

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

CLERILEI APARECIDA BIER

EID BADR

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais e políticas públicas[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Clerilei Aparecida Bier, Eid Badr, Julia Maurmann Ximenes – Florianópolis:
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-053-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito sociais. 3. Políticas públicas. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Apresentação

O nosso trabalho consistiu em acolher por meio dos critérios de avaliação científica quinze estudos apresentados, do total de trinta e cinco, no Grupo de Trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na cidade de Aracaju SE. Admitidos à apresentação após escolha por avaliadores dentre diversos outros artigos submetidos, os estudos também passaram pelo crivo do mencionado Grupo de Trabalho, em intensos debates entre os autores, outros participantes do evento e os coordenadores deste livro. As questões fundamentais relativas aos direitos sociais e as correspondentes políticas públicas, como a normatização, judicialização e os deveres do Estado, nas suas diversas esferas de poder, aparecem fortemente vinculados naquelas reflexões, e, por conseguinte, nos estudos aqui organizados.

Com efeito, registramos o nosso agradecimento à Diretoria do CONPEDI e à Universidade Federal da Sergipe que possibilitaram as condições ideais para reflexão sobre os relevantes temas mencionados, que ora resultam na presente publicação com as mais relevantes conclusões sobre os debates e pesquisas realizadas.

A relevância dos eventos nacionais e suas correspondentes publicações, sem falar na sua experiência de internacionalização, confirmam o fato de que o CONPEDI se constitui no fórum mais importante da pós-graduação stricto sensu em Direito no Brasil.

A presente obra agrupa os artigos científicos apresentados em três eixos temáticos.

O primeiro eixo temático aglutina pesquisas que dialogam com questões mais conceituais sobre os direitos sociais, sua fundamentalidade, efetivação e seus desdobramentos em políticas públicas específicas. Assim, questões sobre a efetivação do direito ao trabalho digno, a responsabilidade dos gestores públicos, ações formativas e a situação de imigrantes no Brasil.

O segundo eixo temático aborda dois direitos sociais específicos: o direito à saúde e o direito à moradia. No primeiro predominam pesquisas sobre o papel do Poder Judiciário na sua efetivação, uma discussão que aborda ainda questões orçamentárias e de planejamento, e a

ponderação de princípios . No tocante à moradia, pesquisas sobre o lazer, função social da propriedade, e as possibilidades de efetivação do direito à moradia para populações de baixa renda, permeando ainda discussões sobre a municipalidade e políticas públicas habitacionais.

No último eixo temático, o direito à educação e à assistência social, bem como temas correlatos ao debate sobre a inclusão social. Assim, análises sobre os custos da efetivação do direito à educação, sobre políticas públicas específicas como PROUNI, educação ambiental e Programa Banda Larga. Importante salientar que o debate permeou o papel da qualidade da educação para a emancipação dos sujeitos de direitos e assim o exercício da plena cidadania. Neste sentido pesquisas sobre o papel das ações afirmativas e dos impactos do Estatuto da Igualdade Racial. E para finalizar, o debate sobre educação afirma a responsabilidade do Estado com a inclusão social, e neste sentido pesquisadores apresentaram reflexões sobre as políticas de assistência social.

Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC/CONPEDI

Prof. Dr. Eid Badr - UEA/ OAB/ CONPEDI

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP/CONPEDI

A RESPONSABILIDADE DOS PREFEITOS NA DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS A AGENTES PÚBLICOS POR CULPA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

MAYORS ACCOUNTABILITY IN HYPOTHESES OF DELEGATION OF COMPETENCES TO OFFICIALS IN COURT DECISIONS

**Maria Tereza Fonseca Dias
Rafaella Viana Reis**

Resumo

O presente estudo discutiu o problema da responsabilização dos Prefeitos por culpa in vigilando e in eligendo nas hipóteses de delegação de competências a agentes públicos. Os Prefeitos, como agentes políticos, tornam-se susceptíveis às formas de responsabilização previstas em lei, podendo responder não somente pelos atos ou omissões que cometem diretamente, mas também pelos cometidos por outros agentes públicos aos quais tenha delegado competências, em virtude da escolha não cuidadosa de tais agentes e da falta de fiscalização dos atos realizados por eles. Do ponto de vista metodológico, o presente estudo foi realizado por meio da vertente metodológica dogmático-jurídica, a partir dos elementos internos do ordenamento jurídico. Foram adotados como referenciais teóricos da pesquisa a concepção de responsabilidade de José de Aguiar Dias e a teoria do órgão de Oto von Gierke. Ao final do trabalho concluiu-se que a delegação de competência, por se tratar de deveres legais, em caso de delegação, o gestor público deve zelar pelo seu correto cumprimento, por meio da fiscalização e ainda pela escolha criteriosa da autoridade delegante. Ademais, sendo o gestor público autoridade hierarquicamente superior aos delegados, ele tem o dever de fiscalizar o trabalho destes, podendo, para tanto, anular ou revogar o ato de delegação ou corrigir falhas observadas no exercício da competência delegada. Assim, caso sejam constatadas irregularidades decorrentes da não fiscalização ou da má escolha do delegado, responde o Prefeito por culpa in vigilando e in eligendo, sendo, então, forma de responsabilização excepcional do Chefe do Poder Executivo Municipal.

Palavras-chave: Delegação de competências, Prefeito, Agentes públicos, Controle do tribunal de contas, Controle jurisdicional da administração pública

Abstract/Resumen/Résumé

The present study addressed the question of accountability of Mayors by guilt in vigilando and in eligendo in hypotheses of delegation of powers to officials. The Mayors, as civic servants, become susceptible to forms of accountability provided by law, and can respond not only to the acts or omissions that commit directly, but also by committed by other civil servants to which it has delegated powers. From a methodological point of view, the present study was carried out by positive law. It was adopted as theoretical research framework the responsibility of José de Aguiar Dias and organs theory by Oto von Gierke. At the end of the

study it was concluded that delegation of competences, despite being a way to get efficiency in the performance of legal powers of the Mayors, precisely because these are statutory duties, in the case of delegation, the civil servant must ensure the proper fulfillment, by means of the fiscalization and even by careful choice of delegating authority. In addition, being the civil servant superior authority to the delegates, he has the duty to supervise the work of these, and may, for this purpose, annul or revoke the act of delegation or failures observed in exercise of the powers delegated. Thus, if irregularities are found arising from not monitoring or the wrong choice of delegate, responds the Mayor by guilt in vigilando and in eligendo, being, then, form of exceptional accountability by the Head of the Municipal Executive Branch.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Accountability, Delegation of competences, Mayor, Civil servants, Audit courts control, Jurisdictional control of public administration.

1 INTRODUÇÃO

A análise da responsabilização dos Prefeitos por culpa *in vigilando* e *in eligendo* nas hipóteses de delegação de competências a agentes públicos entrelaça diferentes **problemas** de investigação: a possibilidade do Chefe do Poder Executivo Municipal delegar competência a outrem; a possibilidade de sua responsabilização e os elementos da culpa *in vigilando* e *in eligendo*.

A **justificativa** para o estudo do tema pode ser descrita em face da existência de decisões divergentes neste sentido. Enquanto no AgRMS nº 24.732¹ o STF decidiu que a delegação de competência promove a transferência de responsabilidade do delegante para o delegado, o TCU² afirma que a delegação de competência não exime o delegante de possíveis responsabilizações.

Nesse sentido, é preciso compreender o instituto da delegação de competências, suas características e a quem a competência pode ser legalmente delegada. Além disso, delegada a competência, deve-se examinar os atos possíveis de serem cometidos por quem a recebeu, considerando a legalidade desses. Afinal, ocorrendo ilicitudes nesse contexto, estas podem ser atribuídas ao seu responsável, por meio do controle administrativo ou judicial, em que se verificará, então, quem é o referido responsável: o Prefeito ou quem recebeu e exerceu a competência delegada por este.

Caracterizado tal quadro, o presente estudo tem por **objetivo geral** analisar, de forma específica, a responsabilização dos Prefeitos e ainda, de forma mais restrita, apenas os casos de culpa *in vigilando* e *in eligendo*.

Importa notar que a análise de tais formas de culpa foi escolhida em virtude da peculiaridade da responsabilização pessoal do Prefeito, hipótese que está além da simples punição no ambiente de trabalho, por algo cometido de forma irregular pelo agente público que exerceu a competência delegada.

Portanto, a **relevância** do estudo de tal tema encontra-se no esclarecimento de questão jurídica pouco abordada pela doutrina e busca compreender os fundamentos e aspectos jurídicos relacionados a tal questão. Busca ainda identificar o entendimento

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 24.732/ Distrito Federal, Segunda Turma, Rel. Ministro Celso de Mello. Julgamento: 11 de março de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em> jan. 2015.

²BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1102/2014, 1ª Câmara, Julgamento: 27 de março de 2014.

jurisprudencial majoritário. Ademais, a análise do assunto também apresenta relevância prática, já que pode orientar os Prefeitos, durante suas gestões, acerca dos casos em que a realização da delegação de competência pode ser vantajosa, gerando maior eficiência na administração municipal, e, ainda, como o gestor deve agir sem, entretanto, incorrer em irregularidades.

Para desenvolver o estudo utilizou-se a **vertente metodológica dogmático-jurídica**, por tratar dos elementos internos do ordenamento jurídico. Os dados secundários foram pesquisados em material bibliográfico sobre o assunto e os dados primários na jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do Estado de Minas Gerais, além de julgados do Poder Judiciário. Quanto a estes últimos, foram coletados nos *sites* das Cortes de Contas citadas, do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Neste sentido, por meio da utilização das ferramentas de cada site, destinadas ao acesso público para pesquisa jurisprudencial, realizou-se a pesquisa textual conjugando diversos termos relativos ao tema, como “responsabilidade”, “responsabilização”, “delegação de competência”, “Prefeito”, “*culpa in vigilando*” e “*culpa in eligendo*”, sem haver restrição do período do julgado.

No tocante ao **referencial teórico** da pesquisa, adotou-se a concepção de responsabilidade de José de Aguiar Dias(1994) e a classificação de agentes públicos de Bandeira de Mello (2009).

Quanto a sua estruturação, após a presente introdução, este artigo foi dividido em cinco seções, a saber: a) administração pública direta do Município, na qual foram analisadas as concepções relativas a descontração administrativa, órgãos públicos, agentes públicos e hierarquia; b) a competência e sua delegação, em que foi discutida a competência em si, seu conceito, legislação aplicável, rol de competências do Prefeito e quais dessas são passíveis de delegação, bem como a própria delegação de competência e seus aspectos; c) os fundamentos da responsabilização do Prefeito; d) a relação entre a delegação de competências e a responsabilização por irregularidades, seção que entrelaça a relação entre a delegação de competências e a responsabilização por irregularidades e no qual foram analisados os elementos da culpa *in vigilando* e *in eligendo*; e) conclusões.

Assim, sob aspecto propositivo, a pesquisa trabalhou com os meios pelos quais os Prefeitos podem se prevenir da responsabilização por atos ilegais que não tiveram a intenção de cometer.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA DO MUNICÍPIO E A DESCONCENTRAÇÃO ADMINISTRATIVA

O Município, como ente político, possui estrutura administrativa própria, comandada pelo Prefeito – chefe do Poder Executivo – com competências distribuídas pela Constituição Federal, podendo criar órgãos e cargos municipais, como se depreende do art. 29 da CR/88.³ A referida estrutura, em sua forma centralizada, corresponde à Administração Direta⁴, em que há atuação direta do Estado, por meio de seus órgãos.⁵ No caso do Município, a estrutura é “[...] composta da Prefeitura⁷, de eventuais órgãos de assessoria ao Prefeito e de Secretarias Municipais, com seus órgãos internos [...]”⁸.

Na hipótese da transferência de atribuições de um centro para a periferia, promove-se a desconcentração e a descentralização, já no caso inverso, tem-se a concentração e a centralização.⁹ Nesse sentido, no caso de desconcentração administrativa, há divisão de competência do Estado para seus respectivos órgãos, motivo pelo qual o referido processo somente é viável na mesma pessoa jurídica, mantendo uma hierarquia.¹⁰ Como sintetizado por Medauar, a própria forma e extensão da desconcentração administrativa no âmbito do Município e de seu escalonamento hierárquico, é reflexo do tamanho deste e da complexidade de suas funções.¹¹ Contrariamente, a concentração do rol de atribuições da Administração Pública num só setor mostra-se inviável materialmente, além disso, fatores “[...] levam a

³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011. p. 70-71.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 11-12.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.12. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 154.

⁶ A terminologia relativa à Administração direta e indireta foi definida pelo Decreto-lei n. 200/67.

⁷ A Prefeitura é órgão executivo, o Município é uma pessoa jurídica, o Prefeito é chefe do órgão e também agente político, os secretários municipais são agentes políticos e auxiliares deste. (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 687).

⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 432-433.

⁹ MEDAUAR, , op. cit., p. 57-58.

¹⁰ Medauar apresenta o mesmo entendimento. Cita como exemplo que há a divisão de competências do Presidente aos seus assessores diretos, em um segundo momento, no interior dos órgãos comandados por esses, e assim por diante MEDAUAR, op. cit., p. 57-58.

¹¹ MEDAUAR, op. cit., p. 70-71.

necessidade de concentrá-las: aptidões técnicas diferenciadas, modos especializados de execução, recursos humanos e materiais pertinentes etc.”.¹²

No caso da União, o Decreto-Lei n. 200/67¹³ prevê em seus artigos 6º ao 14 cinco princípios norteadores da Administração Federal: “[...] o planejamento, a coordenação, a descentralização, a delegação de competência e o controle.”¹⁴ Ora, com base também no princípio da eficiência (art. 37, caput, CR/1988), observa-se que tais princípios aplicam-se à Administração Municipal. Como defende Di Pietro¹⁵, o princípio da eficiência se manifesta em dois aspectos: no modo de atuação do agente público e no modo de organização da Administração Pública.

Tomando como base a teoria do órgão, de Otto Von Gierke, constata-se que a questão da delegação de competências refere-se à relação externa relativa à imputação da vontade do órgão público à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence.¹⁶ Então, no caso em que o Prefeito delega competências a Secretários Municipais, estes agirão em nome do Município.¹⁷ Com base na classificação de Bandeira de Mello¹⁸, nota-se que as pessoas físicas a quem os autores fazem referência são, na verdade, **agentes públicos** enquanto instrumentos expressivos da vontade ou da ação do Poder Público em virtude do desempenho de funções estatais. Quanto à espécie, o Prefeito, os secretários municipais e outros a eles equiparados são agentes políticos, enquanto outros agentes públicos ocupantes de cargos comissionados são servidores estatais.¹⁹

Em tal âmbito, por intermédio da desconcentração administrativa, há a distribuição de atribuições entre os órgãos municipais e, nestes, entre seus respectivos agentes públicos, persistindo, então, vínculos de hierarquia, por meio dos quais são

¹² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p. 59.

¹³ BRASIL, *Decreto Lei nº 207, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/dele0200.htm>. Acesso em: 15 de março de 2014.

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 430.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 83. (Grifos da autora)

¹⁶ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 12-13

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.12. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 144-145.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 248-255.

¹⁹ Agentes políticos são “[...] titulares dos cargos estruturais à organização política do país [...]”, cujo vínculo com o Estado é de natureza política, baseado em relação jurídica estatutária, com base nos direitos e deveres atribuídos pela Constituição Federal e pelas leis vigentes. Já os servidores públicos, situados dentro do gênero servidores estatais, são os titulares de cargos públicos na administração direta. (BANDEIRA DE MELLO, op. cit, p. 248-255).

criadas relações de “supremacia- subordinação.”²⁰ Como sintetiza Medauar, a hierarquia é “[...] instrumento para que as atividades de um órgão ou ente sejam realizadas de modo coordenado, harmônico, eficiente, com observância da legalidade e do interesse público.”²¹

Isto garante ao referido gestor público o exercício de poderes frente aos subordinados²², destacando-se em tal processo a delegação e a avocação de competências²³, como será visto a seguir.

3 A COMPETÊNCIA DO PREFEITO E A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA

3.1 Competência e a delegação de competência

A competência pode ser definida como “[...] o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo.”²⁴ Além disso, as competências têm natureza de poderes e também de deveres, sendo de exercício obrigatório, irrenunciáveis, intransferíveis, imodificáveis e imprescritíveis, motivo pelo qual não podem ser “objeto de transação”, **exceto nos casos previstos em lei,²⁵ de delegação de seu exercício.**²⁶ Além disto, Bandeira de Mello entende que a delegação do exercício da competência pode ser retomada pelo delegante. Nesse sentido, Lafayette Pondé entende a questão da impossibilidade de alteração da previsão legal de competências seria desfeita se a delegação fosse fundada em norma do mesmo grau da norma distribuidora de competências.²⁷

²⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p. 57-67.

²¹ MEDAUAR, op. cit., p. 124.

²² São poderes: dar ordens; controle; revisar atos dos subordinados; decidir conflitos de competência entre estes; coordenação. MEDAUAR, op. cit., p. 62.

²³ Para Renato Alessi, a hierarquia cria em um órgão uma pirâmide, de cujo ápice emanam diretrizes para os órgãos inferiores, os quais fornecem os elementos para a decisão superior. (ALESSI *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 96).

²⁴ DI PIETRO, op. cit., p. 203.

²⁵ Com o mesmo entendimento: FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. *Delegação e avocação administrativas*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 78. SOUSA, Alice Ribeiro de. Delegação da competência administrativa. *Fórum Administrativo - FA*, Belo Horizonte, ano 10, n. 118, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70811>>. Acesso em: 23 maio 2014.

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.12. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 146-150. No mesmo sentido: PONDÉ, Lafayette. *Da delegação administrativa*. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, v. 268, out-dez 1979, p. 9-16. p. 9.

²⁷ PONDÉ, op. cit., p. 12-13.

Com a mesma concepção, Carvalho Filho destaca ainda a existência das “**funções indelegáveis**”, que, se transferidas, “[...] acarretam a invalidade não só do ato de transferência, como dos praticados em virtude da indevida delegação.” Como exemplo, cita o art. 84, Parágrafo Único, da CF/88, que especifica quais atribuições do Presidente da República são delegáveis, sendo as demais funções indelegáveis. Dessa maneira, a delegação de competência deve ser utilizada como **figura excepcional**.²⁸

Assim, não obstante as opiniões divergentes, entende-se que a escolha legislativa da competência é a regra geral, podendo ser modificada quando a lei dispõe em sentido contrário. Afinal, a delegação de competências não pode se transformar em “[...] um instrumento de desagregação dessas relações”.²⁹

Acerca do referido ato, salienta-se que a delegação de competência é o meio pelo qual um órgão ou autoridade, titular de poderes e atribuições, “[...] transfere a outro órgão ou autoridade (em geral de nível hierárquico inferior) parcela de tais poderes e atribuições.”³⁰ Em tal ato, a autoridade que realizou a transferência é chamada de “delegante”, já a autoridade que recebeu tem o nome de “delegado”. Considerando a concepção de que é possível apenas a “transação” do **exercício** da competência³¹, pelos termos já expostos acima, quando há delegação de competência, houve apenas a delegação do seu exercício.

Cabe ressaltar ainda, como entende Medauar que a delegação funda-se no objetivo de continuidade do serviço público, frente à sobrecarga de serviço atribuída aos agentes públicos.³²

Em tal processo, a distribuição de competências deve considerar critérios específicos, como enumera Di Pietro, em razão da matéria, do território, do grau hierárquico, do tempo ou fracionamento, como no caso de atos complexos ou

²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 892. De forma divergente, para Di Pietro a delegação de competência somente seria impossível nos casos de competência exclusiva, já para Medauar, além deste caso, no de vedação. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 204-205. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p. 63. Já para Caio Tácito, a delegação de competência é vedada apenas se, “[...] por sua natureza, for incompatível o exercício da competência por outro funcionário”. *Apud* FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. *Delegação e avocação administrativas*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 73.

²⁹ PONDÉ, Lafayette. *Da delegação administrativa*. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, v. 268, out-dez 1979, p. 9-16. p. 16.

³⁰ MEDAUAR, op. cit., p. 63.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.12. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 146-148.

³² MEDAUAR, op. cit., p. 22.

procedimentos.³³ Dessa maneira, pode-se manter a relação de pertinência entre a competência e o órgão ou agente responsável por exercê-la, o que pode permitir melhor desenvolvimento das atribuições exercidas. Portanto, a delegação de competências deve observar os ditames legais e ainda ser feita de forma criteriosa.

3.2 Competências do Prefeito

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 84, estabelece as atribuições do Presidente da República ao qual são confiadas atribuições políticas, relativas a condução dos negócios públicos locais, e administrativas típicas e próprias do cargo, referentes à concretização das leis.³⁴

Quanto a esta regra, o Supremo Tribunal Federal (STF) admite sua aplicação aos demais Chefes do Poder Executivo, com base no princípio da simetria, como decidido pela Segunda Turma no RE 633009 AgR/GO, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, na sessão do dia 13/09/11.³⁵

Em relação a aplicação do art. 84 da CF/88, a Constituição Federal define quais atribuições podem ser objeto de delegação pelo Chefe do Executivo e, além disso, em seu Parágrafo Único, estabelece quem pode receber tais atribuições. Assim, podem ser objeto de delegação pelo Chefe do Poder Executivo as seguintes atribuições previstas neste dispositivo legal:

Art. 84 [...]

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

XXV (primeira parte) - prover os cargos públicos federais, na forma da lei;³⁶

A esse respeito, deve-se notar que a organização e o funcionamento da administração pública nos termos do inciso VI, “a” pode abranger diversas atribuições, a depender extensão da estrutura municipal. Como exposto anteriormente, além de atribuições políticas, o Prefeito possui atribuições administrativas, em que se

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 204-205.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 698.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 633009/Goiás, Segunda Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 13 de setembro de 2011. No mesmo sentido: Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 725590/GO, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, decidido pela Segunda Turma do STF na sessão do dia 22/02/11.

³⁶ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.

incluindo diversos procedimentos necessários ao exercício das competências do Município, tais como a realização das despesas municipais. Assim, diversas atribuições são susceptíveis de delegação.

Além disso, o Parágrafo Único do art. 84 da CF/88 também define que tais atribuições podem ser delegadas aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União. Logo, no caso dos Municípios, a delegação é possível para os secretários municipais ou para o Advogado Geral ou Procurador Geral do Município (havendo o respectivo órgão no ente).³⁷ Nesse sentido, não havendo Advocacia Geral do Município, da mesma forma o Município precisa da prestação de serviços jurídicos, podendo possuir em seu quadro permanente cargos de advogado ou procurador, os quais, se de caráter continuado, devem ser providos mediante concurso público. Em tal caso, a delegação também será possível, por serem estes representantes jurídicos legais e “permanentes” do Município.

No tocante ao disposto no art. 84, Parágrafo Único da CF/88, Regis Fernandes de Oliveira aponta ser “Imprescindível que haja uma ligação de pertinência em relação à autoridade delegada. A matéria, cujo exercício é transferida, deve guardar adequação ou pertinência lógica com a autoridade delegada.”³⁸ Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca a necessidade de que as autoridades que recebam as atribuições ocupem cargos de confiança.³⁹

Adotando tal posição, tem-se que, além da necessidade de certa pertinência referente ao cargo exercido, revela-se essencial a existência do elemento confiança entre o Prefeito e o delegado, pois, quando se escolhe alguém para agir em seu lugar, espera-se que este agirá do modo esperado e correto. Além disso, os secretários municipais e o Advogado Geral do Município geralmente ocupam, de fato, cargo ou função de confiança.

Em tal contexto, uma dúvida pode ser suscitada: caso não possua nem mesmo advogados em seu quadro permanente, o Município pode realizar a contratação dos serviços jurídicos, por procedimento licitatório ou de inexigibilidade de licitação, conforme cada caso concreto, nos termos da Lei n. 8.666/93 e delegar competências aos contratados? Considerando os fundamentos acima expostos, defende-se que não, por

³⁷No âmbito federal, o Procurador Geral da República representa o Ministério Público Federal não havendo de forma simétrica, esta equivalência no Município.

³⁸FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. *Delegação e avocação administrativas*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 92.

³⁹*Apud* FERNANDES DE OLIVEIRA, op. cit., p. 92-93.

estar ausente o elemento confiança, além de estar se extrapolando o permissivo constitucional.

Ademais, destaca-se ainda que o art. 84, Parágrafo Único da CF/88 estabelece o dever de observância aos limites traçados na delegação. Dessa maneira, observa-se que somente atribuições específicas podem ser objeto de delegação de competência pelo Prefeito, as quais podem ser transferidas a certos delegados, devendo-se observância aos limites fixados.

3.3A delegação de competências na Lei de Processo Administrativo Federal e Estadual

O tema da delegação de competência é tratado pela Lei n. 9.784/1999, disciplinadora do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu Capítulo VI e que estabelece diversos aspectos acerca da competência.

Destaca-se que o art. 11 da referida lei define a competência como irrenunciável, podendo ser exercida por quem não a tem como própria apenas nos casos de delegação ou avocação de competência legalmente admitidos. Nesse sentido, a delegação de competência pode ser promovida caso não haja impedimento legal e se for conveniente, com base em critérios, nos termos do art. 12. Já o art. 13 da referida lei estabelece matérias que não são sujeitas à delegação.

Por sua vez, o art. 14 estabelece requisitos aplicáveis ao ato de delegação, como publicação em meio oficial, necessidade de especificação da matéria tratada e dos limites do ato, duração, objetivo do ato e possibilidade de revogação a qualquer momento.

Com base em tais dispositivos, observa-se que a delegação de competência é imposta como regra⁴⁰, não sendo admitida apenas nos casos de impedimento legal, razão pela qual o estabelecimento de limites do ato é necessário. Ademais, com base no princípio da publicidade, além de haver publicação do ato e de sua revogação, é necessário explicitar que o ato exercido é delegado.

Apesar de tratar-se de lei federal, ressalta-se que o STJ entende que a Lei n. 9.784/99 aplica-se aos demais entes políticos em caráter subsidiário, como decidido no

⁴⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 204-205. No mesmo sentido: ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 22 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 472.

Recurso em Mandado de Segurança n. 030300⁴¹, em decisão monocrática da relatora Maria Thereza de Assis Moura, na sessão do dia 28/05/12⁴². Assim, caso o Município não possua lei regulando tal matéria, aplica-se a referida lei subsidiariamente.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, encontra-se em vigor a Lei Estadual n. 14.184/2002, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Os dispositivos referentes à competência e sua delegação, na lei mineira, expostos em seu Capítulo X, apresentam conteúdo idêntico à referida lei federal.

Embora tais leis tratem a delegação de competência como regra legal, estabelecendo casos em que esta não é possível, considerando o disposto no art. 84, Parágrafo Único da CF/88, tais limitações devem ser observadas pelo Prefeito. Enquanto o referido dispositivo constitucional estabelece de forma ampla as condições necessárias ao ato, a lei federal os especifica.

3.4 Ato de delegação de competência

É preciso verificar como se dá a formalização do ato de delegação. De início, vale notar que o art. 84, Parágrafo Único da CF/88 expressa a necessidade de “delegações”, ou seja, atos de delegação. Nesse sentido, considerando a concepção da excepcionalidade do uso da delegação, Regis Fernandes de Oliveira acredita que o ato de delegação de competência deve ter a forma escrita⁴³, citando Marcelo Caetano, segundo o qual “[...] não são, pois, admissíveis delegações tácitas de competência [...].”

44

Conforme art. 14 da Lei n. 9.784/1999, é necessário a existência de ato escrito de delegação de competência, em que serão estabelecidos os limites da transferência,

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 030300/Rio Grande do Sul. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 28 de maio de 2012.

⁴² No mesmo sentido: Agravo em Recurso Especial n. 180317, em decisão monocrática do relator Ministro Herman Benjamin, na sessão do dia 29/05/12; Agravo em Recurso Especial n.184142, em decisão monocrática do relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, na sessão do dia 11/09/13; Recurso Especial n. 118643, em decisão monocrática da relatora Ministra Laurita Vaz, na sessão do dia 06/02/13; Recurso Especial n. 125745, em decisão monocrática do relator Ministro Campos Marques, na sessão do dia 20/08/13; no Recurso Especial n. 1253275, em decisão monocrática do relator Ministro OG Fernandes, na sessão do dia 18/09/13.

⁴³ No mesmo sentido: MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011. p. 152.

⁴⁴ *Apud* FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. *Delegação e avocação administrativas*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 69.

bem como a exigência da divulgação do ato, com base nos princípios da publicidade e da transparência.

Quanto à forma, com base no entendimento doutrinário de Medauar⁴⁵ e de Di Pietro⁴⁶, tem-se que, nesse caso, o decreto é o instrumento mais adequado para utilização pelo Prefeito, sendo ainda ato administrativo. Não obstante, caso outro instrumento formal seja utilizado para realizar a delegação, este não pode ser desconsiderado, afinal, seria excesso de formalismo tal concepção.

Quanto às características do ato de delegação de competência, como este é ato administrativo, o que se aplica aos atos será aplicável ao ato de delegação. Nesse sentido, tendo como base o entendimento de Bandeira de Mello⁴⁷ acerca da matéria, tem-se que o ato irá se encontrar plenamente regular e apto a produzir todos os seus efeitos se perfeito, válido e eficaz. Já para ser perfeito e válido, o ato administrativo precisa atender diversos requisitos de forma, a saber:

1. **o sujeito** é o **Prefeito**;
2. **a forma**, de preferência, é o **decreto**, como desenvolvido acima;
3. **o objeto** é a **matéria delegada** (relativa ao art. 84, **incisos VI, XII e XXV, primeira parte da CF/88**), com especificação do **destinatário** (Secretário Municipal ou Advogado Geral do Município), dos **limites da delegação, em obediência ao art. 84, Parágrafo Único da CF/88** e da duração do ato, com base no art. 14, §1º da Lei n. 9.784/99.

Já o **motivo** e a **finalidade** devem ser estabelecidos segundo o caso concreto e a **vontade** deve ser emanada na situação de fato. Ademais, ressalta-se que o agente público não detém discricionariedade absoluta, devendo pautar-se pelas previsões legais e pelo juízo de conveniência e oportunidade, que deve estar em estrita consonância com os aspectos de naturezas técnica, social, econômica, jurídica e territorial, o que deve ser claramente exposto na motivação.⁴⁸

⁴⁵ O Chefe do Poder Executivo pode editar decreto ou portaria, sendo aquele usado, entre outros, para regulamentar leis. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011. p. 63.

⁴⁶ O Prefeito só poderia editar decreto, que só seria considerado ato administrativo quando tivesse efeito concreto, o que ocorre com os decretos individuais: dirigidos a pessoas determinadas. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 233. No mesmo sentido entende Bandeira de Mello: *Apud* FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. *Delegação e avocação administrativas*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 67.

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.12. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 390-396.

⁴⁸ SOUSA, Alice Ribeiro de. Delegação da competência administrativa. Fórum Administrativo - FA, Belo Horizonte, ano 10, n. 118, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70811>>. Acesso em: 23 maio 2014.

Por todo exposto, para garantir a existência e a legalidade da delegação de competência, o decreto relativo ao ato de delegação deve estar em conformidade com todos esses requisitos apresentados.

3.5 O exercício da competência delegada – atos praticados pelo delegado

Como já visto, entende-se que, por meio da delegação de competência, o delegado adquire a prerrogativa de exercer os atos que caberiam ao delegante. Ademais, no ato de delegação, é preciso definir o destinatário deste, o qual deve ser competente para exercer as atividades delegadas.

Nesse sentido, Medauar aponta os requisitos necessários para configuração da competência do agente, quais sejam: matérias inclusas em suas atribuições e possibilidade de delegação; âmbito territorial; limite de tempo para o exercício daquelas.⁴⁹ Contrariamente, em vista da improrrogabilidade da competência, caso incompetente o agente público, este não deixará de sê-lo pela prática de ato.⁵⁰ Entretanto, Di Pietro ressalta a possibilidade de convalidação do ato pela autoridade superior, em caso de vício de iniciativa, o que chama de ratificação.⁵¹

Por fim, deve-se observar que, no caso de tais atos serem realizados de forma irregular, estando sob análise do Poder Judiciário ou do controle exercido pelo Tribunal de Contas, inicialmente irá se verificar de quem era a competência para realizar o ato, concluindo, por fim, pela responsabilização, caso o ato não seja passível de delegação.

Dessa maneira, é de suma importância que o delegado atue nos termos do ato de delegação de competência, assim como o Prefeito acompanhe a atuação do dele, afinal, as atribuições delegadas constituem dever legal seu, havendo, apenas, a transferência do exercício da competência.

3.7 Do desfazimento do ato de delegação de competência

Tendo em vista que a delegação se realiza por meio de ato administrativo, Bandeira de Mello entende que diversas são as causas que determinam a extinção dos

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011. p. 124.

⁵⁰ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 22 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 473.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 247.

atos administrativos, como: cumprimento dos efeitos (esgotamento do conteúdo, execução, termo final); desaparecimento de elemento da relação (sujeito ou objeto); retirada (revogação, invalidação, cassação, caducidade, contraposição); renúncia (ato ineficaz, mera retirada, recusa).⁵²

No tocante à revogação, destaca-se que o art. 14, §2º, da Lei n. 9.784/1999 estabelece que essa pode ser feita pela autoridade delegante a qualquer momento. Nesse sentido, considerando a fiscalização que deve o delegante manter sobre o poder transferido, Pondé entende que ele deve, se for o caso, revogar a delegação, somente podendo modificar o ato delegado se observados os princípios aplicáveis à revogação⁵³.

Além disso, outra figura específica capaz de por fim à delegação é a avocação de competência, fenômeno oposto ao da delegação, que provoca a concentração administrativa. Isso corresponde, como afirma Hely Lopes Meirelles, à “[...]chamar a si funções originalmente atribuídas a um subordinado”⁵⁴ e ainda, como expressa Carvalho Filho, citando Delpino e Del Giudice, é “[...] um meio de evitar decisões concorrentes e eventualmente contraditórias.”⁵⁵ Assim, como a competência do Prefeito é dever constitucional, a avocação é possível a qualquer momento.

3.8 Entendimento do TCE/MG

No levantamento jurisprudencial realizado, verificou-se que a principal irregularidade questionada acerca da matéria de delegação de competência foi a inexistência do instrumento formal de delegação de competência emitido pelo Prefeito, o qual alega que, na prática, houve a delegação. Nestas circunstâncias, o Tribunal promove a exclusão do Secretário, da relação jurídico processual, considerando como ordenador de despesas responsável o Prefeito.⁵⁶ Ainda com esse entendimento,

⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.12. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 454-457.

⁵³ PONDÉ, Lafayette. *Da delegação administrativa*. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, v. 268, out-dez 1979, p. 9-16. p. 11.

⁵⁴ *Apud* ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 22 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 475.

⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 103.

⁵⁶ Tal decisão foi aplicada pela Segunda Câmara do Tribunal no julgamento dos seguintes processos, de relatoria do Conselheiro-substituto Hamilton Coelho: Processo administrativo n. 676.849, na sessão do dia 04/08/11; Processo administrativo n. 701.052, na sessão do dia 17/03/11; Processo administrativo n. 703.253, na sessão do dia 03/03/11; Processo administrativo n. 603.740, na sessão do dia 02/12/10. Pela Primeira Câmara, o mesmo entendimento foi aplicado em processos de relatoria do Conselheiro Antônio

frente à alegação de que a delegação foi feita com boa fé, a Segunda Câmara decidiu, no Processo administrativo n. 703.839⁵⁷, de relatoria do Conselheiro Simão Pedro, na sessão do dia 26/02/2008, que o referido elemento não foi demonstrado, não sendo presumível. Também foi proferida decisão no sentido de exigir a autorização legal para delegação.⁵⁸

A Primeira Câmara, em processo de relatoria do Conselheiro-substituto Licurgo Mourão, no Processo administrativo nº 703.245⁵⁹, na sessão do dia 13/11/08, foi destacada a necessidade de previsão do delegante, delegado e do objeto da delegação.

Importa notar que em todos os casos o TCE exige decreto ou outro instrumento formal de delegação. Além disso, verifica também quem efetivamente cometeu o ato irregular, o qual será responsabilizado, mesmo sem ato formal de delegação. Nesse sentido, no julgamento do Processo administrativo n. 692.959⁶⁰, na sessão do dia 09/08/12, a Segunda Câmara aprovou o voto apresentado pelo relator, o então Conselheiro substituto Gilberto Diniz, ao apontar as irregularidades existentes, defendeu a conferência, não apenas do aspecto formal, mas de qual ato foi efetivamente praticado e se irregular. De forma assemelhada, decidiu a Segunda Câmara, na Representação n. 708.673,⁶¹ na sessão do dia 21/03/2013, de relatoria do Conselheiro Mauri Torres, e também decidiu a Primeira Câmara, no Processo Administrativo n. 690.535, de relatoria do Conselheiro Antônio Carlos Andrada, nas sessões dos dias 27/03/12 e 18/12/12. Ressalta-se ainda que, no referido voto, o relator destacou formas de responsabilização do Prefeito, citando, por exemplo, a responsabilidade por culpa *in vigilando* e *in eligendo*.

Em síntese, observou-se que é entendimento majoritário no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais que a delegação de competência exige ato formal, não obstante, a questão não se limitar ao aspecto meramente formalista, pois deve-

Carlos Andrada, no Processo administrativo n. 704. 105, na sessão do dia 06/04/10; no Processo administrativo n. 710.758, na sessão do dia 18/05/10.

⁵⁷MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo administrativo nº 703.839, Segunda Câmara, Rel. Conselheiro Simão Pedro. Julgamento: 26 de fevereiro de 2008.

⁵⁸Processo administrativo n. 748.435, sessão do dia 31/05/12, Segunda Câmara, Conselheiro-substituto Hamilton Coelho

⁵⁹MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo administrativo nº 703.245, Primeira Câmara, Rel. Conselheiro substituto Licurgo Mourão. Julgamento: 13 de novembro de 2008.

⁶⁰MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo administrativo nº 692.959, Segunda Câmara, Rel. Conselheiro substituto Gilberto Diniz. Julgamento: 08 de agosto de 2012.

⁶¹MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo administrativo nº 708.673, Segunda Câmara, Rel. Conselheiro Mauri Torres. Julgamento: 21 de março de 2013.

se analisar, no caso concreto, quem efetivamente realizou o ato, para questionar a responsabilidade do Prefeito e do agente.

4 CONTROLE E RESPONSABILIZAÇÃO DOS ATOS DO PREFEITO

Nos termos da concepção de José de Aguiar Dias, apesar de se contemplar a responsabilidade do Estado como instituto civil, não se transporta para o seu domínio os princípios de responsabilidade do direito privado, tratando-se de matéria de direito administrativo. Citando Cavalcanti afirma que “[...] o Estado, em princípio, responde pelos próprios atos – salvo se uma razão jurídica superior fizer cessar ocasionalmente a sua responsabilidade [...].”⁶² Entretanto, cumpre lembrar que o Estado se manifesta por meio dos seus agentes públicos.

Nesse sentido, Aguiar Dias explica que, ao longo da evolução da ideia de responsabilidade do Estado, substituiu-se a responsabilidade do patrimônio administrativo, pela responsabilidade pessoal do agente, conforme dispõe Paul Duez, respondendo, o funcionário, então, pelas próprias falhas.⁶³ Com base em tal concepção, admite-se a responsabilização dos Prefeitos.

Afinal, os poderes conferidos aos agentes públicos não são ilimitados, já que, no Estado Democrático de Direito, devem obediência às normas e princípios editados pelo Poder Legislativo, em vista do princípio basilar do regime jurídico administrativo ser o da juridicidade, segundo o qual a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade com o direito.⁶⁴

Nesse sentido, observa-se que, além de ter diversas atribuições políticas, como Chefe do Poder Executivo Municipal, o Prefeito é responsável por administrar o Município, devendo realizar o recebimento, a gestão e a aplicação de recursos públicos pertencentes ao erário municipal, nos termos previstos em lei. Por esta razão, o Prefeito é ordenador de despesas.⁶⁵ Como ordenador de despesas, observa-se que deve agir em conformidade com as normas de direito financeiro, entre às quais se destaca a Lei n. 4.320/64, e ainda ao disposto na Lei Complementar n. 101/00. Ademais, entre as

⁶² Apud DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 557.

⁶³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 564.

⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.12. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 103-104.

⁶⁵ Nos termos do art. 80, §1º, do Decreto lei n. 200/67 ordenador de despesas é “[...] toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.”

atribuições administrativas encontram-se a realização de licitações e celebrações de contratos, cujas normas gerais são estabelecidas na Lei n. 8.666/1993.

Como aponta Carvalho Filho, da mesma forma que o direito positivo confere poderes aos administradores públicos, também estabelece deveres, que os submete à responsabilização em caso do seu descumprimento. Entre os principais deveres, o autor destaca o da probidade, da prestação de contas e da eficiência.⁶⁶

Pelo exposto, observa-se que o Prefeito deve agir em conformidade com a legislação vigente e com os princípios jurídicos estabelecidos, exercendo os deveres a ele impostos. Do contrário, em caso de irregularidades, o referido agente público pode ser responsabilizado.

4.1 Fundamentos do controle dos atos dos Prefeitos

O controle administrativo refere-se ao “[...] o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder”.⁶⁷ Este controle possui como objeto de análise a função administrativa e, então, os órgãos públicos e seus agentes, apresentado vários modos de consumação, como a fiscalização financeira das pessoas da Administração Direta e Indireta; a verificação de legalidade dos atos administrativos; a verificação de conveniência e oportunidade de condutas administrativas etc. Nesse sentido, Carvalho Filho destaca que tal forma de controle tem como pilares o princípio da legalidade e das políticas administrativas (poder de estabelecer suas diretrizes).⁶⁸

Nesta seara, a fiscalização e a revisão são os elementos básicos do controle, sendo a fiscalização relativa ao poder de verificação de que se faz sobre a atividade dos órgãos e agentes e também sobre a finalidade pública dos atos, enquanto a revisão é o poder de corrigir as condutas administrativas, seja porque tenham violado normas legais, seja por necessidade de alteração de políticas administrativas. Soma-se a isso a importância da aferição da legitimidade e da conveniência dos atos, como defende Diógenes Gaspari.⁶⁹

⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p.61-62.

⁶⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 64.

⁶⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 892.

⁶⁹ *Apud* CARVALHO FILHO, op. cit., p. 894.

Além disso, importa notar que o controle pode se desenvolver de duas maneiras: por meio do controle interno e externo: “Interno é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo. Externo é o efetuado por órgãos alheios à Administração.”⁷⁰

Então, os atos do Prefeito podem ser controlados: pelos sistemas de controle interno, acompanhamento realizado no âmbito da própria Prefeitura Municipal, em observância a normas de direito administrativo e financeiro e de contabilidade, com base no art. 74 da CF/88⁷¹, aplicável ao Município com base no princípio da simetria, e art. 31, *caput*, da CF/88⁷²; pelo controle judicial, exercido pelo Poder Judiciário, segundo competência definida na legislação (art. 5º, XXXV, da CR/1988) e, no âmbito do Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 178, da Constituição Estadual; pelo controle externo, de responsabilidade do Poder Legislativo Municipal, com auxílio do Tribunal de Contas competente, conforme dispõem os artigos 31, 70 e 71, *caput*, da CF/88.

4.2 Da responsabilização do Prefeito por culpa *in eligendo* e *in vigilando*

José Aguiar Dias concorda com a exposição de Guimarães Menegale, de que “[...] é aplicável ao Estado o princípio geral da culpa *in eligendo* e *in vigilando*; [...] se o Estado é sujeito de direitos, também o é de obrigações.”⁷³ Reconhece, entretanto, que pode haver situações em que o elemento culpa não seja necessário. Nesse sentido, para o autor, a melhor teoria da culpa relaciona-se com a concepção de que o Estado age por intermédio de seus agentes, que chama de funcionários.

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.12. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 953.

⁷¹ Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - 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;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

⁷² Art. 31. 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.

⁷³ *Apud* DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 558-559.

Assim, o Estado é responsabilizado por dano causado pelo agente, de forma objetiva (art. 37, § 6º da CF/88), presumindo-se, nas hipóteses de delegação de competência, que o agente competente agiu levemente na escolha do agente e não exerceu a necessária fiscalização sobre este, ou seja, presume-se, respectivamente, a culpa *in eligendo* e a *in vigilando*, concepção que prevalecia no Código Civil de 1916.

Em princípio, a incidência da culpa ocorreria mesmo provando-se que não houve má escolha do funcionário e a fiscalização sobre suas atividades, o que o doutrinador questiona, alegando não ser possível fazer uma boa escolha, mas uma escolha cuidadosa, já que “[...] seria exigir no homem o dom da infalibilidade [...]”.⁷⁴

Dessa maneira, o referido “funcionário” pode ser responsabilizado de forma pessoal, respondendo pelas próprias falhas, conforme o art. 37, §6º da CR/1988, sendo possível, ainda, a responsabilização por culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Nesse sentido, como exemplo, cita-se o caso em que o Prefeito edita ato de delegação de competência a subordinado e este realizeirregularmenteas atribuições delegadas, por não ser bem capacitado para isso, tendo sido mal escolhido, ou pela má fiscalização de sua atividade.

Constatou-se que essa forma de responsabilização por culpa é aceita apenas em caso de falha na prestação de serviço público, como no julgamento feito pela 3ª Câmara Cível, da Apelação Cível 1.0103.12.001102-0/001⁷⁵, de relatoria do Desembargador JudimarBiber, na sessão do dia 06/02/14. Em tal caso, o Desembargador destacou que, apesar de a responsabilidade civil objetiva por atos omissivos do Estado não ser muita aceita na doutrina, a preexistência do dever do Estado de prestar serviços públicos eficientes importa a necessidade de aplicação da responsabilidade civil, decorrente de culpa *in omitendo* ou *in vigilando*, derivada do próprio estado da coisa.⁷⁶

Ademais, a incidência da culpa *in eligendo* e *in vigilando* sob os agentes é aceita pelo STJ. Tal entendimento ficou demonstrado no julgamento do Recurso Especial n. 601.935 – MG⁷⁷ decidido pela Segunda Turma, sob relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, na sessão do dia 12/12/06, em que se concluiu pelo cabimento de responsabilidade solidária por improbidade administrativa, em virtude de culpa. No

⁷⁴ *Apud* DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 558-560.

⁷⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível nº 1.0103.12.001102-0/001, 3ª Câmara Cível, Rel. Desembargador JudimarBiber. Julgamento: 06 de fevereiro de 2014.

⁷⁶ No mesmo sentido: Apelação Cível 1.0145.07.381259-9/001, julgado na sessão do dia 06/02/14 e Apelação Cível 1.0024.10.1042277-8/001, julgado na sessão do dia 23/10/12, ambos decididos pela 3ª Câmara Cível, sob relatoria do Desembargador JudimarBiber.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 601.935/Minas Gerais. Segunda Turma. Rel. Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento: 12 de dezembro de 2006.

referido voto, exarado com base no acórdão recorrido, concluiu-se pela configuração dos dois referidos tipos de culpa de vereadores que conferiram grandes responsabilidades a servidora novata. Assim, houve a admissão da responsabilização por culpa *in eligendo* e *in vigilando* pelo STJ.

5 DA RELAÇÃO ENTRE A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA E A RESPONSABILIDADE DO PREFEITO

Apresentados os fundamentos para a responsabilização do Prefeito por culpa *in vigilando* e *in eligendo* em caso de delegação de competência, passa-se a questionar se o ato de delegação de competência promove ou não a transferência da responsabilidade.

No tocante a tal ponto, Régis Fernandes de Oliveira conclui, com base nos ensinamentos de Caio Tácido, Gordillo e Medauar, que “A responsabilidade implica na imputação jurídica a quem deva suportar a consequência de ação antijurídica.” e ainda cita Medauar, segundo a qual “[...] seria absurdo que o delegante transferisse atribuições e continuasse responsável por atos que não praticou.”⁷⁸

De maneira oposta, analisando a hipótese de delegação de competência para ordenar de despesas (art. 58⁷⁹ da Lei n. 4.320/64), Sérgio Honorato dos Santos e Yaisa A. Honorato dos Santos apontam que um agente subordinado não pode ser reconhecido como ordenador de despesas, por não ter poderes nem competência para isso, além do dever de prestação de contas ser do superior.⁸⁰

Em relação à matéria em análise, importa notar que o STF mantém sumulado o entendimento de que é cabível mandado de segurança ou medida judicial contra a autoridade, no exercício de competência delegada.⁸¹ Foram encontrados julgados que concluem que o STF não possui competência originária para analisar irregularidades cometidas por autoridades delegadas, por considerar-se que a responsabilidade não é da autoridade delegante.

⁷⁸ FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. *Delegação e avocação administrativas*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 161.

⁷⁹ Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.

⁸⁰ SANTOS, Sérgio Honorato dos. SANTOS, Yaisa A. Honorato. O instrumento de delegação de competência não retira a responsabilidade de quem a delega. *Boletim De Direito Administrativo - BDA*, São Paulo: NDJ, ano 25, n.12, p. 1380-1385, 2009.p. 1380-1381.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 510. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: jul. 2014.

Nesse sentido, a Segunda Turma do STF, ao se manifestar no Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 24.732/ DF⁸², de relatoria do Ministro Celso de Mello, na sessão do dia 11/03/14 concluiu que em caso de ato praticado pelo Vice-Procurador Geral da República com base em delegação administrativa outorgada pelo Procurador Geral da República, não há competência originária do STF em virtude da Súmula nº 510 e tendo em vista o rol taxativo do art. 102, I, “d” da CF/88.

No voto deste julgado, o relator concluiu que, após a delegação de competência, o delegado é responsável por seus atos, não respondendo por estes, o delegante. Demonstrou que esta “diretriz jurisprudencial” tem orientado sucessivos pronunciamentos da Suprema Corte⁸³ que concluem:

Em suma: é preciso ter presente –**consoante adverte CAIO TÁCITO** (“Delegação de Competência”, “in” “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, vol. XV/155-156, Borsoi) – que, **“Embora atuando em consequência da delegação recebida, o delegado age, autonomamente, segundo seu próprio entendimento. A delegação não se confunde com a representação. O delegado não age em nome e em lugar do delegante, mas atua por força de competência legal que lhe foi transferida”** (grifei). [...]⁸⁴

Merece destaque a decisão dada pela Segunda Turma ao REsp 1294281/RJ⁸⁵ de relatoria do Ministro Cesar Asfor Rocha, no dia 26/06/12, que conclui que o delegado não havia praticado o ato irregular, destacando que a improbidade deriva da conduta pessoal do agente, devendo-se a responsabilidade, então, recair sobre quem pratica o ato, na medida da medida de sua participação.

Assim, pelo exposto, restou demonstrado o entendimento majoritário do STF e do STJ de que a responsabilidade por atos cometidos em casos de delegação de competência é do delegado. Entretanto, como no voto citado, há entendimento do STJ de que a responsabilidade deve se dar na medida da participação do delegado.

5.1 Da responsabilização do Prefeito por culpa *in vigilando* e *in eligendo* em casos de delegação de competência

⁸²BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 24.732/ Distrito Federal, Segunda Turma, Rel. Ministro Celso de Mello. Julgamento: 11 de março de 2014.

⁸³ Como no “RTJ 46/748 – RTJ 75/689 – RE 78.018/DF – MS 20.207/DF – MS 23.871-MC/DF”, citando na íntegra o acórdão relativo ao MS 23.559-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” DJU de 12/4/2000.

⁸⁴ O relator também destacou que o mesmo entendimento é adotado pelo STJ (RDA203/206 eMS3.838/PA).

⁸⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1294281/Rio de Janeiro, Segunda Turma. Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha. Julgamento: 26 de junho de 2012.

Como já desenvolvido, o Prefeito deve zelar pelo correto cumprimento das atribuições delegadas, com base nos princípios da eficiência (art. 37, caput, da CR/1988) e da finalidade (art. 2º da Lei nº 9.784/1999). Além disso, como autoridade superior no Município, o Prefeito exerce poderes de hierarquia frente aos demais agentes públicos, como de fiscalização e correção. Dessa maneira, caso o Prefeito não coíba irregularidades cometidas no exercício das atribuições delegadas, pode ser responsabilizado por culpa.

A *culpa in vigilando* do Prefeito seria decorrente do não cumprimento do dever de vigiar as atividades desenvolvidas pelos delegados, como poder-dever decorrente da relação hierárquica, em observância ao princípio da eficiência e da finalidade, e em virtude da atribuição exercida pelo delegado ser de competência legal do gestor público. A *culpa in eligendo*, por sua vez, decorreria da má escolha do delegado, que, com base no princípio da eficiência, deveria ser escolhido com base na confiança e na pertinência da matéria tratada, buscando-se adequado desempenho da atribuição.

No tocante ao tema em análise, merece destaque o entendimento de Sérgio Honorato dos Santos e Yaisa A. Honorato dos Santos, segundo o qual, em casos de delegação de competência, como há a delegação da execução de atos e não da responsabilidade, há a incidência de uma responsabilização indireta, sendo este um dever de tutela⁸⁶. Por isso, então, os autores entendem que o gestor delegante não pode se olvidar dos conceitos de culpa *in vigilando* e *in eligendo*, o que é reforçado frente às obrigações do Chefe do Executivo.⁸⁷ Por isso, os autores ressaltam a importância de alertar as autoridades delegantes acerca da postura que devem ter na hipótese de delegação de execução de despesas, já que podem ser responsabilizados pessoalmente em sede de controle, salvo mantida documentação cabal do realizado.⁸⁸ Assim, deve se ter consciência de que o instrumento de delegação de competência não a isenta do dever de prestar contas e de ser responsabilizada por eventuais irregularidades cometidas pelo delegado.⁸⁹

Entretanto, em virtude disso, o instituto da delegação de competência, como forma de diminuir as atribuições do delegante, perderia o sentido? De fato, caso a autoridade delegante não acompanhasse a execução dos atos delegados, economizaria

⁸⁶ Apud SANTOS, Sérgio Honorato dos. SANTOS, Yaisa A. Honorato. *O instrumento de delegação de competência não retira a responsabilidade de quem a delega*. BOLETIM DE DIREITO ADMINISTRATIVO - BDA, São Paulo: NDJ, ano 25, n.12, p. 1380-1385, 2009, p. 1382.

⁸⁷ SANTOS; SANTOS, , op. cit., p. 1383-13854.

⁸⁸ SANTOS; SANTOS, op. cit., p. 1383-1385.

⁸⁹ SANTOS; SANTOS, op. cit., p. 1384.

mais tempo e teria menos atribuições. Entretanto, sendo a competência dever legal e tendo o Prefeito deveres decorrentes da relação hierárquica, o acompanhamento é necessário.

Nesse sentido, o Prefeito não deve participar efetivamente junto com o delegado da execução das atribuições delegadas. Por outro lado, é possível manter controle sobre isso, por meio dos sistemas de controle interno do Município.

Cabe aos referidos sistemas, além das finalidades elencadas no art. 74 da CF/88, a fiscalização do cumprimento de diversas normas da Lei n. 101/2000, conforme previsto em seu art. 59⁹⁰.

Vale notar o sistema de controle interno corresponde a um “[...] mecanismo de autocontrole da própria Administração, exercido pelas pessoas e Unidades Administrativas e coordenado por um órgão central, organizado, e em parâmetros gerais, por lei local.”, cuja atuação se dá antes, durante e depois dos atos administrativos⁹¹. Entre seus princípios e regras encontram-se os seguintes: segurança razoável; integridade e competência; acompanhamento dos controles; organização; registro oportuno; sistemas de autorização e execução; segregação de função; acesso restrito; determinação das responsabilidades; normatização; comunicação interna; cumprimento da legislação; proteção dos ativos.⁹² Tal sistema objetiva, não apenas um exame de legalidade, mas “[...] verifica o cumprimento das próprias atividades exercidas pelos seus órgãos, objetivando mantê-las legítimas (atender a todos os princípios constitucionais).”⁹³

Ressalta-se que a existência do controle interno favorece a edibilidade da gestão, em uma procura pela coerência entre a prestação dos serviços públicos e os gastos

⁹⁰ Art. 59. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento das normas desta Lei Complementar, com ênfase no que se refere a:

I - atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias;

II - limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em Restos a Pagar;

III - medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite, nos termos dos arts. 22 e 23;

IV - providências tomadas, conforme o disposto no art. 31, para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites;

V - destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e as desta Lei Complementar;

VI - cumprimento do limite de gastos totais dos legislativos municipais, quando houver.

⁹¹ CAVALHEIRO, Jader Branco; FLORES, Paulo Cesar. A organização do sistema de controle interno municipal. 4 ed. Porto Alegre: Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul, 2007. p. 30.

⁹² CAVALHEIRO; FLORES, op. cit., p. 37-42.

⁹³ CAVALHEIRO; FLORES, op. cit., p. 33.

públicos.⁹⁴ Para isso, o sistema de controle interno instituído pela Constituição Federal e explorado pela Lei de Responsabilidade Fiscal contempla o controle de meios e de resultados, buscando a eficiência.⁹⁵ Em caso de violação deste, deve-se “extinguir órgãos e entidades e remanejar servidores sempre que se verificar um descompasso entre a situação existente e o princípio da boa administração, ou, se isso não for aconselhável, deve tomar as medidas para tornar menor esse desvio ou descompasso.”⁹⁶ Dessa maneira, “[...] a vontade política deve se manifestar na atenção às irregularidades levantadas pela unidade de controle e as decisões que devem ser tomadas para saná-las, inclusive sob pena de responsabilidade.”⁹⁷

Portanto, tem-se que o sistema de controle interno funciona como instrumento de viabilização das missões institucionais dos governos⁹⁸, sendo o melhor meio do Prefeito fazero acompanhamento dos atos praticados pelos delegados, interferindo na ação desses, caso necessário. Afinal, cabe ao delegante zelar pelo correto e efetivo cumprimento das atribuições delegadas.

5.2 Entendimento do Tribunal de Contas da União

A Corte de Contas da União tem entendido, conforme trechos do Acórdão⁹⁹nº 1102/2014 - TCU - Plenário, sob a relatoria do Ministro Benjamin Zymler, Sessão do dia 27/03/2014, que a delegação de competência não exclui a responsabilidade da autoridade delegante, eis que inadmissível a delegação de responsabilidade, devendo responder pelos atos inquinados tanto a pessoa delegante como a pessoa delegada, segundo a responsabilidade de cada uma. Nesse sentido, cabe ao delegante escolher bem seus subordinados e exercer o poder-dever de fiscalização de seus atos, sob pena de

⁹⁴Motta *apud* MORAIS, Maria Aparecida de; OLIVEIRA, Antônio Gonçalves de; NIWA, Tiago Hideki. Controle interno como instrumento de planejamento, organização e transparência na administração pública municipal: o caso do município de Guareí/SP. *Controle Revista do Tribunal de Contas do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. 11, n. 2, p. 217-238, jul./dez. 2013. p. 230.

⁹⁵CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. A Lei de Responsabilidade Fiscal como fator determinante para a consolidação do sistema de controle interno definição do entendimento da separação de poderes e o princípio da eficiência no "modelo gerencial" de Estado. *Interesse Público*. Belo Horizonte, v. 12, n. 62, p. 269-298, agosto. 2010.p. 298.

⁹⁶Diógenes Gasparini *apud* ANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os princípios da legalidade e eficiência na ação do controle interno - uma perspectiva pratica. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte, v. 1, n.5, p. 501-505, maio. 2002. p. 504.

⁹⁷CAVALHEIRO, Jader Branco; FLORES, Paulo Cesar. A organização do sistema de controle interno municipal. 4 ed. Porto Alegre: Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul, 2007. p. 35.

⁹⁸CAVALHEIRO; FLORES, *op. cit.*, p. 22.

⁹⁹BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1102/2014, Plenário. Rel. Ministro Benjamin Zymler, Julgamento: 27 de março de 2014.

responder por culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*. Além disso, no referido caso, ressaltou-se o dever da fiscalização hierárquica.¹⁰⁰

5.3 Entendimento do TCE/MG

Vale notar a decisão no Processo Administrativo nº. 703.604,¹⁰¹ de relatorido Conselheiro substituto Licurgo Mourão, Sessão da Primeira Câmara do dia 04/08/2009, que concluiu que o entendimento de que a delegação de competência não transfere a responsabilidade pelos atos ao delegado deve ser analisada de forma hermenêutica.

Destaca-se ainda o entendimento assentado na Consulta n. 724.177¹⁰², que concluiu pela possibilidade de delegação de competência de ato de ordenação de despesa mediante norma legal expressa autorizado, entendeu-se que a delegação de competência não deve ser vista apenas sobre o prisma da transferência de ação feita ao delegado, devendo-se analisar o caso concreto. No referido caso, fundamentou-se a ocorrência de culpa *in vigilando* e *in eligendo* na competência originária relativa aos atos delegados, no poder discricionário do delegante e na possibilidade de supervisão e controle dos atos do delegado. Entretanto, resalta-se que se deve levar em consideração quais atos devem ser supervisionados. Por fim, concluiu-se que:

[...] via de regra a responsabilidade recairá somente sobre aquele que cometeu erro ou ilegalidade na execução de um determinado ato, ficando isenta a autoridade que delegou sua prática. Porém, excepcionalmente, a autoridade delegante poderá vir a ser responsabilizada por atos irregulares praticados pelo agente delegado, nos casos em que for constatada a ocorrência de culpa *in eligendo*, culpa *in vigilando*, necessidade de prévia aprovação do ato executado e, por fim, a avocação, sendo que, nesse último caso, nem há que se falar em responsabilização da autoridade delegante por atos praticados pelo agente delegado, já que quem praticou o ato foi o próprio delegante, após retomar sua competência.

¹⁰⁰No mesmo sentido da deliberação acima, os acórdãos nº 7304/2013 – TCU – 1ª Câmara, Sessão do dia 15/10/2013; nº. 267/2014 – TCU – 2ª Câmara, Sessão do dia 04/02/2014, nº. 2615/2013 – TCU – Plenário, Sessão do dia 25/09/2013; nº. 5721/2013 – TCU – 2ª Câmara, Sessão do dia 17/09/2013; nº. 5922/2013 – TCU – 1ª Câmara, Sessão do dia 03/09/2013; nº. 4255/2013 – TCU – 2ª Câmara, Sessão do dia 23/07/2013; nº. 3518/2013 – TCU – 2ª Câmara, Sessão do dia 18/06/2013; nº. 3618/2013 - TCU - 1ª Câmara, Sessão do dia 04/06/2013; nº. 1421/2013 – TCU – 2ª Câmara, Sessão do dia 26/03/2013; nº. 1631/2013 - TCU – 1ª Câmara, Sessão do dia 26/03/2013; nº. 293/2013 – TCU – 2ª Câmara, Sessão do dia 05/02/2013.

¹⁰¹MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo administrativo nº 703.604, Primeira Câmara, Rel. Auditor Licurgo Mourão. Julgamento: 04 de agosto de 2009.

¹⁰²MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Consulta nº 724.177, Pleno, Rel. Conselheiro Simão Pedro Toledo. Julgamento: 22 de agosto de 2007.

Portanto, antes de se definir se a autoridade delegante responderá pelos atos irregulares praticados pelo agente delegado, o caso concreto deverá ser analisado.¹⁰³

Entendimento contrário restou consignado no voto do então Conselheiro Eduardo Carone Costa, Relator do Recurso de Revisão n.º. 725.132,¹⁰⁴ na sessão do dia 06/10/2010, Tribunal Pleno, que a delegação de competência não exime o Prefeito de suas responsabilidades em vista do poder hierárquico.

Mais recente, afastando-se do entendimento perfilhado no paradigma, no Recurso Ordinário n.º. 809.333,¹⁰⁵ Sessão do dia 23/10/2013, Tribunal Pleno, de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão, decidiu-se pelo afastamento da delegação de competência realizada, em vista da ausência de documentos comprovando esta.¹⁰⁶

Pode-se concluir dos julgados acima referidos - em que pese as orientações destoantes do paradigma firmado - que a responsabilidade, em delegação de competência, recairá somente sobre aquele que cometeu erro ou ilegalidade na execução do ato, ficando isenta a autoridade delegante, salvo nos casos, verificados em cada caso concreto, em que for constatada a ocorrência de culpa *in eligendo e/ou* culpa *in vigilando*, situação em que a autoridade delegante poderá vir a ser responsabilizada por atos irregulares praticados pelo agente delegado.

6CONCLUSÃO

Conforme analisado no estudo empreendido, a desconcentração administrativa é instrumento de organização administrativa, criando, no Município, relações hierarquizadas, a partir das quais o Prefeito possui poderes frente aos demais agentes públicos. Por sua vez, a delegação de competências é o instrumento para a desconcentração, por meio da qual o Prefeito realiza a divisão de sua competência. Consequentemente, a utilidade da delegação de competência varia de acordo com o

¹⁰³No mesmo sentido do paradigma acima, os Processos Administrativos n.º. 672477, n.º. 498888, n.º. 604238, n.º. 677109, n.º. 462642, n.º. 603787, n.º. 651046, n.º. 645647, n.º. 606138, n.º. 439024, n.º. 310016, n.º. 338943, n.º. 672477 e n.º. 623615, Sessões dos dias: 02/06/2009, 25/08/2009, 27/04/2010, 25/05/2010 e 26/06/2012, Primeira Câmara, Relator o Conselheiro substituto Licurgo Mourão. Ainda, na esteira do entendimento modelar, a Representação n.º. 708673, Sessão do dia 21/03/2013, Segunda Câmara, Relator o Conselheiro Mauri Torres.

¹⁰⁴MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Recurso de Revisão n.º 725.132, Pleno, Rel. Conselheiro Eduardo Carone Costa. Julgamento: 06 de outubro de 2010.

¹⁰⁵MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Recurso Ordinário n.º 809.333, Pleno, Rel. Conselheiro Cláudio Terrão. Julgamento: 23 de outubro de 2013.

¹⁰⁶Da mesma forma, em sentido destoante do entendimento que havia sido sedimentado, a Inspeção Ordinária n.º. 748730, Sessão do dia 26/04/2012, Segunda Câmara, relator o Auditor Hamilton Coelho.

tamanho e complexidade da estrutura municipal. Outro ponto a se observar é que, como a competência é dever atribuído legalmente, a transferência de seu exercício é situação excepcional, que exige expressa permissão em lei.

Além disso, deve-se observar que o art. 84, Parágrafo Único da CF/88 delimita quais as matérias passíveis de delegação e, ainda, quem pode ser o destinatário do referido ato, os secretários municipais e o Advogado Geral do Município, estabelecendo a possibilidade de limitação do ato. Não obstante tal previsão constitucional, observa-se que tais requisitos não costumam ser conferidos em sede de controle judicial ou externo.

Nesse sentido, observa-se que é essencial que haja confiança no delegado, além de pertinência entre a matéria tratada e as atividades desenvolvidas pelo delegado, assim como sua capacidade. Afinal, o atendimento a tais condições é forma de garantir a eficiência da atividade desenvolvida.

Ademais, com base na concepção de Aguiar Dias e na teoria do órgão, tem-se que é possível a responsabilização pessoal dos agentes públicos. De tal maneira, os atos cometidos pelo Prefeito são sujeitos a controle judicial, administrativo e externo. Assim, no caso de delegação de competência, enquanto delegante, o Prefeito pode ser responsabilizado em virtude da falta de fiscalização e da má escolha da autoridade delegada, por culpa *in vigilando* e a culpa *in eligendo*.

Nesse sentido, observa-se que a culpa *in vigilando* é admitida pelo TJMG em caso de falha na prestação do serviço público, sendo o responsável, entretanto, o Estado. Já o STJ admite a responsabilização de agentes por culpa *in vigilando* e *in eligendo*. Além disso, há concordância doutrinária e jurisprudencial, do STF e do STJ, de que, em caso de delegação de competência, o delegado responde por seus próprios atos.

No caso do TCU, este admite a responsabilidade do delegado pelas irregularidades cometidas pelo delegante, em vista do dever de fiscalização hierárquica, por culpa *in vigilando* e *in eligendo*, na medida da participação de cada um. No mesmo sentido, o TCE/MG entende que, em regra, a responsabilidade recairá sobre o delegado, ficando isento o delegante. Entretanto, de forma excepcional, o delegante pode ser responsabilizado nos casos em que for constatada a ocorrência de culpa *in eligendo*, culpa *in vigilando*, necessidade de prévia aprovação do ato executado e, por fim, a avocação. Dentre as posições apresentadas acerca do tema exposto, entende-se que a mais adequada é a do TCE/MG.

Dessa maneira, pelos estudos empreendidos conclui-se que o ato de delegação de competência pode mostrar-se extremamente útil para os Prefeitos, como forma de otimizar suas inúmeras atribuições, podendo transferir a execução daquelas que não exigem sua participação direta a outros, assim como aquelas que necessitam de conhecimento técnico. Entretanto, para isso, diversos aspectos devem ser observados, como a elaboração do ato de delegação e a escolha do destinatário deste. Ademais, em caso de má execução das atividades, o Prefeito pode exercer seu poder de correção dos atos, podendo ainda promover o desfazimento do ato de delegação, como, por meio da revogação, caso ache oportuno e conveniente.

Em tal cenário, o meio apropriado para o Prefeito realizar o acompanhamento das ações desenvolvidas pelos delegados é o controle interno, instrumento de viabilização das metas governamentais e de promoção da eficiência no serviço público.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 22 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

ANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os princípios da legalidade e eficiência na ação do controle interno - uma perspectiva pratica. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte, v. 1, n. 5, p. 501-505, maio. 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.12. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL, *Decreto Lei nº 207, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 15 de março de 2014.

BRASIL, *Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 16 de março de 2015.

BRASIL, *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2014.

BRASIL, *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2014.

BRASIL, *Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 030300/Rio Grande do Sul. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 28 de maio de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 601.935/Minas Gerais. Segunda Turma. Rel. Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento: 12 de dezembro de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1294281/Rio de Janeiro, Segunda Turma. Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha. Julgamento: 26 de junho de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 633009/Goiás, Segunda Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 13 de setembro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 24.732/ Distrito Federal, Segunda Turma, Rel. Ministro Celso de Mello. Julgamento: 11 de março de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula nº 510, de 03 de dezembro de 1969.
Disponível em:
<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0510.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1102/2014, 1ª Câmara, Julgamento: 27 de março de 2014.

CAVALHEIRO, Jader Branco; FLORES, Paulo Cesar. *A organização do sistema de controle interno municipal*. 4. ed. Porto Alegre: Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumus Juris, 2009.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. A Lei de Responsabilidade Fiscal como fator determinante para a consolidação do sistema de controle interno definição do entendimento da separação de poderes e o princípio da eficiência no "modelo gerencial" de Estado. *Interesse Público*. Belo Horizonte, v. 12, n. 62, p. 269-298, agosto. 2010.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Delegação administrativa*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 278, 1982, p. 21-27.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- MINAS GERAIS, Constituição do Estado de Minas Gerais. Minas Gerais, Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 1989.
- MINAS GERAIS, *Lei nº 14.184, de 30 de janeiro de 2002*. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=2391>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Consulta nº 724.177, Pleno, Rel. Conselheiro Simão Pedro Toledo. Julgamento: 22 de agosto de 2007.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo administrativo nº 703.839, Segunda Câmara, Rel. Conselheiro Simão Pedro. Julgamento: 26 de fevereiro de 2008.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo administrativo nº 748.435, Segunda Câmara, Rel. Conselheiro substituto Hamilton Coelho. Julgamento: 31 de maio de 2012.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo administrativo nº 703.245, Primeira Câmara, Rel. Conselheiro substituto Licurgo Mourão. Julgamento: 13 de novembro de 2008.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo administrativo nº 692.959, Segunda Câmara, Rel. Conselheiro substituto Gilberto Diniz. Julgamento: 08 de agosto de 2012.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo administrativo nº 708.673, Segunda Câmara, Rel. Conselheiro Mauri Torres. Julgamento: 21 de março de 2013.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo administrativo nº 703.604, Primeira Câmara, Rel. Conselheiro substituto Licurgo Mourão. Julgamento: 04 de agosto de 2009.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Recurso de Revisão nº 725.132, Pleno, Rel. Conselheiro Eduardo Carone Costa. Julgamento: 06 de outubro de 2010.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Recurso Ordinário nº 809.333, Pleno, Rel. Conselheiro Cláudio Terrão. Julgamento: 23 de outubro de 2013.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível nº 1.0103.12.001102-0/001, 3ª Câmara Cível, Rel. Desembargador Judimar Biber. Julgamento: 06 de fevereiro de 2014.
- MORAIS, Maria Aparecida de; OLIVEIRA, Antônio Gonçalves de; NIWA, Tiago Hideki. Controle interno como instrumento de planejamento, organização e transparência na administração pública municipal: o caso do município de Guareí/SP. *Controle Revista do Tribunal de Contas do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. 11, n. 2, p. 217-238, jul./dez. 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Delegação e avocação administrativas*. 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

PONDÉ, Lafayette. *Da delegação administrativa*. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, v. 268, out-dez 1979, p. 9-16.

SANTOS, Sérgio Honorato dos. SANTOS, Yaisa A. Honorato. *O instrumento de delegação de competência não retira a responsabilidade de quem a delega*. BOLETIM DE DIREITO ADMINISTRATIVO - BDA, São Paulo: NDJ, ano 25, n.12, p. 1380-1385, 2009.

SOUSA, Alice Ribeiro de. *Delegação da competência administrativa*. Fórum Administrativo - FA, Belo Horizonte, ano 10, n. 118, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70811>>. Acesso em: 2 maio 2014.