigo 9º que quando da ocorrência de fraudes, pagamento de serviços e

materiais não condizentes com o que realmente foi executado e utilização de materiais de baixa qualidade, técnicas inadequadas e superfaturamento de preços, incorre, o administrador, nos incisos II e VI, praticando atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito. Da mesma forma, ao praticar os já mencionados ilícitos, o administrador incorre, igualmente, nos incisos XI, XIV, XVI e XVIII, do artigo 10, da Lei nº 8.429, praticando, conseqüentemente, atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário. Finalmente, age como incurso no inciso VIII, do artigo 11, da referida lei, o administrador que pratica os já mencionados ilícitos, praticando, assim, atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

Nogueira (2008, p. 26) explica ainda que as obras públicas nacionais padecem de diversos problemas que passam pelo processo de licitação (fraudes), execução (pagamento de serviços e materiais não condizentes com o que realmente foi executado) e entrega da obra (utilização de materiais de baixa qualidade, técnicas inadequadas, superfaturamento de preços). Por esses motivos, administrar os gastos com obras públicas, sobretudo, daquelas que não chegam a serem concluídas, se tornou um dos grandes desafios do governo brasileiro.

Sabe-se que o atraso de uma obra pública e os gastos excessivos está diretamente relacionado à má administração e planejamento, portanto, criar mecanismos de controle que permitam acompanhar uma obra pública da fase preliminar à licitação à execução e manutenção, deve ser prioridade na administração de obras públicas e na política nacional (BRASIL, 2013a).

Seguindo a tendência europeia de parceria pública privada, a promulgação da Lei no 11.079/04 que instituiu as normas para licitação e contratação de parcerias público-privadas pelos governos, inaugurou no Brasil um novo modelo de gestão baseados na concessão de serviços públicos ou de obras públicas, as denominadas concessões patrocinadas, com fito de reduzir as deficiências no financiamento das obras necessárias, desobrigando o Estado de arcar sozinho no setor de infraestrutura. Neste modelo, as características dos contratos entre o poder público e a iniciativa privada passam a ter maior flexibilidade a partir da criação de dois formatos de parcerias: administrativa - contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens –, e patrocinada - quando envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (BRASIL, 2004).

Permitem, assim, maior eficiência do governo em lidar com a gestão de recursos financeiros, vez que as responsabilidades passam a ser divididas entre o público e privado, o que inibe a corrupção (em tese). Todavia, há críticas no sentido de que o modelo seria uma nova forma de privatização e terceirização de serviços públicos.

Esse modelo de Parceria Público Privado tem imperado no Brasil em relação a administração e execução de obras públicas, entretanto, o que percebe-se é que a complexidade para desenvolvimento do modelo e dos contratos, entre outros, deu espaço para ampliar a modalidade de corrupção. A alternativa para conter esse tipo de ilícito tem apontado para novas legislações, que busquem maior segurança jurídica para os investidores.

Nesse contexto, a Lei nº 13.303/2016, dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios se estruturando a partir de dois eixos: 1) mecanismos de governança corporativa e *compliance*, e 2) licitações e contratos (BICALHO, 2017). Essa nova forma de conceber a administração pública, amplia e evidencia a necessidade de mecanismos de desenvolvimento de governança corporativa nas empresas estatais.

Diante das dificuldades enfrentadas quando a questão diz respeito às obras públicas, em 2016 foi criada a Comissão Especial das Obras Inacabadas, com o objetivo de integrar os poderes legislativo, executivo e judiciário (tribunal de contas) com a sociedade civil a fim de aprimorar a gestão de obras públicas (OLIVEIRA, 2016). O relatório preliminar da Comissão Especial das Obras Inacabadas no Brasil evidenciou que as principais causas de paralisação são: abandono da empresa; impedimento ambiental; interpelação judicial; restrição orçamentária e financeira; paralisação cautelar por órgãos de controle; motivo técnico; titularidade do imóvel ou pendência de desapropriação; e outros.

Tal relatório se deu a partir do trabalho de identificação de pequenas obras que reunissem condições de conclusão ainda durante o mandato corrente, e que representassem potencial de desenvolvimento local integrado, quer porque per si indicassem relevante impacto de médio prazo e reduzido prazo para o *payback*, quer porque se associassem a outras medidas estruturantes, ou ainda por liberarem espaço fiscal para novos projetos.

Um segmento do que resultou essa empreitada preliminar foi o relatório em forma de planilha de dados contendo 1600 (um mil e seiscentas) obras do PAC com

orçamento entre R\$ 500 mil e R\$ 10 milhões, que receberam aportes da União, mas se encontravam paralisadas. Essa tipificação consiste, nos termos da Portaria/MPDG nº 348/2016, em empreendimentos iniciados, mas sem apresentação de boletim de medição em período igual ou superior a 90 (noventa) dias, salvo ateste de execução física pelo Ministério gestor ou pela mandatária da União. Nesse diapasão, a Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura, do Ministério do Planejamento, do Desenvolvimento e Gestão, remeteu ofícios aos órgãos responsáveis, estabelecendo critérios para a retomada das obras e uma nova sistemática para monitoramento centralizado.

Nesses termos, torna-se oportuno elencar os critérios utilizados pelo Ministério do Planejamento para classificar os motivos da paralisação. Consoante se depreende da leitura do relatório, as obras foram paralisadas pelas seguintes razões representativas das muitas particularidades: abandono da empresa; impedimento ambiental; interpelação judicial; restrição orçamentária e financeira; paralisação cautelar por órgãos de controle; motivo técnico; titularidade do imóvel ou pendência de desapropriação; e outros. Merecem destaque as paralisações por motivo técnicos, que alcançaram 38% do total das obras paralisadas. Essas paralisações decorrem de interferências técnicas observadas somente quando da fase de execução do objeto contratual. Tanto é verdade que a média de execução física das obras paralisadas por esse motivo superou os 44%.

Inobstante, embora as interferências que ensejam paralisação das obras sejam observadas apenas na fase de execução, sua origem se dá ainda na etapa preparatória do projeto, durante a fase interna do procedimento licitatório, quando da elaboração do projeto básico. Não é raro encontrar fiscalizações de órgãos de controle que apontam como irregularidades a utilização de projetos básicos deficientes ou desatualizados, em desacordo com art. 6º da Lei de Licitações. Nesse ponto, é possível constatar que os órgãos empreendedores, como regra geral, ao realizarem a contratação de empresas projetistas não definem adequadamente, no termo de referência, o objeto contratual, tampouco se mostram tecnicamente aptos a acompanhar, efetivamente, a elaboração dos projetos, valorá-los e recebê-los definitivamente. Ademais, cumpre destacar que, a despeito da grande quantidade de obras paralisadas, aditivadas (além do limite legal permitido) ou abandonadas por falta de um projeto adequado, há omissão na responsabilização das empresas projetistas.

No tocante às obras em análise, sua grande maioria é executado por municípios, como regra, responsáveis pela elaboração do projeto. Isso, entretanto, não exige a culpabilidade dos órgãos federais responsáveis pela transferência de recursos, pois, seja por falta de estrutura, seja por falta de norma específica, não analisam os projetos enviados preliminarmente à transferência dos recursos aos entes subnacionais. Essa constatação parece ser menos verdade quando a União recorre a entidade capilar com competência em engenharia e arquitetura, como tem se notabilizado a Caixa na celebração e na gestão dos contratos de repasse em nome de órgãos orçamentários federais.

Em unidades que possuem maior capilaridade e que transferem diretamente os recursos, concentrou-se a paralisação por abandono de empresas. Esse foi o caso do Ministério da Educação, que goza da estrutura do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, que transfere recursos fundo a fundo. Em outros casos, a descentralização ocorre por meio da celebração direta de convênio com as Prefeituras. Em ambas as situações, a impropriedade ou imprecisão nos projetos poderiam ser minoradas com a criação de um certificado de empresas projetistas que reconhecidamente detenham excelência na elaboração de projetos, comprovada com a acuidade na fase de execução das obras. A medida poderia levar à valoração objetiva de capacidade técnica e constituir um referencial para contratação das empresas.

No que diz respeito às interrupções decorrentes de abandono da empresa, elas respondem por 36% das obras paralisadas no universo considerado. Esse aspecto merece que se lhe a análise, uma vez que o percentual de execução física pode indicar diferentes causas do abandono por parte da contratada.

Examinando a planilha, constata-se que 30% das obras abandonadas continham menos de 20% de execução física. Tal fato pode indicar que as empresas contratadas não detinham a capacidade técnica suficiente para execução do objeto. Para contornar essa situação, a administração deve estabelecer exigência suficientes para que aquele que for contratado esteja apto para cumprir com sua proposta. Nesse caso, não seria necessária nenhuma medida legislativa, mas tão somente a adequação de procedimentos de gestão dos órgãos contratantes.

Ainda quanto a esse aspecto, foi constatado que 40% das obras abandonadas pelas empresas possuíam entre 20% e 60% de execução. Tal fato pode denotar a perniciosa prática de jogo de planilha. Isso porque esse percentual de execução física

evidencia capacidade técnica de execução, mas que pode concorrer com o interesse da empresa por ser remunerada apenas pelos serviços de maior lucratividade, quando se concentrem no início do cronograma de execução. Nesses casos, afora questões éticas e compromisso cívico, tornar-se-ia desinteressante para a contratada a continuidade do contrato. Em ocorrendo isso, caso a administração contratante não adote as sanções cominadas em lei, a empresa faltosa poderá persistir com essa prática em outras contratações públicas no planejamento da administração dos empreendimentos, na medida em que deflagrou o início de múltiplos empreendimentos sem a adequada previsão orçamentária ou programação de desembolsos.

As demais causas registradas não mereceram, em um primeiro vislumbre, detida atenção deste relator, conquanto possam aflorar como decisivas no decorrer do trabalho.

Outro motivo de paralisação que merece destaque está relacionado com questões orçamentárias e financeiras. De qualquer sorte, tiveram respaldo de antemão pelo Ministério do Planejamento, tanto na autorização para adiantamento de 5% dos recursos financeiros quanto na possibilidade de remanejamento de valores entre os empreendimentos, com fulcro em ofertar recursos bastantes para a retomada e a conclusão das obras. As medidas, de certa forma, assumem alguma deficiência anterior.

Em um trabalho preliminar, preparatório das profícuas explorações que seguramente serão realizadas pelo colegiado, este relator procedeu a expedita condensação do que logrou levantar até o momento a Secretaria de Desenvolvimento de Infraestrutura do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Paralelamente, remeteu aos órgãos empreendedores responsáveis requerimentos aprovados por esta Comissão, nos termos do Plano Trabalho apreciado na última reunião.

Constituindo os serviços públicos instrumento de efetivação de direitos fundamentais de pessoas físicas e jurídicas, deve ser aventado se, uma vez implantados em determinada qualidade e quantidade, poder-se-ia depois diminuir o nível de sua prestação. Deve-se, com algumas relativizações, aplicar aos serviços públicos a teoria da vedação do retorno ao *status quo* ante a vedação do retrocesso na efetivação de direitos fundamentais, aplicável não apenas ao atendimento do

mínimo existencial, mas a toda a extensão do direito fundamental que tiver sido legislativa ou administrativamente implementada.

A vedação do retrocesso é uma das expressões da eficácia das normas constitucionais programáticas ou de eficácia limitada, das quais constituem exemplo a maior parte das normas constitucionais de direitos fundamentais prestacionais, que não criam direitos que possam impor ações ao Legislador ou ao Poder Executivo, mas que têm a força de impedir a edição de normas ou comportamentos que lhes sejam contrárias: se a Constituição determina programaticamente dado tipo de prestação e o Estado, após implantá-la, resolve abandoná-la, estaria, nesse segundo momento, violando aquela norma constitucional.

Não pode, todavia, a vedação do retrocesso levar a um congelamento de todas regras infraconstitucionais que possam ser consideradas densificações, legais ou regulamentares, de direitos fundamentais. Em uma sociedade complexa e dinâmica, e com um déficit público crescente, a vedação do retrocesso na prestação de serviços públicos implementadores de direitos fundamentais não pode ser considerada em termos absolutos, salvo no que se destinar à preservação dos respectivos núcleos essenciais.

A violação da vedação de retrocesso e conseqüente inconstitucionalidade da respectiva medida somente ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente.

Outrossim, importa salientar que as medidas de proteção social são variáveis no tempo, inclusive porque a sua consolidação depende da política econômica geral. Logo, se deve ter em conta o sistema em seu conjunto, sem que se possa prescindir das circunstâncias sociais e econômicas do momento, e sem que se esqueça que se está a administrar recursos econômicos escassos para as grandes necessidades sociais existentes".

Conclui-se, então, que a prestação de serviços públicos pode ser remodelada, eventualmente até com a piora para parte ou totalidade dos usuários, principalmente nos momentos de precariedade financeira ou de rotatividade das forças políticas no poder, o que, via de regra, gera uma mudança de prioridades na formulação das

políticas públicas. O que não pode ocorrer é, após determinado serviço público ser implantado, ele simplesmente deixar de ser prestado, salvo, naturalmente, se perder a sua utilidade social pela própria evolução do mercado ou da tecnologia. Ademais, a vedação da eliminação do serviço público não deve considerar, naturalmente, apenas o País como um todo, mas sim a área geográfica na qual a pessoa se situar, fora da qual não seria razoável supor que, na prática, ainda que com dificuldades, continuaria gozando do serviço (ex., o fechamento do único estabelecimento público de saúde de toda uma região no interior, ainda que, naturalmente, continue existindo o serviço público de saúde em outras regiões do País).

5 CONCLUSÃO

Como fora mencionado na introdução, este trabalho versou sobre os limites e possibilidades do controle de qualidade e eficiência das obras públicas no âmbito municipal, com abordagem de seu aspecto disciplinar, cujo objetivo foi o estudo do tema na esfera do direito constitucional e administrativo, aliado à ciência política. Igualmente, com abordagem de seu aspecto temporal, com marco inicial no ano de 1988, com a Constituição Federal, além do estudo das decisões do Tribunal de Contas e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul dos últimos dois anos.

Abrangido pela linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, o tema deste estudo relacionou a questão das obras públicas com o que prevê a Carta Magna, uma vez que referida linha de pesquisa possui foco na Teoria Geral do Estado e na Teoria Geral dos Direitos e Garantias Fundamentais (assuntos indissociáveis), bem como aborda a evolução histórica do constitucionalismo antigo até o contemporâneo.

Assim, uma vez que sempre houve a ideia de uma norma jurídica suprema que trouxesse a estruturação do Estado, necessário veicular o controle da atividade administrativa para consecução dos direitos fundamentais à Constituição Federal.

Ao realizar uma abordagem do controle efetuado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, bem como pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entre agosto de 2016 a agosto de 2018, com relação aos limites e possibilidades do controle de qualidade e eficiência das obras públicas no âmbito municipal, o trabalho objetivou investigar o uso da eficiência, qualidade ou conceitos afins como parâmetro de controle da Administração Pública, mais especificamente com relação às obras públicas municipais, pelo TCE e pelo TJRS.

Para tanto, a pesquisa foi dividida em três capítulos a fim de estudar as obras públicas como instrumento de realização de políticas públicas dentro do Estado Democrático de Direito; verificar o controle da Administração Pública e o princípio da eficiência; e analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul no controle das obras públicas municipais.

O problema que permeou esta pesquisa foi o seguinte: a partir da jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é possível encontrar elementos que indiquem o uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais?

A hipótese foi a de que a partir da jurisprudência tanto do Tribunal de Justiça quanto do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul verifica-se que os elementos “eficiência” e “qualidade” não são levados em conta.

Para a abordagem do tema, optou-se pelo método hipotético-dedutivo, que se consubstancia pela verificação de uma lacuna de conhecimento, sobre a qual se elabora a hipótese de que os elementos “eficiência” e “qualidade” não são levados em conta no controle das obras públicas municipais, a ser testada a partir da inferência dedutiva. O método hipotético-dedutivo se justifica por ser necessário o aprofundamento das consequências da não utilização de tais parâmetros.

Como método de procedimento, utilizou-se o bibliográfico, pelo estudo dos institutos, fenômenos e processos que permeiam a temática no contexto do Estado Democrático de Direito e da Constituição Federal de 1988. A técnica de pesquisa também é a bibliográfica, pela coleta de dados através da documentação indireta (livros, artigos, pareceres, dentre outros).

Como fora mencionado anteriormente, o trabalho estruturou-se em três capítulos. No primeiro capítulo, intitulado “As obras públicas como instrumento de realização de políticas públicas dentro do estado democrático de direito”, a pesquisa dedicou-se a contextualizar as obras públicas como instrumento de realização de políticas públicas dentro do Estado Democrático de Direito. Para tanto, fez-se um estudo pormenorizado acerca do Estado Democrático de Direito, Município e suas políticas, serviços e obras; em seguida, foram abordadas as políticas públicas Municipais e as obras públicas como instrumento para sua realização; ao final, verificou-se como se dá o processo de realização e entrega das obras públicas.

Então, analisou-se o Estado Democrático de Direito, Município e suas políticas, serviços e obras. Neste aspecto, verificou-se que quando se fala em Estado Democrático de Direito, fala-se, essencialmente, em preocupação com sua função social e com a igualdade.

Por tal razão, apresenta-se como elemento crucial a cidadania, a qual coloca os cidadãos como detentores de direitos civis, sociais e políticos. Ou seja, o Estado é responsável pela implementação e instrumentalização dos mecanismos necessários à efetivação dos direitos fundamentais, bem como do exercício da cidadania. Constatou-se, ademais, que um dos principais objetivos do Estado é a efetivação da justiça social, a qual está intimamente ligada à realização dos direitos fundamentais e à eliminação das desigualdades sociais.

Como forma de garantir segurança e certeza jurídica, toda ação estatal no Estado Democrático de Direito deve ser com base em princípios constitucionais, razão pela qual o direito assume um caráter participativo para abranger tanto os direitos de terceira dimensão, quanto os direitos de primeira e segunda dimensão.

Percebeu-se que o grande problema que aflige o Estado Democrático de Direito, atualmente, dá-se na efetividade dos dispositivos constitucionais. A Constituição Federal de 1988, conhecida por Constituição Cidadã, comprometeu-se em resgatar demandas históricas da sociedade, tais como saúde e meio ambiente, mas, até o momento, não foi possível operacionalizá-las eficientemente.

Suplantada a análise do Estado Democrático de Direito, realizou-se um paralelo entre o Constitucionalismo e os Municípios, oportunidade em que afirmou-se que em todos os sistemas constitucionais a história da autonomia municipal é uma crônica de oscilações, que variam do alargamento a contração, conforme ocasiões mais propícias para concretizar o princípio da liberdade na organização das estruturas estatais. Logo, esse movimento oscilatório acaba por encontrar seu lado de alargamento com o advento da Constituição de 1988.

Superada a relação entre constitucionalismo contemporâneo e os municípios foi feita uma breve diferenciação entre serviço público e obra pública onde concluiu-se que obra, para ser executada, não presume prévia existência de um serviço; todavia, o serviço público, normalmente, para ser prestado, pressupõe uma obra que lhe constitui o suporte material.

Diferentemente dos serviços públicos, a obra pública nada mais é do que toda aquela que a Administração Pública executa com operários próprios ou faz executar por meio de contrato com terceiros. Melhor dizendo: a obra pública nada mais é do que um serviço público; e é a ela que esta pesquisa está destinada.

Tratou-se, também, da política pública, compreendida como um programa de ação do Estado que tem por objetivo coordenar os meios que estão à disposição, bem assim como a orientação das atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente indicados, sendo as obras públicas instrumentos de política pública, como o caso da construção de uma unidade de pronto atendimento, de um hospital, de uma farmácia popular, de uma parada de ônibus – isto apenas para citar alguns exemplos do cotidiano.

Os próprios serviços públicos – instrumento máximo de uma política pública - dependem das obras públicas, razão pela qual ressaí a essencialidade do estudo

proposto por esse trabalho. O estudo das obras públicas é, em última análise, também um debruçar-se sobre a concretização de direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. E, nesse contexto, as obras públicas são uma das possíveis formas de atuação do Poder Público para atendimento e resolução dos problemas encartados pela esfera pública. Entende-se por obra pública qualquer intervenção espacial empreendida pelo Poder Público, em área urbana ou rural, que possua como fim a ser alcançado o interesse público. Conseqüentemente, construções, reformas, recuperação ou ampliação de bem público são consideradas obras públicas, forte na Lei nº 8.666/93.

Ressaltou-se que cabe aos Municípios a execução de atividades que visam atingir os fins sociais previstos na Magna Carta. A característica de fundamentalidade dos direitos sociais justifica o resguardo constitucional atinente à prestação de serviços públicos - tal como previsto no art. 175 -, uma vez que atrelado à concretização do mínimo existencial e dos fins maiores do Estado Democrático de Direito.

Salientou-se que em razão da conjuntura constitucional de competências, a prestação do serviço de obras públicas acaba sendo desenvolvida, usualmente, diretamente pelo poder público local ou estadual, através de empresas privadas que atuem sob o regime de concessão; ou, ainda, por gestão integrada da prestação material do serviço, através de consórcios municipais.

Coube aos municípios, de forma mais preponderante, pela repartição de competências operada pela Constituição Federal, a prestação dos serviços de obras públicas, posto se tratar de assunto de interesse local e de mais fácil controle e execução no desenho federal delineado. Tais serviços devem atender aos princípios básicos que norteiam o regime jurídico dos serviços públicos, com previsão no artigo 6º da lei nº 8.987/95, sendo que a construção e uso das obras públicas tem de estar regidas pelos princípios da universalidade, modicidade, eficiência, segurança, continuidade e atualidade, no que for aplicável.

Concluiu-se que quando uma obra pública, em qualquer âmbito, mas, neste caso, no Municipal, se dá em desacordo com o que fora previsto em lei ou em afronta às ferramentas destinadas ao cumprimento dos princípios da administração pública, ocorrem ilícitos penais. Mais especificamente com relação à eficiência, chama-se atenção para o objetivo de tal princípio: assegurar que os serviços públicos sejam prestados com adequação às necessidades da sociedade que os custeia. A eficiência,

aliás, integra o conceito legal de serviço público adequado. Como anteriormente mencionado, quando uma obra pública é realizada em desatenção às ferramentas de controle, o prefeito, no âmbito Municipal, incorre em infrações administrativas que geram atos de improbidade administrativa, tipificadas pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, nos artigos 9º, 10 e 11 - que caracterizam, respectivamente, dano ao erário, enriquecimento ilícito e violação aos princípios administrativos - e dos crimes de responsabilidade para os prefeitos (Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967).

Posteriormente, ainda no primeiro capítulo, foi feito o estudo das políticas públicas Municipais e as obras como instrumentos para sua realização, onde se pode perceber que há uma política pública quando existe, necessariamente, um discurso que segue às demandas sociais; o Direito como meio de organização dos meios para a ação; a materialização dos direitos fundamentais; a relação com as organizações governamentais; a influência da sociedade, em parte ou no todo; a tentativa consciente de mudanças da sociedade; a existência de programas que se prolongam no tempo; o uso do poder administrativo; a predominância de discursos pragmáticos; e, finalmente, a coerência narrativa interna objetivando a formação de uma identidade a partir da confrontação meios-fins em sede de poder administrativo.

E ao estudar as competências para a instituição de políticas públicas constatou-se a necessidade de cruzar as competências dos entes federativos com a divergência entre competência legislativa e administrativa; neste sentido percebeu-se que a descentralização no campo das políticas públicas, tendo o município como esfera de coordenação e execução, deu espaço a propostas de gestão participativa e da relevância da escala local das decisões.

No que diz respeito à reserva de campos específicos, a Constituição enumerou os poderes da União em seus artigos 21 e 22 e os poderes dos Municípios em seu artigo 30, sendo os poderes dos Estados, remanescentes, previstos no artigo 25, §1º, e os poderes do Distrito Federal no artigo 32, §1º.

Verificou-se assim que as políticas públicas devem ser desenvolvidas pelo ente federativo que se encontra mais próximo dos cidadãos, ou seja, os municípios. Assim, caberia ao Governo Federal estabelecer princípios e diretrizes que devem ser seguidos por todos os municípios, sendo de cada cidade a responsabilidade de operacionalizá-los, considerando suas peculiaridades.

Ao final do referido capítulo, passou-se à análise do processo de realização e entrega das obras públicas, oportunidade em que afirmou-se relativamente à forma

de execução dos contratos de obra pública, que a lei 8.666/1993 estabelece que podem ser executadas diretamente (órgão e entidades da própria administração, com seus próprios meios – artigo 6º, inciso VII), ou indiretamente (terceiros contratados – artigo 6º, inciso VIII, e artigo 10, I e II).

Assim, são os seguintes os regimes de execução: empreitada por preço global, onde é fixado um preço certo para remunerar o empreiteiro pela totalidade da obra; empreitada por preço unitário, quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas; empreitada integral, o qual se presta para a realização de obras de maior vulto e complexidade, abrangendo não apenas obras, mas também serviços; tarefa, caracterizado pela contratação de mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais.

Porém, não há falar em execução de obra pública sem que haja recursos. Assim, os recursos orçamentários destinados aos serviços de obras públicas deverão ser avaliados pela Administração, respeitando a lei de finanças públicas (lei nº 4.320/1964 – artigos 58, 59 e 60). Nesse contexto, cabe aos municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, que tem caráter essencial. Logo, confirmou-se que os recursos destinados aos serviços de obras públicas deverão respeitar, igualmente, a lei 8.666/1993 (artigo 7º) e a Constituição Federal (artigo 167, incisos I a V, que guardam relação com o tema), que tratam da licitação.

Ademais, inobstante os já mencionados artigos, o artigo 22 da lei 8.666/1993 especifica que no edital de licitação estão contidos todos os requisitos para o procedimento licitatório, e cinco são as modalidades de licitações: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

De igual forma, abordou-se a necessidade de licitação e recordou-se que a fim de preservar os princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e da própria ilevidade do patrimônio público, o legislador constituinte determinou no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a regra de obrigatoriedade da licitação.

Entretanto, embora a obrigatoriedade da licitação seja a regra, esta somente poderá deixar de existir nos casos de inexigibilidade, quando é impossível a competição, ou de dispensa. Tanto a inexigibilidade, quanto a dispensa de licitação devem ser necessariamente justificadas, na forma do disposto no art. 26 da Lei nº 8.666/1993. Pareceres técnicos emitidos a respeito da dispensa ou inexigibilidade da licitação

devem, obrigatoriamente, constar do processo administrativo do certame. A dispensa de licitação está prevista na lei de Licitações e Contratos, em seu artigo 24, que autoriza a Administração Pública a realizar as contratações de forma direta. Ou seja, a dispensa de licitação é uma forma legal de contratação pelo governo, mas pode ser utilizada apenas quando for expressamente permitido por lei, não havendo brecha que possa comprometer a isonomia do processo. Sobre esta forma de contratação, importante frisar que deve atender as trinta e cinco hipóteses bem definidas no artigo 24 da Lei nº. 8.666/93. Já na inexigibilidade, a contratação se dá em razão da inviabilidade da competição ou da desnecessidade do procedimento licitatório. As hipóteses do artigo 25 da Lei 8666 de 1993, autorizam o administrador público, após comprovada a inviabilidade ou desnecessidade de licitação, contratar diretamente o fornecimento do produto ou a execução dos serviços. É importante observar que o rol descrito neste artigo não abrange todas as hipóteses de inexigibilidade.

A licitação pública, além das hipóteses em que é dispensável, pode também ser inexigível: a) para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; b) para a contratação de serviços técnicos, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; c) para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: a) caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; b) razão da escolha do fornecedor ou executante; c) justificativa do preço; d) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Denota-se, pois, que existe um robusto conjunto de vetores que norteiam a prestação dos serviços de obras públicas, justamente pela sua essencialidade enquanto instrumento de garantia que dialoga com diversos direitos fundamentais

sociais, refletindo de forma direta na concretização do princípio maior do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.

Já o segundo capítulo, intitulado “Controle da Administração Pública e princípio da eficiência”, versou sobre o controle da administração pública e princípio da eficiência.

Acredita-se ser este um dos pontos mais relevantes desta dissertação, vez que a partir do estudo do princípio da eficiência foi possível verificar, quando da pesquisa jurisprudencial, se o mesmo está sendo utilizado como parâmetro nas decisões acerca das questões envolvendo obras públicas.

Assim, neste capítulo verificou-se a relação entre o constitucionalismo contemporâneo e o princípio da eficiência, como é feito o controle da Administração Pública via Tribunal de Contas, bem como o controle jurisdicional da Administração Pública, sendo aquele realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Inicialmente, fez-se a abordagem acerca do constitucionalismo contemporâneo e o princípio da eficiência, e constatou-se que o constitucionalismo contemporâneo guarda estrita relação com os direitos fundamentais, vez que está centrado no totalitarismo constitucional, consectário da noção de Constituição pragmática, e que tem a Constituição de 1988 como exemplo, na medida em que o texto constitucional sedimenta um importante conteúdo social, estabelecendo metas a serem atingidas pelo Estado, programas de governo) e realçando o sentido de Constituição dirigente.

Frutos da evolução econômica e social em sincronia com a evolução das relações jurídicas da humanidade, os direitos fundamentais não surgem das mãos dos legisladores, mas por estes foram reconhecidos e positivados, inclusive nas Constituições

Logo, pode-se dizer, resumidamente, que o constitucionalismo contemporâneo apresenta como principais características o totalitarismo constitucional, o dirigismo comunitário, constitucionalismo globalizado, direitos de segunda dimensão e direitos de terceira dimensão (fraternidade e solidariedade).

O novo constitucionalismo trouxe muitas coisas, porém, não se pode dizer que trouxe a indiferença, quando, na verdade, há a preocupação com a construção de uma sociedade justa e solidária através do direito. Melhor dizendo: o desafio é evitar que o direito fique indiferente às injustiças sociais; que o mesmo seja minimamente suficiente a sustentar o Estado Democrático.

Vislumbra-se que o direito assume uma feição de transformação de relações sociais e deixa de ser meramente regulador, conforme evidenciam os textos constitucionais surgidos a partir do segundo pós-guerra.

As posturas teóricas neoconstitucionalistas acabam simplesmente por reconstruir teses jusnaturalistas que reivindicam uma espécie perniciosa de conexão entre o direito e a moral. Assim, só podem ser desconsideradas as decisões tomadas em contrariedade com o sistema de garantias constituído pela Constituição Federal de 1988, fato que demonstra o *plus* do Estado Democrático de Direito, ou seja, a Constituição fortalece materialmente os limites entre o direito, política e moral, razão pela qual fala-se em diminuição do espaço de discricionariedade da política.

O constitucionalismo, ao se apoiar no Estado Democrático de direito, ganha campo fértil, uma vez que a intenção de ambos os fenômenos é a modificação da realidade.

Suplantado o estudo do fenômeno do constitucionalismo contemporâneo, realizou-se o estudo do princípio da eficiência. Sobre ele, nota-se que a EC 19/1998 o incluiu como princípio expresso no caput do artigo 37 da Constituição Federal. Referida inclusão bem demonstra que a existência de uma Administração Pública é inevitável nas sociedades contemporâneas, mas que os controles a que se sujeita, bem como seus métodos de gestão acarretam ineficiência em relação à administração de empreendimentos privados.

Consequentemente, a Administração Pública deve aproximar-se o máximo possível da administração das empresas do setor privado, com a ampliação de autonomia dos entes administrativos e redução dos controles de atividades-meio, objetivando o princípio da eficiência. Pode-se dizer, assim, que o objetivo do princípio da eficiência é assegurar que os serviços públicos sejam prestados com adequação às necessidades da sociedade que os custeia, razão pela qual, inclusive, integra o conceito legal de serviço público adequado.

Em suma: tendo como corolário a boa qualidade, a partir da positivação do princípio da eficiência, a sociedade passa a dispor de base jurídica expressa para exigir a efetividade do exercício de direitos sociais, que devem ser qualitativamente garantidos pelo Estado. Por tal razão, o cidadão possui o direito de questionar a qualidade das obras e atividades públicas exercidas tanto pelo Estado quanto por seus delegatários.

Nota-se: a aplicação do princípio da eficiência não depende da vontade do agente público, até porque o agente público não realiza as atividades administrativas conforme suas vontades, mas segundo os enunciados legais, em especial, os constitucionais. O princípio da eficiência, a exemplo dos demais princípios da Administração Pública, obriga o agente estatal a realizar suas atividades conforme e na forma dos ditames legais.

No mesmo capítulo, verificou-se que toda atuação administrativa está condicionada à observância dos princípios constitucionais expressos no artigo 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, princípios básicos da Administração Pública brasileira. Outrossim, outros princípios, de direito público e de direito administrativo, informam também a atuação administrativa, por exemplo, a supremacia do interesse público, a razoabilidade, a proporcionalidade e a segurança jurídica.

Ressaltou-se a importância da possibilidade de controle interno, bem como o poder de rever os atos administrativos, restando sujeita a Administração Pública ao controle estatal. Assim, quando se fala em controle, pode-se dizer que o mesmo é interno (autotutela) ou externo (administrativo, legislativo e judiciário), conforme seja realizado.

Enquanto o controle interno é aquele exercido dentro de um mesmo Poder, sem relação de hierarquia com o órgão controlado, ou ainda o controle que a administração direta exerce sobre a administração indireta de um mesmo Poder; o controle externo diz-se do controle exercido por um Poder sobre os atos administrativos praticados por outro Poder. A exemplo, além da anulação de um ato do Poder Executivo por decisão judicial e a auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União sobre despesas realizadas pelo Poder Executivo Federal, pode-se citar os previstos no artigo 49, incisos V e IX da Constituição.

Para o estudo do controle da Administração Pública via Tribunal de contas, necessária a abordagem específica do controle exercido tanto pelo próprio Tribunal de Contas, quanto pelo controle financeiro, os quais guardam estrita relação.

Assim, a fiscalização contábil, financeira e orçamentária é exercida sobre os atos de todas as pessoas que administrem bens ou dinheiros públicos. Sobre o controle financeiro externo, que é o exercido pelos tribunais de contas auxiliando o Poder Legislativo, objetiva a probidade da atuação da administração pública e a utilização de recursos de forma regular, sendo um controle contábil e financeiro de legalidade e

legitimidade, porém, de marcada índole política. E sobre os tribunais de conta, cumpre salientar que são órgãos vinculados ao Poder Legislativo que auxiliam na realização do controle externo da administração pública, sobretudo o controle financeiro, no tocante à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

Neste sentido, de acordo com a previsão expressa do artigo 71 da Constituição, o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República; julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta; apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta; realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe; fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres; prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei; assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado; e representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

O artigo 74 da Constituição Federal determina que os Poderes mantenham sistema de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração Federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Salienta-se que de acordo com o artigo 75 da Carta Magna, as normas constitucionais referentes ao Tribunal de Contas da União devem ser aplicadas, no que couberem, aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como aos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Dessa forma, assim como cabe ao TCU auxiliar o Congresso Nacional no controle externo das contas públicas, incumbe aos Tribunais de Contas dos Estados o auxílio às Assembleias Legislativas e aos Tribunais de Contas dos Municípios o auxílio às Câmaras Municipais. Inobstante, mister assinalar que há disposições específicas aplicáveis aos Municípios, mais especificamente no art. 31 da Constituição Federal.

Ao final do segundo capítulo estudou-se o controle jurisdicional da Administração Pública, por ser de conhecimento geral que o controle jurisdicional dos atos normativos é realizado pelo Poder Judiciário, tanto por um único órgão (controle concentrado) – mais especificamente, no caso do Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Justiça – como por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso), admitindo o seu exercício por juízes em estágio probatório, melhor dizendo, sem terem sido vitaliciados, assim como por juízes dos juizados especiais.

Interessante chamar atenção para o fato de que nosso país adotou o sistema denominado misto, vez que o controle é realizado pelo Poder Judiciário (por tal razão denominado controle jurisdicional) tanto de forma concentrada, quanto de forma difusa (por qualquer juiz ou tribunal). Ainda, chama-se atenção para o fato de que ambos os controles possuem autonomia, ou seja, um não pode condicionar a sua admissibilidade à inviolabilidade do outro, não podendo deixar de lado o fato de que se já houver decisão no controle concentrado poderá haver repercussão sobre o controle difuso.

Assim, quando se fala em controle jurisdicional da administração pública significa dizer que o Poder judiciário pode - sempre ou desde que provocado - anular atos administrativos que apresentem vícios de ilegalidade ou ilegitimidade. Neste sentido, prevê o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A fim de melhor aprofundar o estudo, realizou o debate sobre eficácia e eficiência, onde verificou-se que não são equivalentes, embora a distinção entre eles nem sempre seja estabelecida da mesma forma. Eficiência tem genericamente que ver com o modo como se obtém determinados resultados: um método é mais eficiente que outro se para atingir o mesmo resultado exige menor dispêndio de recursos – obter o mesmo *output* a partir do mesmo *input*.

É, em rigor, um conceito relativo e não absoluto, uma vez que uma empresa pode ser considerada mais eficiente que outra ou outras; uma máquina ou um método pode ser mais eficiente que outro; ou seja, poderão existir ou vir a existir alternativas mais eficientes. É possível dizer que enquanto a eficiência se refere à melhor forma de atingir determinado objetivo, eficácia refere-se sobretudo ao fato de se atingir ou não o objetivos e se esse objetivo é realmente o que deve ser atingido. Logo, eficácia tem a ver com o que fazer, eficiência com como fazer. Eficácia é um conceito relevante sobretudo a nível institucional-estratégico, eficiência sobretudo a nível operacional.

Após feita esta diferenciação, adentrou-se no estudo do controle jurisdicional, onde constatou-se que no Brasil, cabe ao Poder Judiciário, e só a ele, resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direitos, inclusive aqueles em que seja parte o Poder Público. O controle jurisdicional da Administração Pública, juntamente com o princípio da legalidade, constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito pois de nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados.

Não se pode deixar de mencionar que no exercício de função administrativa o Poder Judiciário pode, sim, revogar atos discricionários que ele mesmo tenha editado, porém, isto não pode ser considerado controle judicial propriamente dito, mas sim, controle administrativo, vez que o Poder Judiciário estará atuando como Administração Pública.

Frisa-se: O controle judicial visa, apenas, o exame da legalidade do ato ou atividade administrativa, confirmando-os, em caso de legalidade, ou anulando-os, em caso de violação ao ordenamento jurídico. O controle judicial dos atos administrativos limita-se da seguinte forma: a competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado.

Por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade entende-se a conformidade do ato com a moral administrativa e com o interesse coletivo (princípios da moralidade e da finalidade), indissociáveis de toda atividade pública. Tanto é ilegal o ato que desatende à lei formalmente, como ilegítimo o ato que violenta a moral da instituição ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados de pessoas, grupos ou partidos favoritos da Administração.

Importante salientar que o princípio da legalidade abarca o princípio da primazia (ou prevalência ou supremacia) e o princípio da reserva legal. Determina o princípio da primazia que os atos de administração devem respeitar as leis, enquanto que o princípio da reserva legal significa que tais atos devem se basear ou fundar em leis. Percebe-se, pois, que o princípio da legalidade enunciado no artigo 37 é um desdobramento do artigo 5º, II, da Constituição e preceitua que: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". A máxima diz que enquanto os cidadãos podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei a ele atribuiu e na forma por ela prescrita.

Destarte, pode-se conceituar o princípio da juridicidade como a adequação do ato administrativo às normas e aos princípios, perpassando o princípio da legalidade, agregando-lhe a obrigatoriedade de se observar a totalidade do ordenamento jurídico.

No Direito brasileiro, o princípio da juridicidade é extraído da leitura do artigo 37, caput, da Constituição Federal, onde os princípios norteadores da Administração Pública, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, condensaram-se em princípio da juridicidade.

Ressalta-se, de todo modo, porquanto se apresenta como alternativa inibidora de eventuais arbitrariedades a serem perpetradas no uso da discricionariedade administrativa, o filtro judicial nos atos administrativos revestidos de discricionariedade goza de substancial relevo

Em suma, o controle judicial recai notadamente sobre a atividade administrativa estatal, podendo ser desempenhado por qualquer poder, além de atingir basicamente os atos administrativos do Poder Executivo, mas também examina os atos do Poder Legislativo e do próprio Poder Judiciário, no qual se desempenha a atividade administrativa em grande quantidade, o que é de extrema importância para limitação da atuação do poder público, impedindo que a administração aja com arbitrariedade e autoritarismo.

Salientou-se, ainda, que o controle judicial tem como princípio basilar o Ministério Público, pois através de instrumentos constitucionais possuem a virtude de assegurar os direitos sociais, além do controle e fiscalização dos atos da administração pública, com fulcro no artigo 129 da Constituição Federal. Tal órgão se adequa neste meio com o papel de fiscalizador, pois enquanto instituição permanente de defesa da

cidadania é órgão de controle da Administração Pública e tem como dever e obrigação zelar pela cidadania e legalidade no âmbito da fiscalização dos Tribunais de Contas.

Constata-se, pois, que a submissão do administrador é o preço de uma real e verdadeira justiça administrativa, crescente e substancialmente garantida por um controle jurisdicional desenvolvido, reverente e preciso, pronto a corrigir imperfeições, a impedir desmandos e desgovernos e, em maior grau, a garantir a missão que lhe impôs o Estado Democrático e Social de Direito brasileiro, além da importância conferida ao Ministério Público atribuída pela Constituição Federal Brasileira, caracterizado como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, dentre outros.

Chega-se, assim, ao terceiro e último capítulo da pesquisa, onde é feito o cotejamento da jurisprudência, tanto do Tribunal de Contas do Estado, quanto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com o estudo realizado nos capítulos anteriores, a fim de averiguar o uso da qualidade e da eficiência como parâmetro nas decisões acerca das obras públicas municipais.

Então, inicialmente, especifica-se a metodologia de análise utilizada, bem como a análise dos dados coletados: decisões de ambos os tribunais, compreendidas no período abrangido entre 25 de agosto de 2016 e 25 de agosto de 2018. Por fim, é feita a constatação acerca do uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais, conceituando-se, em princípio, qualidade no setor público e, posteriormente, realizando-se a análise da sua utilização, atrelada ou não ao princípio da eficiência, ao julgar processos relacionados às obras públicas municipais.

Ao iniciar o estudo, verificou-se a metodologia de análise da jurisprudência, onde confirmou-se que a ciência busca capturar e analisar a realidade, e é o método que faz com que o pesquisador consiga atingir seus objetivos, utilizando-se o método como o caminho percorrido pelo pesquisador para alcançar determinado fim, pode-se dizer que não há ciência sem método. No entanto, sozinho, o método não consegue produzir ciência, devendo sempre estar aliado a disciplina do pesquisador na busca pela verdade a fim de alcançar possíveis respostas. Em suma, o método nada mais é do que o responsável pela condução do pesquisador ao seu objetivo; é ele quem leva o pesquisador desde o problema inicial que o motivou a pesquisar até a comprovação de uma resposta, no término da pesquisa.

Ao tomar por base a aplicação do método é possível verificar que quanto mais abstrato e amplo é determinado elemento do método, mais facilitada é sua utilização e desenvolvimento por determinada proposição científica. Isso ocorre quando se utiliza dedutivamente os elementos mais abstratos do método para o seu desenvolvimento. Quanto mais amplo é certo elemento do método, há maior proeminência da dedução em sua aplicação devido a sua própria abrangência teórica, o que permite que se possa empregá-lo em diferentes realidades que se procure abordar. Assim, é recorrente a utilização e desenvolvimento de proposições pela utilização das doutrinas e correntes de pensamento em seus termos gerais, por meio de generalizações, principalmente, por seus aspectos ideológicos e/ou procedimentais. Portanto, quando se fala em correntes de pensamento, não se deve considerar um único pensador e sua respectiva proposição teórica e sim um conjunto de pensadores que possuem propostas similares.

Para tornar-se uma pesquisa científica é necessária a utilização de algumas práticas, tais quais, a criação de um problema; a indagação de uma hipótese; a coleta de dados - busca de dados que sirvam para responder o problema criado; bem como a análise da resposta, ou seja, a verificação da viabilidade da hipótese encontrada. Além da utilização das práticas mencionadas, também é necessário optar por um método específico, responsável pelas diferentes formas de se chegar às respostas pretendidas.

Assim, foram abordados os seis métodos de abordagem: método indutivo (parte das observações particulares para chegar a conclusões gerais), método dedutivo (parte da generalização e quer confirmá-la na particularidade), método indutivo-dedutivo (parte da observação para a indução faz a dedução e volta à observação), método hipotético-dedutivo (partir de uma hipótese e buscava deduzi-la na verificação dos fatos e fenômenos), método dialético (dinâmica contínua do pensamento de oferecer uma tese, a contraposição a ela (antítese) e a elaboração de uma síntese), e método da complexidade (a realidade deve ser compreendida em sua complexidade, em sua dinamicidade).

Na esfera do conhecimento, da investigação ou de qualquer atividade intelectual, o vocábulo método está associado ao termo metodologia, que é o estudo dos métodos utilizados no processo de conhecimento. Como conhecimento metódico, sistemático, programado, a ciência tem como principal objetivo a busca da verdade sobre as

coisas, os fatos, as ideias, tendo o conhecimento científico uma característica especial: os raciocínios e as técnicas que utiliza podem ser claramente identificados.

Partindo de tais premissas, verificou-se que o método de abordagem utilizado nesta pesquisa foi o hipotético-dedutivo, que se consubstancia pela verificação de uma lacuna de conhecimento, sobre a qual se elabora a hipótese de que os elementos “eficiência” e “qualidade” não são levados em conta no controle das obras públicas municipais, a ser testada a partir da inferência dedutiva. O método hipotético-dedutivo se justifica por ser necessário o aprofundamento das consequências da não utilização de tais parâmetros.

Já os métodos de procedimento constituem etapas mais concretas da pesquisa, explicando objetos menos abstratos. Relacionam-se, portanto, especificamente com as fases da pesquisa e não com o plano geral dela. Importante, então, esclarecer acerca dos métodos de procedimentos existentes a fim de obter o que mais se enquadra nesta pesquisa.

O método experimental é um método fundado na experiência, cujo objeto é controlado para se atingir resultados pretendidos. Assim, o objeto é colocado sob condições ideais, reproduzidas em laboratórios ou não, selecionando-se as hipóteses a serem verificadas. Noutra banda, o método estatístico é empregado nas pesquisas quantitativas por tratar de elementos de caráter matemático, cujo objetivo é fornecer uma base concreta e segura das informações a serem analisadas. É caracterizada por possuir gráficos e apresentações analíticas das tendências características dos fenômenos pesquisados. Já o método histórico coloca os dados da pesquisa sob uma perspectiva histórica de três formas: comparando o conjunto dos elementos que existe hoje com suas origens históricas; comparando as formações anteriores que eram precursoras do que há na atualidade; acompanhando a evolução do objeto pesquisado pela história. Finalmente, tem-se o método comparativo que consiste no confronto entre elementos, promovendo o exame dos dados a fim de obter diferenças ou semelhanças que possam ser constatadas, e as devidas relações entre as duas.

Constatou-se, assim, que a metodologia de procedimento utilizada neste trabalho foi o comparativo, através da seleção de jurisprudências, tanto no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, quanto no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para comparação entre elas e o que prevê o texto legal e a doutrina.

Suplantado o estudo dos métodos utilizados, passou-se à apreciação dos dados coletados a partir da análise dos julgados tanto do tribunal de contas quanto do tribunal

de justiça e as possibilidades indutivas dos dados coletados. Isto, porque no contexto proposto pela Constituição Federal, os Tribunais de Contas adquirem formatação de órgão auxiliar do Poder Legislativo na missão de supervisão das contas públicas, de cunho administrativo, técnico e de controle.

O controle da administração pública é uma importante fonte de garantia da preservação do Estado brasileiro e dos direitos fundamentais, pois a gerência dos interesses coletivos deve buscar, nesse viés democrático que permeia a Constituição Federal, a conformidade com os padrões legais, com especial ênfase na proteção dos objetivos primordiais insculpidos pela Constituição Federal (artigos 1º e 3º) e assegurando que não serão vulnerados os direitos subjetivos e as diretrizes administrativas.

Verificando-se os acórdãos do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, proferidos entre 25 de agosto de 2016 à 25 de agosto de 2017, que envolvessem municípios, e cujo resultado fosse o julgamento de irregularidade das contas, identificou-se 6 decisões que versavam sobre o controle em relação a obras públicas. A partir daí, procedeu-se à análise qualitativa das decisões, com o fito de verificar-se se é possível encontrar elementos que indiquem o uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais. Três situações foram identificadas como mais recorrentes, quais sejam: 1) a prorrogação de contratos ao arrepio das disposições legais; 2) dispêndio financeiro em descompasso com a execução do serviço construtivo; 3) compra de materiais acima do planejado – é sobre tais pontos que a análise terá um foco maior.

Da mesma forma, verificando-se os acórdãos do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, proferidos entre 25 de agosto de 2017 à 25 de agosto de 2018, que envolvessem municípios, e cujo resultado fosse o julgamento de irregularidade das contas, identificou-se 8 decisões que versavam sobre o controle em relação a obras públicas. A partir daí, procedeu-se à análise qualitativa das decisões, também com o fito de verificar-se se é possível encontrar elementos que indiquem o uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais.

Ressaltou-se o processo 002756-0200/15-5, em que o Legislativo não efetuou corretamente as remessas de informações ao Sistema para Controle de Obras Públicas – SISCOP e houve o reconhecimento de irregularidade das contas sob a alegação de que “o Gestor infringiu, conjuntamente, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência ao deixar de se submeter aos

comandos legais e constitucionais (art. 71, CF) que determinam a realização desses controles”. Nota-se que, dentre todos os processos analisados, este foi o único em que houve a utilização da eficiência como parâmetro de análise.

Suplantada a análise das decisões obtidas junto ao Tribunal de Contas do Estado, passou-se à análise das decisões encontradas no Tribunal de Justiça do Estado. Como afirmado no tópico anterior, ao realizar a pesquisa por “obras públicas” foi possível encontrar 87 decisões, das quais 50 versavam sobre direito tributário, 4 sobre desapropriação e 33 sobre responsabilidade civil, penal e outros.

Com relação às decisões que versavam sobre direito tributário, constatou-se a discussão acerca da contribuição de melhoria e a necessidade de lei específica para cada obra. Já no que concerne às decisões de desapropriação, verificou-se a discussão acerca da ausência de expropriação para a realização de obras públicas e legitimidade do novo proprietário para promover ação de indenização decorrente de desapropriação indireta, se os antigos proprietários não foram indenizados pelo Estado por tal ato ilícito. Das demais 33 decisões, obteve-se a discussão a respeito de contribuição à CIENTEC – Fundação de Ciência e Tecnologia – nas obras públicas licitadas com valor superior a três mil salários-mínimos; subsídio do secretário municipal de transporte e obras públicas; realização de trabalho externo em obras públicas; retomada de obras atendendo a critérios de conveniência e oportunidade do administrador; inexecução parcial; superfaturamento; improbidade administrativa: lesão/prejuízo ao erário, fraudes em contratação, omissão dos municípios na execução de obras, atraso na conclusão, dano ao meio ambiente e má conservação; fornecimento de água; e gratificação de servidor público.

Já ao realizar a pesquisa por “obras públicas” e “qualidade” foi possível encontrar 4 decisões, das quais três sobre responsabilidade civil e uma sobre servidor estadual. Os julgados referente à responsabilidade civil por danos morais abordam situações de negligência por parte da administração pública, enquanto que o julgado referente ao servidor público traz a questão da gratificação de incentivo às atividades sociais, administrativas e econômicas. No entanto, ao realizar a pesquisa por “obras públicas” e “eficiência” não foi possível encontrar decisões.

Buscou-se, então, um meio para a remediação de fraudes e atos de corrupção como os encontrados nesta pesquisa, oportunidade em que chegou-se à adoção do *compliance* em nível de Administração Pública como o conjunto de medidas e ações institucionais voltadas para a prevenção, detecção, punição e remediação de fraudes

e atos de corrupção. O escopo de um programa dessa monta é a sistematização de diretrizes que já são conhecidas, mas voltadas e coordenadas à promoção da integridade institucional.

No âmbito federal, a Lei nº 13.303/2016 previu a obrigação das empresas públicas e sociedades de economia mista federais adotarem programas de integridade (ou seja, de *compliance*). No Rio Grande do Sul, a Lei estadual nº 15.228, de 25 de setembro de 2018, passou a exigir que as empresas que mantenham contratos com a Administração Pública implantem e mantenham programas de integridade. A pertinência do tema é, pois, evidente, refletindo-se na modificação e edição de atos legislativos nesse sentido.

A concepção de coordenação de instrumentos para a integridade institucional poderia ser trazida para o plano municipal. O primeiro passo seria conceber que a propagação desse conjunto de práticas e instruções deve contar com a promoção irrestrita do chefe do Poder Executivo municipal, pela aderência pessoal aos processos preconizados de forma integral. Veja-se, a propósito, que as situações retro narradas que, em tese, indicariam a prática de ato de improbidade administrativa, em sua grande maioria envolveram condutas perpetradas pelos prefeitos, indicando que a estruturação de um programa de *compliance* perpassa, indubitavelmente, por essa figura.

Outro fator que precisa ser observado para o sucesso da sistemática em comento é a dotação a um grupo ou unidade, de independência, autonomia, imparcialidade e recursos materiais, financeiros e humanos, para que atue como a instância responsável pelo monitoramento contínuo e gestão das medidas. Um terceiro ponto que precisa ser desenvolvido pelas municipalidades é a varredura prévia dos riscos.

Finalmente, ao abordar o uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais, demonstrou-se que no caso específico de contratação de obras públicas, o processo de planejamento engloba desde o momento da escolha do local em que a obra será construída, passando pela elaboração do projeto básico, dos projetos e planilhas referentes ao processo licitatório, do memorial descritivo e do edital, até a conseguinte redação do contrato que estabelecerá os prazos de execução da obra.

No que concerne à qualidade nas obras públicas, os órgãos públicos são responsáveis pela maioria das construções que proporcionam qualidade de vida a

população, porém, esses investimentos encontram barreiras devido às limitações do poder de compra subordinados a Lei 8.666/93.

Para a construção de obras e serviços de engenharia da administração direta e indireta normalmente utilizam a modalidade menor preço da Lei 8.666/93, isto é, a empresa vencedora da licitação é a que oferta o menor valor para a execução do serviço.

Esse é um dos problemas de gestão da qualidade ao tratar de empreendimentos públicos uma vez que algumas empresas visam, apenas, o lucro com o contrato e utilizam algumas artimanhas para atingir tal fim, como a troca de material apresentado na planilha orçamentária por um similar de valor e qualidade inferior, troca de serviços para o aumento de preços, mão de obra desqualificada e etc.

Outro motivo que justifica a baixa qualidade das obras e a criação de aditivos de prazo e custo é a separação entre a atividade de projeto e execução da obra sem mecanismos que garantam a interação entre os projetistas e os engenheiros da obra.

Detectou-se, também, outro problema que ocorre no processo de construção pública: a dificuldade em especificar o produto com precisão, pois é proibido indicar marcas e especificações exclusivas. Essa brecha dá margem para que o produto a ser comprado não seja aquele necessário ou de uma marca inferior/similar comprometendo a qualidade da obra.

Todos esses problemas relatados de gestão das obras públicas evidenciam que, para o sucesso dos empreendimentos públicos, a qualidade da empresa contratada é essencial: idônea e responsável com os compromissos firmados, atenta à satisfação do cliente no final do processo.

Caso contrário, a obra, conseqüentemente, estará abaixo da qualidade desejada e com vários problemas como notificações, paralisação, rescisão contratual, requerimento de aditivos. Ademais, o poder público ainda apresenta algumas limitações e entraves burocráticos aliados à falta da cultura da qualidade de forma institucional que vise à satisfação do cliente.

Suplantada a abordagem acerca da qualidade no âmbito das obras públicas, passou-se, então, à análise do uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais.

Da análise dos dados coletados, como se viu, verifica-se que a hipótese apresentada para o problema foi confirmada, vez que no período compreendido entre 25 de agosto de 2016 e 25 de agosto de 2018, não é possível encontrar elementos

que indiquem o uso da eficiência e da qualidade como parâmetro no controle das obras públicas municipais no Tribunal de Contas e no Tribunal de Justiça, ambos do Rio Grande do Sul, sendo que as fraudes e os atos de corrupção foram os problemas mais recorrentes nos julgados encontrados.

Constatou-se, também, que durante o processo que envolve a execução de uma obra pública, podem ocorrer diversos ilícitos penais: cotejando-se os ilícitos elucidados com os dispositivos legais, ressaltamos que várias são as condutas que se amoldam aos tipos da lei de improbidade administrativa. Extraí-se do artigo 9º que quando da ocorrência de fraudes, pagamento de serviços e materiais não condizentes com o que realmente foi executado e utilização de materiais de baixa qualidade, técnicas inadequadas e superfaturamento de preços, incorre, o administrador, nos incisos II e VI, praticando atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito.

Da mesma forma, ao praticar os já mencionados ilícitos, o administrador incorre, igualmente, nos incisos XI, XIV, XVI e XVIII, do artigo 10, da Lei nº 8.429, praticando, conseqüentemente, atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário.

Finalmente, age como incurso no inciso VIII, do artigo 11, da referida lei, o administrador que pratica os já mencionados ilícitos, praticando, assim, atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

As obras públicas nacionais padecem de diversos problemas que passam pelo processo de licitação (fraudes), execução (pagamento de serviços e materiais não condizentes com o que realmente foi executado) e entrega da obra (utilização de materiais de baixa qualidade, técnicas inadequadas, superfaturamento de preços). Por esses motivos, administrar os gastos com obras públicas, sobretudo, daquelas que não chegam a serem concluídas, se tornou um dos grandes desafios do governo brasileiro.

Diante das dificuldades enfrentadas quando a questão diz respeito às obras públicas, em 2016 foi criada a Comissão Especial das Obras Inacabadas, com o objetivo de integrar os poderes legislativo, executivo e judiciário (tribunal de contas) com a sociedade civil a fim de aprimorar a gestão de obras públicas (OLIVEIRA, 2016).

O relatório preliminar da Comissão Especial das Obras Inacabadas no Brasil evidenciou que as principais causas de paralisação são: abandono da obra; impedimento ambiental; interpelação judicial; restrição orçamentária e financeira;

paralisação cautelar por órgãos de controle; motivo técnico; titularidade do imóvel ou pendência de desapropriação; e outros.

Nesses termos, torna-se oportuno elencar os critérios utilizados pelo Ministério do Planejamento para classificar os motivos da paralisação.

Consoante se depreende da leitura do relatório, as obras foram paralisadas pelas seguintes razões representativas das muitas particularidades: abandono da empresa; impedimento ambiental; interpelação judicial; restrição orçamentária e financeira; paralisação cautelar por órgãos de controle; motivo técnico; titularidade do imóvel ou pendência de desapropriação; e outros. Merecem destaque as paralisações por motivo técnicos, que alcançaram 38% do total das obras paralisadas. Essas paralisações decorrem de interferências técnicas observadas somente quando da fase de execução do objeto contratual. Tanto é verdade que a média de execução física das obras paralisadas por esse motivo superou os 44%.

Inobstante, embora as interferências que ensejam paralisação das obras sejam observadas apenas na fase de execução, sua origem se dá ainda na etapa preparatória do projeto, durante a fase interna do procedimento licitatório, quando da elaboração do projeto básico.

Não é raro encontrar fiscalizações de órgãos de controle que apontam como irregularidades a utilização de projetos básicos deficientes ou desatualizados, em desacordo com art. 6º da Lei de Licitações. Nesse ponto, é possível constatar que os órgãos empreendedores, como regra geral, ao realizarem a contratação de empresas projetistas não definem adequadamente, no termo de referência, o objeto contratual, tampouco se mostram tecnicamente aptos a acompanhar, efetivamente, a elaboração dos projetos, valorá-los e recebê-los definitivamente.

Ademais, cumpre destacar que, a despeito da grande quantidade de obras paralisadas, aditivadas (além do limite legal permitido) ou abandonadas por falta de um projeto adequado, há omissão na responsabilização das empresas projetistas.

No tocante às obras em análise, sua grande maioria é executado por municípios, como regra, responsáveis pela elaboração do projeto. Isso, entretanto, não exime a culpabilidade dos órgãos federais responsáveis pela transferência de recursos, pois, seja por falta de estrutura, seja por falta de norma específica, não analisam os projetos enviados preliminarmente à transferência dos recursos aos entes subnacionais. Essa constatação parece ser menos verdade quando a União recorre a entidade capilar com competência em engenharia e arquitetura, como tem se

notabilizado a Caixa na celebração e na gestão dos contratos de repasse em nome de órgãos orçamentários federais.

Em unidades que possuem maior capilaridade e que transferem diretamente os recursos, concentrou-se a paralisação por abandono de empresas. Esse foi o caso do Ministério da Educação, que goza da estrutura do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, que transfere recursos fundo a fundo.

Em outros casos, a descentralização ocorre por meio da celebração direta de convênio com as Prefeituras. Em ambas as situações, a impropriedade ou imprecisão nos projetos poderiam ser minoradas com a criação de um certificado de empresas projetistas que reconhecidamente detenham excelência na elaboração de projetos, comprovada com a acuidade na fase de execução das obras. A medida poderia levar à valoração objetiva de capacidade técnica e constituir um referencial para contratação das empresas.

No que diz respeito às interrupções decorrentes de abandono da empresa, elas respondem por 36% das obras paralisadas no universo considerado. Esse aspecto merece que se lhe a análise, uma vez que o percentual de execução física pode indicar diferentes causas do abandono por parte da contratada.

Examinando a planilha, constata-se que 30% das obras abandonadas continham menos de 20% de execução física. Tal fato pode indicar que as empresas contratadas não detinham a capacidade técnica suficiente para execução do objeto.

Para contornar essa situação, a administração deve estabelecer exigência suficientes para que aquele que for contratado esteja apto para cumprir com sua proposta. Nesse caso, não seria necessária nenhuma medida legislativa, mas tão somente a adequação de procedimentos de gestão dos órgãos contratantes.

Ainda quanto a esse aspecto, foi constatado que 40% das obras abandonadas pelas empresas possuíam entre 20% e 60% de execução. Tal fato pode denotar a perniciosa prática de jogo de planilha. Isso porque esse percentual de execução física evidencia capacidade técnica de execução, mas que pode concorrer com o interesse da empresa por ser remunerada apenas pelos serviços de maior lucratividade, quando se concentrem no início do cronograma de execução.

Nesses casos, afora questões éticas e compromisso cívico, tornar-se-ia desinteressante para a contratada a continuidade do contrato. Em ocorrendo isso, caso a administração contratante não adote as sanções cominadas em lei, a empresa faltosa poderá persistir com essa prática em outras contratações públicas no

planejamento da administração dos empreendimentos, na medida em que deflagrou o início de múltiplos empreendimentos sem a adequada previsão orçamentária ou programação de desembolsos.

As demais causas registradas não mereceram, em um primeiro vislumbre, detida atenção deste relator, conquanto possam aflorar como decisivas no decorrer do trabalho.

Outro motivo de paralisação que merece destaque está relacionado com questões orçamentárias e financeiras. De qualquer sorte, tiveram respaldo de antemão pelo Ministério do Planejamento, tanto na autorização para adiantamento de 5% dos recursos financeiros quanto na possibilidade de remanejamento de valores entre os empreendimentos, com fulcro em ofertar recursos bastantes para a retomada e a conclusão das obras. As medidas, de certa forma, assumem alguma deficiência anterior.

Em um trabalho preliminar, preparatório das profícuas explorações que seguramente serão realizadas pelo colegiado, este relator procedeu a expedita condensação do que logrou levantar até o momento a Secretaria de Desenvolvimento de Infraestrutura do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Paralelamente, remeteu aos órgãos empreendedores responsáveis requerimentos aprovados por esta Comissão, nos termos do Plano Trabalho apreciado na última reunião.

Constituindo os serviços públicos instrumento de efetivação de direitos fundamentais de pessoas físicas e jurídicas, deve ser aventado se, uma vez implantados em determinada qualidade e quantidade, poder-se-ia depois diminuir o nível de sua prestação.

Deve-se, com algumas relativizações, aplicar aos serviços públicos a teoria da vedação do retorno ao *status quo* ante a vedação do retrocesso na efetivação de direitos fundamentais, aplicável não apenas ao atendimento do mínimo existencial, mas a toda a extensão do direito fundamental que tiver sido legislativa ou administrativamente implementada.

A vedação do retrocesso é uma das expressões da eficácia das normas constitucionais programáticas ou de eficácia limitada, das quais constituem exemplo a maior parte das normas constitucionais de direitos fundamentais prestacionais, que não criam direitos que possam impor ações ao Legislador ou ao Poder Executivo, mas que têm a força de impedir a edição de normas ou comportamentos que lhes sejam

contrárias: se a Constituição determina programaticamente dado tipo de prestação e o Estado, após implantá-la, resolve abandoná-la, estaria, nesse segundo momento, violando aquela norma constitucional.

Não pode, todavia, a vedação do retrocesso levar a um congelamento de todas regras infraconstitucionais que possam ser consideradas densificações, legais ou regulamentares, de direitos fundamentais.

Em uma sociedade complexa e dinâmica, e com um déficit público crescente, a vedação do retrocesso na prestação de serviços públicos implementadores de direitos fundamentais não pode ser considerada em termos absolutos, salvo no que se destinar à preservação dos respectivos núcleos essenciais.

A violação da vedação de retrocesso e conseqüente inconstitucionalidade da respectiva medida somente ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada.

A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente.

Outrossim, importa salientar que as medidas de proteção social são variáveis no tempo, inclusive porque a sua consolidação depende da política econômica geral. Logo, se deve ter em conta o sistema em seu conjunto, sem que se possa prescindir das circunstâncias sociais e econômicas do momento, e sem que se esqueça que se está a administrar recursos econômicos escassos para as grandes necessidades sociais existentes".

Conclui-se, então, que a prestação de serviços públicos pode ser remodelada, eventualmente até com a piora para parte ou totalidade dos usuários, principalmente nos momentos de precariedade financeira ou de rotatividade das forças políticas no poder, o que, via de regra, gera uma mudança de prioridades na formulação das políticas públicas.

O que não pode ocorrer é, após determinado serviço público ser implantado, ele simplesmente deixar de ser prestado, salvo, naturalmente, se perder a sua utilidade social pela própria evolução do mercado ou da tecnologia.

Ademais, a vedação da eliminação do serviço público não deve considerar, naturalmente, apenas o País como um todo, mas sim a área geográfica na qual a

pessoa se situar, fora da qual não seria razoável supor que, na prática, ainda que com dificuldades, continuaria gozando do serviço (ex., o fechamento do único estabelecimento público de saúde de toda uma região no interior, ainda que, naturalmente, continue existindo o serviço público de saúde em outras regiões do País).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

ARAGÃO, Cecília Vescovi de. **Burocracia, eficiência e modelõesf de gestão pública**: um ensaio. Revista do serviço público, nº 03, v. 48, p. 108.

ARAUJO Luiz Ernani Bonesso de. **O acesso à terra no Estado Democrático de Direito**. Tese Doutorado. Florianópolis: UFSC, p. 26, 1997.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar: aplicados ao regime dos servidores públicos civis**. Curitiba, 1997, 391 p. Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo brasileiro**, p. 109.

_____, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BERNARDES, Antonio. OS MÉTODOS E AS CIÊNCIAS. **Formação (Online)**, v. 25, n. 45, 2018.

BINENBJOM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Abordagens epistemológicas sobre democracia, políticas públicas e controle social**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/publicacoes/Abordagens-epistemolgicas-sobre-democracia-polticas-pblicas-e-controle-social.pdf>. Acesso em: 2 maio 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 maio 2019.

_____. **Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, [1967]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm. Acesso em: 15 maio 2019.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> Acesso em: 15 maio 2019.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 9 out. 2019.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 9 out. 2019.

_____. **Lei nº 8.987/95, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Acesso em: 9 out. 2019.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 9 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 3.** Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1191>. Acesso em 16 jul 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 408.** TCU: Tomada de Contas Especial e Sociedade de Economia Mista. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo408.htm>. Acesso em 16 jul 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 22ª ed., 2008, p. 346.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARBONELL, Miguel. **Constitucionalismo, minorías y derecho**. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 12, p. 95-116, abr. 2000. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/constitucionalismo-minoras-y-derecho-0/>>. Acesso em: 21 out. 2020.

CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. **O caso *McCulloch v. Maryland* e sua utilização na jurisprudência do STF**. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247-270, jan./mar. 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p247

CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo de. **Administração Pública e planejamento no estado brasileiro: qual a contribuições a ser feita pelo direito administrativo?** Revista Jurídica, Curitiba, vol. 4, n. 45, p. 56-76, 2016. DOI: 10.6084/m9.figshare.4622497. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1763/1155>. Acesso em: 24 jul. 2019.

CITTADINO, Gisele. **Patriotismo constitucional, cultura e história**. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 31, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, p. 98, 2003.

CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na Federação Brasileira**. Curitiba: Juruá Editora, 1ª edição, 2007, p. 65.

DA UNIÃO, TCU–Tribunal de Contas. **Obras Públicas**. Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas. Brasília. 2014.

FÉDER, João. **O Estado sem poder**, p. 72

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**: 5ª. Edição, 2ª Tiragem, Brasília, Brasília Jurídica, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Iuspositivismo crítico y democracia constitucional**. Isonomia, n. 16, 2002.

FERREIRA, André. Análise comparativa do prêmio qualidade do governo federal com outros prêmios nacionais e internacionais de qualidade. 2003. 104 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Escola Brasileira de Administração Pública, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2003.

FREIRE-MAIA, Newton. **A ciência por dentro**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.
GIL, Antonio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social - 6 ed. Porto Alegre: Atlas, 2008.

GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal** - uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_?sequence=1. Acesso em: 5 abr. 2019.

_____, Emerson. **Princípio da eficiência**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo), v. 1, 2017.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **La Constitución y el Tribunal Constitucional**. Madri: Civitas, 1985.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GORCZEWSKI, Clovis. Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: Edunisc, p. 16, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 614 f. p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, p. 604, 2014.

_____, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 jul. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica**. Teoria da ciência e iniciação à pesquisa. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

MARSHALL, Leandro. **Métodos de abordagem e de procedimento**. [SI]: 2008. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 65.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**, Max Limonad, São Paulo, 2001, pp. 108-110.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo; DEBUS, Ivo. **Gestão fiscal responsável: teoria e prática da Lei Complementar no. 101, Lei de Responsabilidade Fiscal**. JM, 2001.

NOGUEIRA, Carnot Leal. **Auditoria de qualidade de obras públicas**. São Paulo: PINI, 2008.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e jurisdição: a compreensão procedimentalista do Direito em Jürgen Habermas**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em:
<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/89102/237734.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 out. 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. *E-book*. Disponível em:
<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F101686518%2Fv4.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc419b0000016a5a57817a30e592f0#sl=p&eid=74a2405115044b43c99f5f1b139670c2&eat=a-165004372&pg=III&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 20 jun. 2019.

PEREZ, Carmen. **Proposta e implementação de um plano de qualidade para obras públicas de pequeno porte**. 2011. 156 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil) – Escola de Engenharia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

PETER, F. Drucker. **The effective executive**. New York, Harper&Row, 1967.

PINZANI, Alessandro. **Habermas**. Porto Alegre: Artmed, 2009.

PORT, Otávio Henrique Martins. **Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública**, RCS Editora, São Paulo, 2005, p. 196.

RAICHELLIS, Raquel. **Esfera Pública e Conselhos de direitos de Assistência Social: Caminhos para a construção democrática**. São Paulo: Cortez, 1998.

RECK, Janriê Rodrigues. BITENCOURT, Caroline Müller. **Direito Administrativo e o diagnóstico de seu tempo no Brasil**. A&C - Revista de direito administrativo &

constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 241-246, jan./mar. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v20i75.1075>. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1075>. Acesso em: 23 jul. 2019.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**, p. 119.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais**. Revista CEJ, v. 1, n. 3, p. 76-91, 1997.

ROBALO, António. **Eficácia e eficiência organizacionais**. 1995.

ROTH, André-Noel. **O Direito em crise. Fim do Estado-Moderno?** In: FARIA José Eduardo. Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas. São Paulo: Malheiros, p. 18, 1996.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Direitos fundamentais atípicos: análise da cláusula de abertura - art. 5º, §2º, da CF/88**. Salvador: JusPodvim, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na CF 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 71-86, 2001.

_____, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Os Direitos Fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). Crise e Desafios da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, p. 391, 2004.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime Jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social**. Curitiba: Ed. Íthala, 2016, p. 36.

SCHMIDT, João Pedro. **Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas**. Revista do Direito, v. 3, n. 56, p. 119-149, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 342.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002, p. 39-40.

SPECK, Bruno Wilhelm. Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União. **São Paulo: Fundação Konrad Adenauer**, 2000.

SPENGLER, Fabiana Marion e ETGES, Filipe Madsen. **A crise na prestação jurisdicional**: os direitos sociais e a judicialização da política no espaço local. In. Empoderamento Social Local. Porto Alegre: CORAG, 2010, p. 324.

STOCO, Rui. **Responsabilidade dos prefeitos e vereadores**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 100, 2007.

_____, Lênio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In: Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli / Alexandre Morais da Rosa... [et al.] (Org.) Luigi Ferrajoli, Lênio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____, Lênio Luiz. O que é isto—o constitucionalismo contemporâneo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 2, p. 27-41, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes. **Revista Consultor Jurídico**, 2014.

_____, Lênio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____, Lênio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, jan/abr. 2018. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.2451>. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451/1584>. Acesso em: 10 out. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. **A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos**, in Teoria dos Direitos Fundamentais (org. Ricardo Lobo Torres), Ed. Renovar, 1999, pp. 279-285

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**, p. 99.