



ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO – ENCCLA

NOTA TÉCNICA Nº 07 / 2010 / ENCCLA

Brasília, 14 de julho de 2010

Assunto: Minuta de Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública

A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), por intermédio de Subgrupo instituído no âmbito de seu Grupo Jurídico, vem apresentar manifestação quanto à minuta de Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, elaborada pela Comissão de Juristas, instituída pela Portaria nº 426, de 06 de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão

De início, louva-se a iniciativa de estudar a atualização, a consolidação e o aperfeiçoamento da legislação referente à organização da Administração Pública, há muito esperada pelos operadores do Direito

Todavia, tendo sido detectada na Minuta em questão a existência de lacunas que podem propiciar a prática de corrupção e lavagem de dinheiro e a ocultação de bens, direitos e valores, a ENCCLA manifesta preocupação com a redução da transparência e, em alguns casos, a fragilização dos eixos estruturantes da gestão e do controle das contas públicas, em possível conflito com princípios e disposições constitucionais, em especial os relativos à Administração Pública e à Ordem Econômica e Financeira

Esta Nota não tem o condão de analisar os dispositivos isoladamente, limitando-se a registrar as preocupações mais relevantes que surgiram durante o debate com especialistas

I – Das Fundações Estatais (artigos 19 e 20) e do Regime das Entidades Estatais de Direito Privado (artigos 21 a 26)

A idéia de instituir fundações para a execução de funções tradicionalmente de incumbência do Estado não é novidade, porém nota-se um novo significado com o encaminhamento ao Congresso Nacional do Projeto de Lei Complementar nº 92, de 2007, com o objetivo, declarado na exposição de motivos, de regulamentar o artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal, definindo as áreas de atuação das fundações, com destaque para saúde, educação, assistência social e previdência complementar do servidor público

O PLP em questão, sob alegação de regulamentar o artigo 37, inciso XIX, da Carta Política, pretende estabelecer que mediante lei específica poderá ser instituída ou autorizada a instituição de fundações, com personalidade jurídica de direito público ou privado

Os propósitos confessados na Exposição de Motivos nº 49, de 1995, que encaminhou a Proposta de Emenda à Constituição formulada com o objetivo de agilizar a reorganização das empresas públicas e sociedades de economia mista, visando à implantação do Programa Nacional de Desestatização, deixam claro que a alteração do artigo 37, inciso XIX, teve como

foco principal as empresas estatais que exercem atividade econômica e não as fundações públicas

Com o objetivo de facilitar a compreensão do Regime das Fundações Estatais de Direito Privado, cotejamos os termos do Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 92, de 2007, com os artigos 19 e 20 da Minuta de Anteprojeto da Lei Orgânica da Administração Pública, dada a aparente similitude dos propósitos que se extraem das exposições de motivos dos textos

Inicialmente, chama a atenção a apresentação de novo instituto sob a forma de Fundação Estatal de Direito Privado, que operaria à semelhança das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que exploram atividade econômica, na forma do § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, embora o dispositivo não possua esse alcance

Dá-se que a nova figura, diferentemente daquelas, executaria serviços públicos com recursos oriundos dos orçamentos públicos, em conjunto ou não com recursos de particulares (artigo 19), razões pelas quais reclamaria regime e controle típicos das pessoas jurídicas de Direito Público previstas no artigo 3º da Minuta, segundo os atuais conceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal

Dentre outros aspectos, o Grupo Jurídico da ENCCLA destaca

a) flexibilização das regras de contratação pelas entidades estatais de direito privado dependentes, mediante a adoção de “processo seletivo simplificado ou análise de currículo” regulamentado pela pessoa político-administrativa a que se vincula, conforme previsto no § 3º do artigo 23 da Minuta,

b) restabelecimento de sistema semelhante ao adotado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986, revogado pela Lei nº 8 666, de 1993, ao definir no *caput* do artigo 24 da Minuta que cada entidade estatal de direito privado não dependente ou que tenha celebrado contrato de autonomia adotará procedimentos de contratação previstos em seus regulamentos próprios, dificultando o controle de legalidade e constitucionalidade, em face da multiplicidade de normativos infralegais,

c) auto-regulamentação em matéria de licitação e contratações públicas, em aparente colisão com o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, o qual somente possibilita estatuto específico para empresa pública e sociedade de economia mista que explorem atividade econômica,

d) constatação de risco ao equilíbrio orçamentário, tendo em vista que a limitação ao poder de tributar implica necessariamente o controle dos gastos, via orçamento, de todas as entidades mantidas com recursos públicos,

e) ausência de limites para remuneração individual (*teto constitucional*) e para despesa total com pessoal, em especial do Poder Executivo, o que pode levar ao desequilíbrio das contas públicas do ente da Federação,

f) não-submissão da fundação estatal dependente à lista cronológica para pagamento de precatórios exigida pelo artigo 100 da Constituição Federal (artigo 21 da Minuta),

g) redução da transparência das contas públicas, com a dispensa de ampla divulgação do resultado da execução orçamentário-financeira de cada unidade gestora do ente da Federação,

conforme o disposto nos artigos 48 e 48-A da Lei Complementar nº 101, de 2000, com redação dada pela Lei Complementar nº 131, de 2009,

h) penhorabilidade e onerabilidade dos bens adquiridos com recursos dos orçamentos públicos, nos termos do *caput* do artigo 15 da Minuta,

i) execução das receitas e despesas à margem dos sistemas corporativos em funcionamento na esfera federal, como SIAFI, SIAPE, SIASG, dentre outros que viabilizam o exercício do controle informatizado e racional da gestão pública,

j) incongruência entre a proposta de imunidade tributária para as fundações estatais de direito privado e a previsão constitucional dessa imunidade restrita às autarquias e fundações de natureza pública, instituídas e mantidas pelos orçamentos públicos,

k) criação de um quadro de insegurança jurídica decorrente da contratação de trabalhadores sob o regime celetista, considerando a possibilidade de futura incorporação de todos os empregados ao Regime Próprio de Previdência do Servidor, em razão da liminar concedida na ADI nº 2 135, sem que tenham contribuído devidamente para o respectivo sistema, além dos demais aspectos inerentes ao regime jurídico único,

l) instabilidade quanto à definição da jurisdição competente para processar e julgar as causas que envolvam fundações estatais, considerando que o projeto aponta para a justiça estadual ao definir como privada a natureza da entidade, ainda que mantida com recursos orçamentários federais, contrariando jurisprudência assentada no âmbito do STF, a exemplo do RE nº 215 741, e do STJ, na Súmula nº 324,

m) alteração do conceito de entidade estatal dependente e não-dependente por lei ordinária, conforme o artigo 22, § 3º da Minuta, matéria disciplinada no artigo 2º, inciso III da Lei Complementar nº 101, de 2000, extrapolando o artigo 163 da Constituição Federal

II – Do Contrato de Autonomia (artigos 27 a 33)

Conquanto haja previsão expressa do contrato de autonomia no artigo 37, § 8º da Constituição Federal, preocupa que tal instituto seja utilizado com fim de subtrair do alcance das normas próprias do Direito Público os órgãos, fundos e demais unidades da Administração Direta e Indireta, instituídos e mantidos com recursos dos orçamentos públicos.

No âmbito da proposta de contrato de autonomia, a flexibilização de ordem orçamentária e financeira se demonstra conflitante com dispositivos constitucionais, constituindo risco ao equilíbrio das contas públicas. Eis os principais problemas diagnosticados na Minuta

a) disciplina da autonomia orçamentária por lei ordinária, questão que toca diretamente na gestão patrimonial e financeira e na elaboração e organização das leis de orçamento. Tais matérias são reservadas à lei complementar por força do artigo 165, § 9º, da Constituição Federal,

b) simplificação da programação orçamentária (artigo 29, II, “a”), que admite remanejamento administrativo de dotações entre ações específicas, permitindo a inclusão de programas de trabalho por decisão do gestor, a qualquer tempo, com ofensa ao artigo 167, incisos I, V, VI da Constituição Federal, que exigem autorização legislativa,

c) proposta de dotação global (artigo 29, II, “b”) e empenho integral (artigo 29, III) para a entidade da administração indireta, ferindo, dentre outros, o disposto no artigo 167, §1º, da Constituição Federal, que veda o início de qualquer investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro sem prévia inclusão no PPA ou sem lei que autorize a inclusão, bem como os artigos 5º, 15 e 20 da Lei nº 4 320, de 1964 e o artigo 16, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 101, de 2000,

d) autorização para receber e aplicar, independentemente de aprovação na lei orçamentária, as receitas de fontes não-orçamentárias, em contrariedade ao artigo 6º da Lei nº 4 320, de 1964, que obriga a inclusão no orçamento de todas as receitas e despesas, vedadas quaisquer deduções,

e) inadequação de previsão da autonomia orçamentária na lei orçamentária anual, em desacordo com o princípio constitucional da exclusividade da LOA, previsto no artigo 165, §8º, da Constituição Federal, já que a referida lei “não poderá conter dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa”

Além desses aspectos, não há maiores esclarecimentos sobre o estabelecimento, controle ou avaliação das metas de desempenho ou em que medida estas serão consideradas adequadas a ponto de suportar o custo da pretendida autonomia com relação à mitigação do atual perfil administrativo constitucional e legal e das eventuais falhas inerentes ao novo regime

A falta de indicadores para o estabelecimento de metas consistentes sobre as diversas áreas e entidades pode dar margem a que estas sejam estabelecidas apenas como pretexto para a assunção da desejada autonomia. Trata-se de tema complexo, abordado de forma abrangente no projeto de lei complementar do Senado Federal (PLS) nº 248, de 2009, proposto com a finalidade de regulamentar o artigo 165, § 9º, da Constituição Federal

III – Do Controle (artigos 50 a 67)

A seção III, tal qual estruturada na Minuta, mostra a adoção de uma visão negativa do controle. Na tentativa de viabilizar a aplicação de modelo gerencial de eficiência, a Minuta esvazia as atribuições das entidades públicas, pulveriza a estrutura administrativa e cria dificuldades na realização do controle, indo de encontro a princípios e regras constitucionais. Por essa razão, recomenda-se a supressão da seção III, nos moldes como se encontra.

Não obstante, seguem declinados alguns dos aspectos reputados críticos nessa seção

a) limitação do conceito de dinheiros, bens e valores públicos previsto no parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal, pelo parágrafo único do artigo 64 da Minuta, afastando da fiscalização dos órgãos de controle a correta aplicação de recursos públicos por entidades não-estatais,

b) desnecessidade do parágrafo único do artigo 62 da Minuta, que enseja confusão e possível anulabilidade do controle por aspectos formais, uma vez que a matéria já está regulamentada na Constituição Federal e na legislação específica. Além disso, o dispositivo pode se contrapor aos artigos 49, 70 e 71 da Constituição Federal, restringindo a competência dos órgãos de controle externo,

c) estabelecimento do modo de atuação do controle externo por meio de lei ordinária, em prejuízo do disposto no artigo 71 e seguintes da Constituição Federal,

d) previsão de controle prévio e concomitante como exceção, em detrimento da possibilidade de corrigir rumos tempestivamente e de evitar maiores danos ao patrimônio e a interesses públicos (artigo 50, II),

e) predomínio da verificação de resultados em detrimento à análise de irregularidades nas fases intermediárias, com o indevido afastamento dos princípios e regras constitucionais e legais do controle e da administração pública (artigo 50, III),

f) diretriz de eliminação de sobreposição de competências e de instrumentos de controle, contrariando as atribuições constitucionalmente previstas aos respectivos órgãos e entes da Federação (artigo 50, V);

g) formalização do suposto dever de verificação da existência de alternativas aos atos ou procedimentos impugnados, implicando a burocratização e o estabelecimento de novo item a motivar a discussão e anulabilidade do controle por razões meramente formais (artigo 50, VI),

h) o termo de ajuste de gestão pretendido poderá dificultar e até mesmo eximir a responsabilização do gestor por dolo perante o Poder Judiciário. Implica também confusão das esferas com vinculação indevida (parágrafo único do artigo 57), podendo acarretar discussão sobre a anulabilidade do controle por razões formais;

i) vedação à atuação preventiva dos órgãos de controle correicional, bem como à realização de ofício de auditoria ou investigação, em aparente conflito com o artigo 74 da Constituição Federal (artigo 61)

IV – Considerações Complementares

Chama a atenção, nos artigos 8º e 9º na Minuta, a previsão da possibilidade de criação de subsidiárias de entidades autárquicas e fundacionais. Essa estruturação, não obstante a organização descentralizada do Estado, acaba por adotar a pulverização de sua organização, o que pode levar a um esvaziamento das atribuições das referidas entidades-matriz

É de se ressaltar, ademais, que a disposição do artigo 48 da Minuta representa retrocesso em relação à Lei de Improbidade, uma vez que a omissão do dever de prestar contas apenas seria passível de punição se reiterada

Por fim, é de se referir que, à exceção da expressa previsão de normas gerais relativas a licitação e contratos, não possui a União competência constitucional para estabelecer normas gerais de administração pública aos demais entes federativos

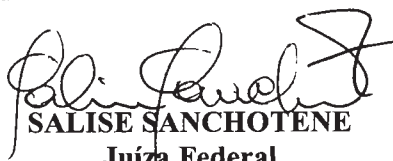
V- Conclusão

Considerando as observações detalhadas no corpo deste documento, merecem especial atenção o trato de matérias reservadas à lei complementar por lei ordinária, a definição de entidades de colaboração sem previsão em lei, o regime jurídico privado da fundação estatal; a previsão de contrato de autonomia orçamentária e financeira para órgãos e entidades, sem estabelecimento de fases de aferição de proporcionalidade ou merecimento, a falta de indicadores para estabelecimento de metas, visando ao contrato de gestão, a previsão de dotação e empenho globais nos contratos de autonomia, a flexibilização das regras de contratação de

pessoal e licitação, a vedação à atuação preventiva e de ofício dos órgãos correicionais, a fragilização e burocratização dos instrumentos de controle, além da possibilidade de se impedir e/ou dificultar a responsabilização, por dolo, do gestor de recursos oriundos dos orçamentos públicos

Isto posto, ao tempo em que registra o perigo de que os aspectos elencados sirvam ao incremento da corrupção e da lavagem de dinheiro no Brasil, o Grupo Jurídico da ENCCLA, no intuito de contribuir para o debate, entende que a Minuta do anteprojeto de lei não está em sintonia com os ditames nacional e internacionalmente perseguidos de maior transparência e eficiência do Estado

À consideração superior



SALISE SANCHOTENE

Juíza Federal

Presidente do Grupo Jurídico da ENCCLA