



Inovação na
GESTÃO PÚBLICA
Cooperação Brasil-Espanha

5

**DEMOCRACIA, DIREITO
E GESTÃO PÚBLICA:
TEXTOS PARA DISCUSSÃO**

ORGANIZADORES

SAMUEL A. ANTERO

VALÉRIA ALPINO BIGONHA SALGADO



Inovação na
GESTÃO PÚBLICA

Cooperação Brasil-Espanha

5

**DEMOCRACIA, DIREITO
E GESTÃO PÚBLICA:
TEXTOS PARA DISCUSSÃO**

ORGANIZADORES

SAMUEL A. ANTERO

VALÉRIA ALPINO BIGONHA SALGADO



BRASÍLIA • 2012

GOVERNO BRASILEIRO

PRESIDENTA DA REPÚBLICA
Dilma Rousseff

MINISTRA DO PLANEJAMENTO,
ORÇAMENTO E GESTÃO
Miriam Belchior

SECRETÁRIA-EXECUTIVA
Eva Maria Cella Dal Chiavon

SECRETÁRIA DE GESTÃO PÚBLICA
Ana Lúcia Amorim de Brito

DIRETORA DO DEPARTAMENTO DE
INOVAÇÃO E MELHORIA DA GESTÃO
Valéria Alpino Bigonha Salgado

GOVERNO ESPANHOL

EMBAIXADOR DA ESPANHA NO BRASIL
Manuel de la Cámara Hermoso

COORDENADOR-GERAL DA
COOPERAÇÃO ESPANHOLA NO BRASIL
Jesús Molina Vázquez

DIRETORA DE PROGRAMAS
DA AGÊNCIA ESPANHOLA DE
COOPERAÇÃO INTERNACIONAL
PARA O DESENVOLVIMENTO (AECID)
Margarita García Hernández

DIRETOR DE PROJETOS DA
AGÊNCIA ESPANHOLA DE
COOPERAÇÃO INTERNACIONAL
PARA O DESENVOLVIMENTO (AECID)
Alejandro Muñoz Muñoz

Democracia, Direito e Gestão Pública: textos para discussão / Samuel A. Antero e Valéria Alpino Bigonha Salgado (Orgs.). Fundação Instituto para o Fortalecimento das Capacidades Institucionais – IFCI / Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento – AECID / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG / Editora IABS, Brasília-DF, Brasil - 2012.

ISBN 978-85-64478-11-4
224 p.

1. Advocacia e Administração Pública. 2. Inovação e melhoria na gestão pública. 3. Terceiro Setor. I. Título. II. Fundação Instituto para o Fortalecimento das Capacidades Institucionais – IFCI. III. Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento – AECID. IV. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG. V. Editora IABS.

CDU: 061.1
061.2
351

SUMÁRIO

✦ APRESENTAÇÃO	5
✦ CAPÍTULO I	9
ADVOCACIA DE ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DEMOCRACIA: A FUNÇÃO DA CONSULTORIA JURÍDICA NA FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	
Guilherme F. A. Cintra Guimarães	
✦ CAPÍTULO II	47
LEGALIDADE E LEGITIMIDADE NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988: O PAPEL DO CIDADÃO	
Antonio Carlos Alpino Bigonha Luiz Moreira Gomes Júnior	
✦ CAPÍTULO III	77
ORGANIZAÇÕES SOCIAIS, OSCIPS E SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS: QUAL A DIFERENÇA?	
Valéria Alpino Bigonha Salgado	
✦ CAPÍTULO IV	101
O CONTROLE DA LEGALIDADE DOS ATOS DO PODER EXECUTIVO E A REALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS – O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA EM FACE DA JUDICIALIZAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS	
Wilson de Castro Junior Karine Andréa Eloy Barbosa	
✦ CAPÍTULO V	131
OCUPAÇÃO NO SETOR PÚBLICO BRASILEIRO: TENDÊNCIAS RECENTES E QUESTÕES EM ABERTO	
José Celso Cardoso Jr. Roberto Passos Nogueira	
✦ CAPÍTULO VI	157
COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NO CONTEXTO DA INOVAÇÃO E MELHORIA DA GESTÃO PÚBLICA	
Heloisa Garcia Pinto	
✦ CAPÍTULO VII	189
DESAFIOS DA INOVAÇÃO E MELHORIA DA GESTÃO PÚBLICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA	
Valéria Alpino Bigonha Salgado	
✦ CAPÍTULO VIII	207
A PREVIDÊNCIA SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO: DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 À CRIAÇÃO DA FUNPESP	
Valéria Porto	

APRESENTAÇÃO

Samuel A. Antero*

A série de publicações intitulada “Inovação na gestão pública” resulta da exitosa cooperação técnica entre a Secretaria de Gestão Pública (Segep) e a Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento (Aecid) e surgiu da necessidade de organizar e disseminar o conhecimento produzido na secretaria sobre a temática de gestão pública.

O objetivo da cooperação é identificar novos paradigmas e soluções para a gestão pública democrática voltada para resultados, o que tem possibilitado ao governo brasileiro avançar nos estudos e debates sobre alternativas de organização do aparelho governamental e modelos de avaliação de desempenho e resultados.

O quinto volume dessa série apresenta uma coletânea de oito textos produzidos no contexto do Projeto Ciclos de Debates Direito e Gestão Pública, lançado em 2009, por meio da então Secretaria de Gestão e da Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em parceria com a Associação Nacional dos Procuradores da República, apoiada pelo Ministério Público Federal. O projeto promove o debate entre profissionais das diversas áreas do conhecimento e experiência, do setor público e da sociedade, dando oportunidade ao confronto de conceitos e entendimento acerca da democracia, do direito e da gestão pública.

Os oito textos que constam na publicação abordam variados temas. O primeiro desenvolve uma tese geral sobre a função das atividades de consultoria jurídica desempenhadas pela Advocacia de Estado no âmbito da administração pública, com destaque para os contextos brasileiro e italiano.

O segundo demonstra o processo de apropriação da Constituição operado pela comunidade jurídica e, sobretudo, pelos órgãos da Justiça. Enquanto o terceiro texto aborda a ação executiva do Estado na área social, por meio do

* Diretor nacional do projeto “Inovação na Gestão Pública”.

estabelecimento de vínculos de cooperação entre a Administração Pública Direta e Indireta e entidades civis sem fins lucrativos.

O quarto texto, por sua vez, apresenta o controle da legalidade dos atos do Poder Executivo e a realização dos serviços públicos, com destaque para o papel da advocacia pública em face da judicialização das decisões administrativas.

O quinto consiste na apresentação das tendências recentes e questões em aberto sobre a ocupação no setor público brasileiro, Já o sexto trata da cooperação internacional no contexto da inovação e melhoria da gestão pública.

O sétimo apresenta a atual estratégia brasileira de inovação dos modelos e instrumentos de gestão pública. E o último texto, o oitavo, encerra com o retrato histórico da previdência social do servidor público, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até a criação da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal – Funpresp.

Ressalte-se, por fim, que esta publicação não reflete as diretrizes ou orientações de governo. Trata-se de importante material de pesquisa que poderá inspirar melhorias no modelo de aparelho de Estado no Brasil como resposta aos desafios de uma gestão pública democrática voltada para resultados.

CAPÍTULO I

ADVOCACIA DE ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DEMOCRACIA: A FUNÇÃO DA CONSULTORIA JURÍDICA NA FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS¹

Guilherme F. A. Cintra Guimarães²

RESUMO

O artigo desenvolve uma tese geral sobre a função das atividades de consultoria jurídica desempenhadas pela Advocacia de Estado no âmbito da administração pública, com destaque para os contextos brasileiro e italiano. Com o auxílio da teoria dos sistemas sociais desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, as atividades de consultoria jurídica são descritas como uma espécie de tradução entre os sistemas jurídico e político. A função da consultoria jurídica seria a de traduzir os programas jurídicos que condicionam a atividade política e discricionária da administração pública, com o objetivo principal de contribuir para a legitimidade e a eficiência das políticas públicas necessárias à promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

-
- 1 Este artigo foi originalmente escrito em italiano no âmbito de uma pesquisa sobre Advocacia de Estado realizada junto à Seção de Filosofia e Sociologia do Direito do Departamento de Cultura Jurídica Giovanni Tarello – DIGITA da Faculdade de Direito da *Università degli Studi di Genova*, sob a orientação do Professor Doutor Realino Marra (bolsa de pesquisa “*Alla scoperta dell’Italia*”, 2009/2010). Agradeço ao professor Realino Marra pelas suas importantíssimas críticas e sugestões e pela revisão final do artigo.
 - 2 Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Mestre em “Direito, Estado e Constituição” pela Universidade de Brasília. Pesquisador da *Università degli Studi di Genova* (bolsa de pesquisa “*Alla scoperta dell’Italia*”, 2009/2010). Advogado da União.

1. INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que a figura do especialista em direito, do técnico ou profissional jurídico, esteja sempre circundada do sentimento difuso de desconfiança. Como confiar em alguém que utiliza a instituição sagrada da Justiça como fonte de renda cotidiana? Trata-se de uma situação que produz naturalmente uma desconfiança que acompanha os juristas desde os primórdios do surgimento e diferenciação da sua profissão como papel social autônomo e especializado até os dias atuais³.

Em relação à profissão específica de advogado, o descrédito é ainda maior. Se o juiz pode se “esconder” atrás da figura do terceiro neutro e imparcial, responsável por aplicar a lei e realizar a justiça no caso concreto, o advogado possui o dever profissional de ser parcial, de tomar uma posição e defender uma das partes em conflito. Um papel realmente paradoxal que exige do advogado uma espécie de “parcialidade imparcial”: de um lado, ele deve ser imparcial em relação aos seus deveres com a justiça, e de outro, deve ser parcial na defesa dos interesses dos seus clientes⁴.

O que dizer, então, do advogado do Estado cujos “clientes” são, pelo menos em teoria, todos os cidadãos? Por estar submetido ao controle judiciário, o Estado também precisa de advogados. E como eles podem ser “parcialmente imparciais” na defesa da entidade política que representa a união da coletividade?

A necessidade de uma advocacia específica para o Estado pode ser descrita como resultado da separação dos poderes e da submissão do poder executivo à lei, ideias que se afirmaram durante as revoluções burguesas. A criação de uma instituição especializada responsável por todas as atividades contenciosas e consultivas representa, no entanto, a opção específica de alguns países (Brasil, Itália e Espanha, por exemplo) de atribuir a tutela judicial

3 Cf. M. La Torre, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli 2002.

4 “La dialettica, e la tensione, è tra la parzialità della difesa di una parte e l'imparzialità di una pretesa che si dice essere giustificata ed adottabile in via di principio dal giudice” (M. La Torre, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli 2002, p. 56). Sobre a história, as transformações e os problemas atuais da advocacia nos contextos italiano e europeu, cf. G. Alpa, *L'avvocato: i nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*, Bologna 2005. Optou-se pela tradução para a língua portuguesa apenas das citações de obras em línguas estrangeiras inseridas no próprio corpo do texto, mantendo-se na língua original da edição as citações inseridas nas notas de rodapé.

e a consultoria jurídica do Estado a um único órgão, por razões de eficiência e uniformidade⁵.

As atividades de defesa e assessoramento jurídico ao Estado são essenciais em qualquer regime democrático. Além da importância da separação dos poderes e da existência de uma jurisdição independente capaz de julgar com imparcialidade os conflitos entre o Estado e os cidadãos, a assistência jurídica interna à Administração Pública também é indispensável para assegurar que os órgãos e entidades estatais atuem conforme os princípios e regras que caracterizam o Estado Democrático de Direito.

Diante dessa importância, a Constituição Federal brasileira de 1988, símbolo da redemocratização do país após mais de vinte anos de ditadura militar (1964-1985), realizou uma grande mudança no modelo de assistência jurídica ao Estado. A tutela judicial e extrajudicial da administração federal, — que antes constituía uma das funções do Ministério Público —, e as atividades de assessoramento jurídico, antes desempenhadas pelos diversos departamentos jurídicos dos órgãos e entidades estatais, foram reunidas e atribuídas a uma nova instituição: a Advocacia-Geral da União (AGU).

O objetivo era retirar do Ministério Público a função de representação judicial da administração federal para que ele pudesse se concentrar apenas no desempenho das atividades de controle do Estado e defesa do regime democrático. Além de reunir as funções de defesa e assessoramento jurídico da administração em uma única instituição, por razões de eficiência e uniformidade⁶.

5 No presente artigo, a atenção será direcionada principalmente aos modelos brasileiro e italiano de Advocacia de Estado, ainda que as reflexões teóricas propostas sobre a função da consultoria jurídica no âmbito da administração pública não se restrinjam a algum modelo específico. Sobre a Advocacia de Estado italiana, cf. I. Caramazza, *Consulenza e difesa dello Stato in giudizio: il sistema italiano*, relazione presentata al convegno “Jornadas sobre la ley de asistencia jurídica al Estado e instituciones publicas”, tenutosi a Madrid il 25 e 26 marzo 1998; e G. Manzari, *Avvocatura dello Stato*, in R. Sacco (org.), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino 1987. Sobre a Advocacia de Estado brasileira, cf. R. Macedo, *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*, São Paulo 2008; e J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, Belo Horizonte 2009.

6 Segundo alguns autores, o modelo italiano de Advocacia de Estado (“*Avvocatura dello Stato*”) exercitou uma influência relevante nessa transformação. A existência, na Itália, de uma instituição já consolidada responsável por todas as atividades contenciosas e consultivas teria servido como uma fonte de inspiração para os juristas e políticos que contribuíram para a criação da Advocacia-Geral da União. Cf. R. Macedo, *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*, São Paulo 2008, pp. 61-73.

Após mais de quinze anos de existência⁷, a AGU já progrediu bastante na profissionalização da assistência jurídica ao Estado com grande incremento de eficiência e aumento na economia de recursos públicos. Todavia, a instituição convive ainda com alguns problemas típicos de uma organização relativamente jovem, como a ausência de uma identidade institucional consolidada, a necessidade de melhor integração entre seus diversos departamentos e órgãos internos, e os conflitos administrativos que ocorrem frequentemente envolvendo outros órgãos e entidades públicas sobre os limites e as características das atividades consultivas.

Essas, por sua vez, são exatamente o tema central deste artigo. O papel geral e a função específica da consultoria jurídica no interior da Administração Pública parecem ser muito mais problemáticos e cercados de equívocos e preconceitos do que o papel e a função do contencioso.

Nessa função, a obrigatoriedade do contraditório e da ampla defesa ajuda a delimitar de modo mais claro e preciso o que deve fazer o advogado público: defender o Estado em juízo ou, então, representá-lo contra algum indivíduo ou entidade, assim como fazem todos os advogados em geral. Na consultoria, ao contrário, a situação é um pouco mais complexa. O advogado participa (ou ao menos deveria participar) de todo o processo de formulação e execução das políticas públicas⁸. Direito e política estão em contato direto no âmbito da mesma organização, critérios jurídicos e critérios políticos de decisão se sobrepõem continuamente. Se nos tribunais a linguagem técnico-jurídica familiar aos advogados predomina, na Administração Pública eles são obrigados a lidar com uma linguagem político-administrativa à qual normalmente não estão muito habituados. Isso torna ainda mais complexo o dever paradoxal de tratar com “parcialidade imparcial” os interesses públicos, do Estado e de toda a coletividade dos cidadãos⁹.

7 Não obstante tenha sido prevista na Constituição Federal de 1988, a AGU só foi oficialmente instituída em 1993 com a edição da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993.

8 O termo política pública deve ser entendido neste artigo como a ação organizada e procedimental do Estado que tem como objetivo fornecer ou regular o fornecimento de bens e serviços aos cidadãos, como forma de promoção de direitos fundamentais e legitimada pela possibilidade de participação e controle social. Sobre a relação entre direito administrativo e políticas públicas, cf. M. P. Buccini (org.), *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, São Paulo 2006.

9 Sobre o caráter “mitológico” da concepção tradicional acerca da unidade, neutralidade e superioridade dos interesses públicos, cf. S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto: un giurista e il suo tempo*, Bologna 2008, p. 58-59.

No contexto brasileiro, a ideia de que a função da consultoria jurídica seria a de um controle interno de legalidade dos atos administrativos¹⁰ tem sido difundida aos poucos. Como resultado dessa compreensão – um tanto quanto distorcida para nós –, os órgãos de consultoria tendem a se concentrar muito mais no controle prévio de atos e procedimentos isolados ao invés de contribuírem de forma mais ativa e participativa na formulação e execução jurídica das políticas públicas. Isso produz desconfiância por parte dos órgãos de gestão e as consequentes dificuldades de diálogo e compreensão.

A partir do exemplo fornecido pelo contexto brasileiro e da necessidade de desenvolver criticamente um ponto de vista alternativo, o objetivo principal deste artigo é propor uma tese mais genérica sobre o papel e a função da consultoria jurídica no âmbito da administração pública. Em vez de controle, falaremos de “tradução” das normas e de toda a linguagem técnico-jurídica no processo de formulação e execução de políticas públicas como função específica da consultoria jurídica¹¹.

De acordo com essa tese, reconhecendo o caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno, os órgãos de consultoria jurídica deveriam se concentrar, principalmente, na análise das consequências e riscos jurídicos de cada decisão administrativa específica e não apenas proporem interpretações unilaterais e definitivas sobre os posicionamentos jurídicos que devem ser assumidos pela administração. Ao invés de apresentarem somente as soluções consideradas corretas de acordo com seus respectivos pontos de vista, os advogados deveriam demonstrar quais são as interpretações possíveis para cada caso, os riscos e consequências possíveis (possibilidades de demandas judiciais, consequências na interpretação de casos similares, etc.). Isso pressuporia, então, uma compreensão menos individualista e mais institucional das atividades de consultoria na qual o mais importante não são as opiniões específicas de cada advogado em particular, mas, sim, a possibilidade de conferir transparência e publicidade aos diversos fundamentos e critérios jurídicos que orientam as decisões estatais,

10 Cf. R. Macedo, *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*, São Paulo 2008, p. 110-157; e J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, Belo Horizonte 2009, p. 129-137 e 465-483.

11 Devo agradecer ao amigo Renato Bigliuzzi por ter me sugerido, originalmente, pensar as atividades de consultoria jurídica como uma espécie de tradução. Sobre essa ideia original e tantas outras desenvolvidas ao longo deste artigo, posso dizer, com sinceridade, que o crédito é todo seu.

tendo sempre em vista o objetivo principal de contribuir para a eficiência e a legitimidade das políticas públicas.

O artigo está dividido em três partes. Na primeira são identificados, analisados e desconstruídos dois obstáculos do positivismo jurídico sob a compreensão adequada das atividades de consultoria conforme os princípios do Direito: (i) a imagem ainda presente na cultura jurídica da interpretação como atividade mecânica de subsunção de casos concretos da vida real a normas gerais e abstratas, e (ii) a concepção tradicional do princípio da legalidade de acordo com a qual à Administração Pública compete apenas a execução passiva das leis aprovadas pelo parlamento.

Na segunda parte é desenvolvida a tese central do artigo, isto é, a da consultoria jurídica como atividade de tradução entre direito e política. Na terceira é feito um breve comentário sobre o diagnóstico de crise da política que caracteriza a época atual, uma vez que certo preconceito generalizado contra a atividade política representaria, ao mesmo tempo, uma causa e um efeito do modelo da consultoria jurídica como atividade de controle. Modelo que é refutado neste trabalho. Ao final, é feito um apanhado geral conclusivo das ideias desenvolvidas ao longo do artigo e são apresentadas algumas propostas para o futuro da Advocacia de Estado no Brasil.

2. OS OBSTÁCULOS DO POSITIVISMO JURÍDICO A UMA COMPREENSÃO ADEQUADA DA CONSULTORIA JURÍDICA: INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O positivismo jurídico é ainda hoje um paradigma dominante na teoria e na prática do direito. Os princípios, conceitos e métodos continuam influenciando o ensino do Direito nas universidades e o cotidiano das atividades forenses em todo o mundo ocidental, não obstante as diversas teorias críticas desenvolvidas, principalmente, a partir da segunda metade do século passado. Em síntese, pode-se caracterizá-lo como a abordagem científica ao direito; (a) comprometida com a construção e utilização de um método específico capaz de fornecer descrições neutras sobre o fenômeno jurídico; e (b) que concebe o Direito como um sistema de normas produzidas pelos órgãos oficiais do Estado¹².

12 Para uma análise mais rica e aprofundada, cf. o clássico N. Bobbio, *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*, Torino 1996.

Para que as atividades de consultoria jurídica desenvolvidas pela Advocacia de Estado possam ser descritas de forma mais adequada, devem ser inicialmente superados dois obstáculos teóricos derivados da tradição positivista: (i) a idéia, atualmente um tanto quanto ingênua, segundo a qual a interpretação jurídica pode ser reduzida a uma atividade mecânica de subsunção de casos concretos da vida real a normas gerais e abstratas; e (ii) a concepção clássica do princípio da legalidade que atribui à Administração Pública a função passiva de simples executora das leis aprovadas pelo parlamento.

Ambos os obstáculos têm origem em uma descrição hierárquica da separação dos poderes característica do iluminismo revolucionário do século XVIII e posteriormente herdada pelas teorias jurídicas positivistas do século XIX. A substituição da soberania de origem divina do monarca pela soberania popular de origem democrática como fonte de legitimação do poder foi acompanhada pela identificação do parlamento como legislador onipotente e racional, encarregado de traduzir a vontade geral do povo em leis gerais e abstratas capazes de regular diretamente todos os aspectos da vida social. Aos demais poderes foram atribuídas, então, funções subalternas de aplicação das normas já legitimamente produzidas pelo legislador: o judiciário na resolução dos conflitos, e somente quando requerido pelos interessados, e o executivo na administração cotidiana dos negócios do Estado, ainda reduzidos se considerado o contexto dos Estados liberais pós-revolucionários¹³.

Uma característica dessa descrição hierárquica é a centralidade quase absoluta da lei no processo de produção e aplicação do Direito. O Direito é, assim, reduzido à lei produzida pelo Estado, que deve ser suficientemente

13 Essa é, obviamente, uma descrição bastante simples e superficial. Os eventos históricos dos períodos revolucionário e pós-revolucionário, relacionados ao tema da separação dos poderes, são muito mais complexos do que se poderia dizer em um único parágrafo. O movimento de codificação do direito na França, por exemplo, foi guiado não por um parlamento livre composto pelos legítimos representantes do povo, mas, sim, por uma comissão de juristas sob o controle direto do imperador. E na Alemanha, os teóricos do Estado tiveram que ser bastante “criativos” para conciliar o ideal de um governo das leis com os poderes absolutos (ou quase absolutos) do monarca. Sobre as diversas formas de traduzir a forma do “*rule of law*” nas tradições anglo-americana, francesa e alemã, cf. M. Rosenfeld, *The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy*, in *Southern California Law Review*, Los Angeles 2001. Sobre a relação entre absolutismo, iluminismo e os movimentos de codificação, cf. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976. Sobre os paradoxos e contradições que acompanharam a invenção e afirmação da concepção moderna de soberania popular, cf. J. Magalhães, *O paradoxo da soberania popular: o reentrar da exclusão na inclusão*, in *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte 1998. Sobre as origens teológicas do conceito moderno de soberania, cf. G. Agamben, *Il Regno e la Gloria: per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, Vicenza 2007.

simples e clara para poder ser interpretada de forma literal e dedutiva pelos juízes e administradores. Uma espécie de “fetiche da legalidade” que acompanhou todo o positivismo jurídico oitocentescos e que ainda hoje se faz presente na dogmática jurídica tradicional, mesmo que de forma velada.

Em relação ao Poder Judiciário, a distinção hierárquica entre legislação e jurisdição produz a ilusão de que a interpretação jurídica seja uma atividade mecânica. As leis aprovadas pelos órgãos competentes devem determinar diretamente a decisão do juiz, descrito como um simples agente encarregado de expressar nas situações concretas, a vontade prévia do legislador.

Na verdade, a distinção serve para ocultar o fato de que o Direito regula a sua própria produção. Em outras palavras, a distinção encobre o paradoxo derivado da constatação de que o juiz cria, ao interpretar a lei produzida pelo legislador, o Direito que ele mesmo aplica. Ela permite que as atividades de produção e aplicação do Direito sejam concebidas como separadas. De um lado, há a formulação de leis gerais e abstratas, cuja modificação é justificada por motivos políticos, e de outro, a aplicação individualizada dessas leis às situações particulares, em que devem ser levadas em conta as especificidades de cada caso concreto. Pode-se admitir que os juízes, por estarem vinculados à lei produzida pelo parlamento, decidam de maneira livre e independente, embora essa vinculação seja objeto de interpretação¹⁴.

Do dogma da onipotência e racionalidade do legislador derivam também os dogmas da ausência de lacunas na lei e da completude do ordenamento jurídico. Isto é, a descrição do Direito como um sistema fechado, completo e coerente de normas previamente aprovadas pelo legislador (ou, ao menos, já explicitadas nas decisões precedentes dos tribunais), que regula ainda que de forma implícita todas as situações concretas de aplicação, não deixando qualquer espaço para a criatividade e a iniciativa inovadora do intérprete.

A situação, no entanto, se modifica durante o século XX. As transformações contínuas e sempre mais velozes das estruturas sociais, especialmente a transição do Estado liberal para o social, apresentam novos problemas para a teoria do Direito¹⁵. A percepção da crescente complexidade dos fenômenos

14 Sobre essa função paradoxal da distinção legislação/jurisdição, cf. N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México 2005, p. 367-372.

15 Para uma análise sintética da transição do Estado liberal para o Estado social, cf. C. Araújo Pinto, *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*, in C. F. Pereira (org.), *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*, Belo Horizonte 2003, p. 32-46.

sociais, em conjunto com a multiplicação de normas variadas e, em grande parte, desconexas, coloca em xeque a concepção positivista da interpretação jurídica como atividade mecânica de subsunção. A complexidade dos fatos e a patente imprecisão do material legislativo produzido pelo parlamento evidenciam o papel criativo e construtivo do juiz e da Administração Pública na interpretação e aplicação do Direito¹⁶.

A interpretação se torna, assim, o problema fundamental da teoria jurídica. A partir das novas teses e ideias desenvolvidas pela filosofia da linguagem das primeiras décadas do século, em particular, a partir da “virada linguística” guiada pelo filósofo austríaco Ludwig Wittgenstein, autores clássicos como Hans Kelsen e Herbert Hart, mesmo que ainda inseridos na tradição positivista, introduzem o debate sobre a “indeterminação estrutural” ou “textura aberta” do Direito, ou seja, a impossibilidade de controlar previamente o significado das normas jurídicas, seja por meio da legislação, dos modelos dogmáticos produzidos ou pela ciência jurídica. Reconhecendo o caráter ativo e criativo da interpretação jurídica, ambos os autores admitem que os seus resultados não podem ser totalmente determinados ou mesmo previstos com antecedência, pois dependem sempre das particularidades e características de cada situação concreta de aplicação¹⁷.

A teoria do direito inicia, então, a descrever a interpretação não como uma atividade de descoberta do sentido jurídico previamente contido na lei, mas, sim, como uma verdadeira atividade de criação e produção de direito, na qual as preferências e as escolhas específicas do intérprete desempenham um papel fundamental. Os teóricos começam a se ocupar da análise das diversas possibilidades de leitura dos textos normativos e do papel da argumentação baseada em princípios

16 De acordo com Jürgen Habermas: “*I temi che stanno al centro dell’attuale critica del diritto vertono sulla diminuita forza vincolante delle leggi parlamentari e sulla crisi della divisione dei poteri nell’ambito di un Stato gravato da compiti crescenti e qualitativamente inediti. Finché l’amministrazione classica poteva limitarsi a mantenere l’ordine in una società mercantile affidata all’autoregolazione economica, essa doveva intervenire soltanto quando quell’ordine – fissato dal diritto costituzionale e dallo Stato di diritto – veniva disturbato. A questi casi si attagliava una legge generale e astratta, che precisa delle fattispecie tipiche in concetti giuridici certi, collegandole a conseguenze giuridiche ben definite. Il senso dell’ordinamento giuridico consisteva infatti nel mettere al riparo la libertà giuridica dei privati cittadini dalle interferenze di un apparato statale limitato a custodire l’ordine. Ma non appena l’amministrazione prese ad essere utilizzata dal legislatore dello Stato sociale per compiti di pianificazione e controllo politico, la legge nella sua forma classica non poteva più bastare a programmare la prassi amministrativa*” (J. Habermas, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, p. 510).

17 Cf. H. Kelsen, *Teoria pura do direito*, São Paulo 2006, p. 387-397; e H. Hart, *O conceito de direito*, Lisboa 2005, p. 137-149. Para uma contextualização dos dois autores em relação aos novos paradigmas propostos pela filosofia da linguagem da primeira metade do século XX, cf. H. Simon, *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*, Belo Horizonte 2006.

na construção das decisões jurídicas¹⁸. Partindo dos princípios, autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy desenvolvem uma crítica radical ao modelo positivista tradicional do direito como sistema fechado e completo de regras aplicáveis por meio de um procedimento simples de subsunção¹⁹. Desta forma, a atividade de interpretação é elevada ao patamar de operação central do sistema jurídico.

Se interpretar significa criar, construir, fazer escolhas, lidar com princípios e argumentos complexos, e não simplesmente deduzir, a partir da lei, a norma aplicável aos fatos, uma vez que as leis devem sempre ser interpretadas antes de serem “executadas”, resta uma questão: Como é possível descrever a atividade da Administração Pública a partir do tradicional princípio da legalidade, segundo o qual administrar significa somente “executar a lei”?

A atividade administrativa é, sem sombra de dúvidas, a maior e mais onerosa, diversificada e onipresente das atividades estatais. Consequentemente, é também a que representa maior risco à liberdade dos cidadãos. Isso explica a importância histórica da fórmula clássica do princípio da legalidade administrativa: a administração pode fazer apenas aquilo que foi previamente autorizado pela lei. Desta forma, deve circunscrever-se aos limites teoricamente estabelecidos pelos próprios cidadãos representados em parlamento²⁰.

18 Sobre o tema da argumentação jurídica, cf. o clássico N. MacCormick, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, São Paulo 2006. No contexto italiano, as pesquisas sobre o tema da interpretação e da linguagem do direito em geral foram explorados por autores importantes como Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli e Giovanni Tarello. Esse último desenvolveu, em conjunto com outros representantes da chamada “escola genovesa” como Riccardo Guastini e Paolo Comanducci, uma teoria cética da interpretação que submete à crítica as principais premissas do modelo da interpretação jurídica como atividade mecânica de subsunção. Cf. R. Guastini, *Nuovi studi sull’interpretazione*, Roma 2008; e P. Chiassoni, *L’ineluttabile scetticismo della “scuola genovese”*, in P. Comanducci e R. Guastini (org.), *Analisi e diritto* 1998. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino 1999.

19 Cf. R. Dworkin, *O império do direito*, São Paulo 2003; e R. Alexy, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, in *Revista Doxa*, 1988.

20 Segundo Sabino Cassese: “Dalla necessaria superiorità dell’interesse pubblico e dalla forza vincolante della decisione amministrativa è agevole il passaggio alla nozione di supremazia della pubblica amministrazione. Contro questa posizione di forza del diritto amministrativo si svilupperà il principio di legalità. (...) Divenuti rappresentativi i parlamenti, questi, infatti, utilizzarono la legge come strumento di tutela dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni” (S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari 2003, p. 152). Sobre as origens autoritárias da concepção moderna de administração pública na França e sobre o desenvolvimento do direito administrativo no contexto de uma maior democratização do Estado e da administração, cf. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano 2000, p. 15-90. A simples invenção do princípio da legalidade não significa, porém, que a administração tenha se submetido automaticamente aos limites impostos pelo parlamento. A história jurídico-política dos últimos dois séculos desmente claramente essa idealização ingênua, pois os governos autoritários conseguiram, com frequência, impor exceções ao princípio da legalidade típico do Estado de direito, ao menos nas situações descritas como situações de “emergência”. Cf. G. Aganbem, *Stato di eccezione*, Torino 2003.

Trata-se de um princípio verdadeiramente democrático, especialmente se acompanhado das possibilidades de controle judicial dos atos administrativos e de responsabilização do Estado por danos causados aos particulares.

O conteúdo democrático do princípio da legalidade não deve, todavia, ser confundido com a concepção tradicional da Administração Pública como mera executora passiva das leis aprovadas pelo parlamento. Administrar não significa simplesmente aplicar passivamente a lei. Quem quer que tenha um mínimo de contato com o cotidiano de uma organização administrativa é capaz de perceber que essa imagem passiva e simplificadora não corresponde à realidade, principalmente no contexto de um Estado regulador e intervencionista²¹. Trata-se apenas de um mito produzido pelo positivismo jurídico oitocentescos. De acordo com Sabino Cassese:

[...] é provável que o paradigma da administração como execução de leis jamais tenha encontrado correspondência no direito positivo. Se hoje ele é desmentido pelo direito positivo, o era ainda mais nos Oitocentos, quando menor era o peso do Parlamento e menos extensa a área regula por leis. Como se explica, então, o sucesso da fórmula? É provável que a explicação deva ser procurada em um fator ideológico, sucessivamente teorizado. Trata-se da influência do liberalismo e do positivismo, os quais, para fornecer uma proteção ao cidadão e um fundamento seguro de observação à ciência, apontaram tudo para a lei. Para eles, o direito é o produto de uma vontade constitucionalmente habilitada (o Parlamento) e a administração tende a desaparecer por detrás das leis. Desse modo, as escolas positivistas se meteram em um labirinto inextricável. Tiveram, na verdade, que explicar por que a administração, sendo mera execução de leis, gozava de tanta liberdade de escolha. E recorreram a dois argumentos. Afirmaram que somente em alguns casos existe tal liberdade de escolha, sendo a atividade administrativa, em regra, vinculada (invertendo, assim, os termos reais do problema). E sustentaram que, para explicar os casos

21 A tradição estadunidense das *"independent agencies"* ou *agências reguladoras*, posteriormente difundida em quase todo o mundo ocidental no contexto das reformas administrativas do último quarto do século XX, é um exemplo claro da complexidade e multiplicidade das tarefas impostas às organizações administrativas modernas, cujas atividades não podem ser descritas simplesmente como mera *"execução de leis"*.

nos quais estava presente essa liberdade de escolha, era necessário recorrer à discricionariedade, uma coisa diversa da autonomia²².

A fórmula da discricionariedade é uma fórmula paradoxal (ou uma forma) que contém uma distinção, entre vinculação e discricionariedade. Ambos os lados da distinção têm sentido somente se referidos um ao outro, isto é, ao seu respectivo sentido oposto²³. Fala-se de discricionariedade da administração apenas porque a administração é concebida como uma atividade vinculada à lei. É para justificar a sua frequente liberdade de escolha que se diz que, ainda que programada pela lei, a administração possui poderes ou competências discricionárias, ou seja, não vinculadas (ou não totalmente) à própria lei.

No Direito Administrativo, a fórmula da discricionariedade da Administração Pública reflete o fato de que as decisões administrativas, não obstante sejam condicionadas juridicamente, são, na maioria dos casos, decisões políticas, e não jurídicas, pois a administração é uma organização do sistema político, e não do sistema jurídico²⁴.

Mas qual seria a diferença entre decisões jurídicas e políticas? E o que significa ser uma organização do sistema político?

Em uma democracia, a separação dos poderes pode ser descrita como um mecanismo de escalonamento e filtro da influência política sobre os diversos órgãos estatais. Se o legislativo é o espaço legítimo dessa influência e o judiciário o espaço onde ela é geralmente considerada ilegítima, na

22 S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano 2000, p. 43-44 (tradução livre). Sobre outros mitos do positivismo jurídico em relação aos conceitos, métodos e princípios do direito administrativo, cf. S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto: un giurista e il suo tempo*, Bologna 2008, p. 57-63.

23 Sobre essa “lógica das formas” (“law of forms”), que trabalha sempre com os conceitos de distinção e paradoxos, introduzida no debate científico pelo matemático inglês George Spencer Brown, cf. N. Luhmann, *Introducción a la teoría de sistemas*, México 1996, p. 61-75. Sobre os paradoxos do sistema jurídico, cf. N. Luhmann, *The third question: the creative use of paradox in law and legal history*, in *Journal of Law and Society*, Cardiff 1988; e J. Magalhães, *Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica*, in C. E. Boucault e J. R. Rodriguez (org.), *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*, São Paulo 2002.

24 No presente artigo, direito e política devem ser compreendidos como sistemas sociais autônomos e funcionalmente diferenciados no sentido proposto pela teoria da sociedade moderna desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann. Cf. N. Luhmann e R. De Giorgi, *Teoria della società*, Milano 1994. Sobre os principais conceitos da teoria da sociedade de Luhmann, cf. C. Baraldi, G. Corsi e E. Esposito, *Luhmann in Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, Milano 1996.

Administração Pública deve-se em parte aceitar a sua legitimidade e em parte refutá-la em nome do Direito²⁵.

O direito em geral e os direitos constitucional e administrativo, em particular, desempenham uma função de neutralização parcial da influência política sobre as decisões da administração pública. Na verdade, eles delimitam o espaço do que é jurídico e deve, então, ser tratado de acordo com critérios jurídicos, enquanto o que é político deve ser tratado segundo critérios políticos. Esse é o verdadeiro sentido da distinção vinculação/discricionariedade: indicar, de um lado, que existem limites ou vínculos impostos pelo direito às atividades administrativas, e de outro, que existem também espaços nos quais a administração é livre para decidir de acordo com critérios (técnicos, políticos, econômicos) que escapam a qualquer tipo de controle jurídico. No final das contas, trata-se sempre da definição (ou disputa) dos confins entre o jurídico e o político²⁶.

Direito e política podem ser descritos como sistemas sociais autônomos que realizam funções sociais diversas. Ao direito compete a generalização e estabilização das expectativas normativas de conduta. A política, por sua vez, é responsável pela produção das decisões que vinculam a coletividade. Enquanto as decisões jurídicas são programadas de forma condicional, de acordo com a fórmula se/então, orientando-se à correção ou reparação de ações realizadas no passado, as decisões políticas são guiadas a partir de programas teleológicos ou finalísticos, segundo a fórmula meio/fim, e são voltadas à produção de consequências específicas no futuro²⁷.

O importante é que entre direito e política existe uma verdadeira diferenciação de base na comunicação que pode ser percebida no momento em que se devem analisar as consequências jurídicas de uma decisão político-administrativa, isto é, nas atividades cotidianas desempenhadas pelos órgãos de consultoria jurídica do Estado. Enquanto a política se preocupa em produzir decisões que possam atingir os objetivos prometidos ou acordados nos processos de negociação e discussão entre as organizações estatais e os diversos grupos políticos e sociais, o direito se preocupa em assegurar que

25 Cf. N. Luhmann, *Sociologia do Direito II*, Rio de Janeiro 1985, p. 45-46.

26 Sobre a constituição como mecanismo de acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, cf. N. Luhmann, *La costituzione come acquisizione evolutiva*, in J. Luther, P. P. Portinaro e G. Zagrebelsky (org.), *Il futuro della costituzione*, Torino 1996.

27 Sobre a diferenciação funcional dos sistemas jurídico e político, cf. N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México 2005; e N. Luhmann, *Teoría política en el Estado de bienestar*, Madrid 1994.

essas decisões estejam de acordo com as normas que regulam a atuação e o funcionamento do Estado.

A existência dessa diferença nas formas de comunicação constitui frequentemente uma fonte de problemas no relacionamento entre órgãos de consultoria jurídica e órgãos de gestão. Problemas que não se limitam a simples dificuldades de compreensão entre diferentes órgãos estatais, mas que possuem também um impacto sobre a qualidade das políticas públicas implementadas pelo Estado.

Esses problemas parecem ser o resultado da ausência de uma compreensão adequada acerca da função da consultoria jurídica, em grande parte, devido à persistência do “mito” positivista da Administração Pública como simples executora passiva da lei. Esse o ponto central: no contexto de um Estado regulador e intervencionista, administrar não significa simplesmente executar as leis, mas, sobretudo, fazer política. O que significa formular e executar políticas públicas a partir das orientações e diretrizes aprovadas pelo parlamento com o objetivo de promover os direitos fundamentais dos cidadãos²⁸. Portanto, a imagem clássica do positivismo oitocentescos é anacrônica e não corresponde à realidade da Administração Pública hodierna, sobrecarregada de encargos regulatórios, de prestação de serviços, de prevenção dos novos riscos tecnológicos e ambientais, etc. De acordo com Jürgen Habermas:

[...] sobrecarregada pelos encargos de regulação, a administração não pode mais se limitar, no quadro de unívocas competências normativas, a dar execução às leis de maneira especializada e normativamente neutra. Segundo o modelo espartocrático, a administração deveria apenas

28 De acordo com Luhmann: “(...) sería equivocado ver que lo fundamental de la administración política consiste en la aplicación de leyes. Ya no nos encontramos en la situación de la modernidad temprana en la que no existía otra cosa, en la administración local, que tribunales. La obligación de observar la ley por parte de la administración pública, lograda en el siglo XIX es algo indiscutible. Pero esa obligación sólo ofrece la posibilidad de que se recurra al derecho en caso de que surjan dificultades. Y aún análisis actuales que investigan la “implementación” de los programas aprobados jurídicamente, e que se quejan o de los defectos jurídicos correspondientes, o del procedimiento equivocado típicamente burocrático, parten, con frecuencia, del prejuicio de que las leyes deberían ser puestas “en práctica”. El gobierno estatal y la administración son, sin embargo, de arriba a abajo, una organización del sistema político. Este sistema realiza política y no derecho – con la salvedad de que en cualquier momento puede saltar la pregunta de si esto ocurre legal e ilegalmente. Con esta pregunta, la comunicación cambia la aguja del sistema a que hace referencia” (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México 2005, p. 497). Poderíamos acrescentar: essa pergunta sobre a legalidade ou ilegalidade de uma decisão política qualquer que “muda a agulha” da comunicação é direcionada principalmente aos órgãos de consultoria jurídica do Estado.

adotar decisões pragmáticas: um ideal ao qual ela jamais pode ater-se. Mas na moderna administração “prestadora de serviços”, acumulam-se problemas que requerem, em alguns casos, uma ponderação de bens coletivos, em outros, uma escolha entre finalidades concorrentes, em outros ainda, um juízo normativo sobre casos particulares. Esses problemas, para serem tratados racionalmente, requerem discursos de fundação e de aplicação que ultrapassam os confins profissionais de um cumprimento normativamente neutro de funções²⁹.

A complexidade e multiplicidade das atividades administrativas não se adaptam, então, ao modelo teórico da simples execução de leis. Obviamente, isso não quer dizer que a administração não esteja vinculada à lei. A lei é o principal instrumento de programação da administração, mas não é capaz de determinar previamente todas as suas decisões e de apontar sempre, e em todos os casos, aquilo que ela pode e não pode fazer. Assim como não é capaz de regular previamente todas as suas respectivas situações de aplicação, pois as normas devem sempre ser interpretadas, e interpretar também significa criar, construir, produzir alguma coisa nova. Por isso se fala em discricionariedade administrativa, ainda que a administração tenha sempre o dever de observar a lei. Na verdade, em uma democracia, esse é um dever de todos³⁰.

29 J. Habermas, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, p. 521 (tradução livre). Ainda segundo Habermas: “(...) lo schema classico della divisione dei poteri diventa sempre meno sostenibile nella misura in cui le leggi perdono la forma di programmi condizionali e assumono quella di programmi finalizzati. Di solito anche queste leggi materializzate si presentano come norme generali, ossia formulate senza “nomi e cognomi” e rivolte a un numero impreciso di destinatari. Tuttavia esse contengono clausole generali e concetti giuridici indeterminati, oppure programmi concreti che, non diversamente dai provvedimenti specifici, lasciano all’amministrazione ampi margini di discrezionalità. Ampliandosi l’intervento attivo dello Stato, la materializzazione di sempre nuovi ambiti giuridici ha progressivamente indotto l’amministrazione a fornire pianificazioni e prestazioni concretamente programmate, esorbitando sempre più dall’implementazione meramente tecnica (e normativamente neutrale) di norme generali e sufficientemente determinate” (J. Habermas, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, p. 525-526). O diagnóstico da teoria dos sistemas é mais ou menos o mesmo: “Aquello que desde la perspectiva jurídica aparece como aplicación de la ley, la administración pública lo practica, más bien, como un comportamiento orientado hacia la resolución de problemas. En especial, desde que la administración pública se extendió inmensamente al orientarse hacia las tareas del Estado de bienestar y, más recientemente, hacia las tareas ecológicas, cada vez menos se trata de problemas jurídicos que se presentan bajo la forma de casos, sino de circunstancias sobre las que hay que influir: pureza del agua y del aire; establecimiento de industrias; absentismo escolar y alcoholismo; aligerar e organizar el tráfico” (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México 2005, p. 497).

30 Sobre as modificações recentes na teoria do direito administrativo e na ciência da administração, cf. J. Català, *Direito e Gerenciamento nas Administrações Públicas: notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas*, in *Revista do Serviço Público*, São Paulo 1996.

Tendo como referência a diferenciação funcional entre direito e política, as organizações da Administração Pública devem ser descritas como organizações do sistema político, assim como os tribunais são organizações do sistema jurídico³¹. Implementar políticas públicas significa, acima de tudo, contribuir para a formação e a execução das decisões políticas que vinculam a coletividade. Decisões, na maioria dos casos, discricionárias, voltadas à produção de consequências futuras e orientadas a partir da fórmula meio/fim, que implicam escolhas entre alternativas diversas e que impõem a avaliação de inúmeros critérios técnicos, políticos e econômicos, além da essencial consideração dos vínculos e limites jurídicos existentes³².

Assim como um tribunal, a Administração Pública também deve interpretar o direito. Interpretação que não é nunca mecânica e requer sempre criatividade e competência no tratamento de regras, princípios e argumentos complexos³³. Os objetivos, porém, são diversos. Os juízes interpretam o direito para decidir, em definitivo, quem tem e quem não tem direito em um caso concreto. Portanto, são obrigados – uma vez que, devido à proibição do “*non liquet*”, “a não decisão não é permitida” – a apresentar e justificar as suas próprias decisões como se fossem as “únicas respostas corretas”, ainda que,

31 O próprio sistema político pode ser dividido em três espaços distintos: o da política em sentido estrito, no qual se desenvolvem os conflitos e as conciliações de interesses que resultam na produção das principais decisões de governo (parlamento, órgãos de cúpula do governo, partidos políticos), o espaço da administração, responsável pela execução concreta das decisões produzidas no espaço da política em sentido estrito (organizações burocráticas da administração pública), e o espaço do público que exerce pressão, participa da formulação e realiza o controle das decisões estatais (associações de classe, movimentos sociais, sociedade civil organizada). Cf. N. Luhmann, *Teoría Política en el Estado de Bienestar*, Madrid 1994, p. 61-66. Sobre a posição dos tribunais no sistema jurídico, cf. N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México 2005, p. 359-399.

32 Para caracterizar uma decisão como política ou jurídica importam tanto o órgão que a produziu (parlamentar, administrativo ou judicial), quanto os critérios utilizados na sua formulação. Decisões jurídicas caracterizam-se pela sua programação do tipo condicional: dadas certas circunstâncias, deve-se adotar uma decisão que aponte quem tem e quem não tem direito. Já as decisões políticas são adotadas de acordo com programas teleológicos, que se orientam em direção ao futuro: o importante é identificar os meios que permitam a obtenção dos resultados apontados como desejáveis. Logo, quando as organizações da administração pública funcionam como uma espécie de “tribunal administrativo”, as suas respectivas decisões, assim como as comunicações produzidas acerca da sua formulação e execução, podem ser, a depender da hipótese e dos procedimentos utilizados, de natureza muito mais jurídica do que política.

33 De acordo com Habermas: “*Accollandosi compiti del legislatore politico e dando esecuzione a programmi da essa stessa stabiliti, l'amministrazione deve decidere in propria gestione molte questione di fondazione e di applicazione normativa. Si tratta di questioni che non sono decidibili in base a criteri di efficienza, ma che richiedono piuttosto un trattamento razionale di ragioni normative*” (J. Habermas, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, p. 517).

obviamente, existam sempre várias formas de ler um texto normativo³⁴. Já a administração interpreta o direito não simplesmente para executar passivamente a lei, mas, sobretudo, para esclarecer quais são os vínculos jurídicos que delimitam a sua discricionariedade na implementação das políticas públicas. Daí a necessidade de “traduzir” os confins produzidos pelo direito a sua liberdade política de escolha, ou seja, a necessidade de consultoria jurídica.

3. A CONSULTORIA JURÍDICA COMO ATIVIDADE DE “TRADUÇÃO”

“(...) toda tradução é somente um modo sempre provisório de lidar com a estranheza das línguas. Outra solução que não temporária e provisória, uma solução instantânea e definitiva dessa estranheza, permanece vetada aos homens ou não é, em todo caso, diretamente perseguível” (Walter Benjamin, “Il compito del traduttore”)³⁵.

Traduzir é uma tarefa complexa e paradoxal. As línguas nunca são completamente traduzíveis entre elas. E, no entanto, é preciso traduzi-las. Cada palavra ou expressão possui uma história própria e específica que é peculiar à língua de origem. História nem sempre compartilhada pelas outras línguas nas quais a mesma palavra ou expressão deve ser traduzida. De acordo com Benjamin: “Que uma tradução, por melhor que seja, jamais possa significar alguma coisa para o original é algo bastante evidente. E todavia, ela mantém uma relação íntima com o original em razão da sua traduzibilidade”³⁶.

Essa imagem da tradução é útil como uma espécie de metáfora que nos ajuda a visualizar melhor as funções dos advogados públicos no desempenho das atividades de consultoria jurídica ao Estado. Os advogados devem traduzir a

34 Sobre a função da proibição do “non liquet” (no sentido de uma dupla negação: “a não decisão não é permitida”) em relação ao fechamento operacional do direito e à posição dos tribunais no sistema jurídico, cf. N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México 2005, p. 359-399. Sobre a tese da “única resposta correta” como artifício teórico construído para negar a discricionariedade dos juízes na interpretação das normas e “levar os direitos a sério”, cf. R. Dworkin, *Levando os direitos a sério*, São Paulo 2002.

35 In *Angelus novus. Saggi e frammenti*, Torino 1995, p. 45 (tradução livre).

36 W. Benjamin, *Il compito del traduttore*, in *Angelus novus. Saggi e frammenti*, Torino 1995, p. 41.

linguagem técnica e especializada típica do direito moderno aos políticos e administradores responsáveis pela tomada de decisões nas organizações da administração pública. Devem fazer com que eles entendam as consequências e riscos jurídicos das suas respectivas decisões, assim como devem traduzir em termos jurídicos essas mesmas decisões. Trata-se de uma tarefa complexa e paradoxal.

Já vimos que direito e política podem ser descritos como sistemas sociais que utilizam linguagens diversas, assim como diferentes critérios de decisão. Linguagens e critérios que devem ser traduzidos no interior da administração, pois a programação jurídica das decisões político-administrativas deve ser compreendida pelos administradores para que seja realmente efetiva. Cabe, então, aos advogados públicos desempenhar essa função.

O principal objetivo dessa tradução é dar sustentação jurídico-constitucional às políticas públicas formuladas e implementadas pelo Estado, como forma de garantir eficiência e legitimidade. Legitimidade no sentido de conferir transparência e publicidade aos critérios jurídicos que orientam as decisões político-administrativas, facilitando, assim, as atividades dos órgãos institucionais de controle e o próprio controle social realizada pela sociedade civil organizada. E eficiência no sentido de contribuir para a obtenção dos objetivos dessas políticas, isto é, a promoção dos direitos fundamentais do cidadão, prevenindo o quanto possível os riscos de conflito com os órgãos de controle e a eventual (e sempre prejudicial) anulação das decisões estatais³⁷.

A Administração Pública é composta de organizações que são agrupamentos ou sistemas cuja principal função é a tomada de decisões³⁸. De acordo com uma concepção mais tradicional, as decisões representam uma escolha discricionária entre alternativas diversas, em que o conhecimento constitui

37 Sobre a função da Advocacia-Geral da União de conferir sustentação jurídico-constitucional à formulação e execução das políticas públicas, cf. R. Vieira Junior, *A advocacia pública federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União*, in J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, Belo Horizonte 2009.

38 De acordo com o conceito clássico formulado pelo teórico da administração Herbert Simon: "(...) il termine organizzazione si riferisce al complesso schema di comunicazioni e di altre relazioni che viene a stabilirsi in un gruppo di essere umani. Questo schema fornisce ad ogni appartenente al gruppo buona parte dell'informazione, delle premesse, degli obiettivi e degli atteggiamenti che influenzano le sue decisioni e, allo stesso tempo, crea in lui delle aspettative stabili e ragionevolmente sicure riguardo a ciò che gli altri membri del gruppo stanno compiendo ed al modo in cui essi reagiranno a quanto egli dice o compie. Il sociologo chiama questo schema un "sistema di ruoli", ma per la maggior parte di noi esso è più familiare sotto il nome di "organizzazione" (H. Simon, *Il comportamento amministrativo*, Bologna 1967, p. 14). Sobre as organizações como sistemas autopoieticos que produzem e reproduzem a si mesmas por meio das próprias operações, isto é, da contínua tomada de decisões, cf. N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano 2005.

um elemento fundamental ao permitir uma ponderação racional das consequências previsíveis de cada uma das alternativas disponíveis, não obstante todos os limites da racionalidade e da capacidade humana de previsão³⁹. No entanto, as decisões também podem ser descritas, de modo mais abstrato, como eventos complexos, contingentes e paradoxais que produzem diferenças na forma de conectar passado e futuro. Segundo Luhmann:

O enigma da emergência de decisões a partir de uma espécie de alquimia decisória não é, portanto, esclarecido por meio de conceitos como escolha ou sujeito; é apenas distribuído entre esses dois conceitos. É necessário, então, indagar se é possível construir um conceito de decisão que evite esse beco sem saída. Queremos tentar, relacionando o problema da decisão à dimensão temporal. Toda decisão pressupõe o tempo do mundo, que difere continuamente a distinção entre passado e futuro em outro, novo presente. Apenas simplificando toscamente, pode-se conceber isso como um movimento ou como um processo. Na realidade, trata-se do fato de que cada presente suporta o peso de uma nova descrição do seu passado e de uma nova projeção do seu futuro. O tempo não deixa, porém, muito tempo para isso. Reflexões do tipo podem, então, ser feitas somente de modo altamente seletivo e apenas por motivos particulares. A decisão, por assim dizer, reduplica o problema. Ela fornece um passado relevante *para* si mesma, tendo, assim, necessidade de uma memória que lhe ajude a colher problemas, alternativas e recursos como aspectos do seu presente. Além disso, pode-se chegar a uma decisão somente quando se entende que isso cria uma diferença. O mundo, com base na decisão, aparecerá diverso em relação a como seria caso não fosse preciso decidir. Um elemento constitutivo da decisão é, portanto, a projeção de diferenças. Uma decisão constrói uma conexão entre passado e futuro diversa em relação àquela que, em todo caso, existe no tempo do mundo. Mas tudo isso acontece no mundo, isto é, no tempo do mundo, por exemplo, em um certo momento datável⁴⁰.

39 Cf. H. Simon, *Il comportamento amministrativo*, Bologna 1967, p. 43-180.

40 N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano 2005, p. 115-116 (tradução livre). Ainda segundo Luhmann: *"Sembra che alla base della decisione debba essere posto uno schema di contingenza, che limiti anche ciò che deve essere preso in considerazione. Nel presente della decisione il passato mette a disposizione risorse che potrebbero anche essere usate diversamente e, nonostante sia ciò che è, lascia aperte alternative. Anche il futuro, sebbene sia e resti sconosciuto, appare come un orizzonte nel quale possono essere inserite altre possibilità"* (N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano 2005, p. 116).

A dimensão temporal, portanto, é o que caracteriza a especificidade de cada decisão. Uma decisão é um evento que acontece no presente. A sua adoção depende, porém, de um lado, de uma descrição do seu passado que expõe esse mesmo passado como uma alternativa sobre a qual se pode decidir no presente, e de outro lado, de uma projeção das diferenças (ou consequências) que possivelmente serão produzidas no futuro⁴¹. No contexto da administração pública, por exemplo, a descrição dos vínculos jurídicos existentes e a projeção das possíveis consequências jurídicas futuras em relação a algum projeto de decisão delimitam o campo das alternativas decisórias disponíveis à administração ao mesmo tempo em que esclarece os eventuais riscos que deverão ser assumidos caso se pretenda decidir com responsabilidade.

O objetivo da consultoria jurídica é dar consistência jurídica às decisões políticas (no sentido de discricionárias) da administração pública. A responsabilidade pela decisão, no entanto, cabe àquele que deve adotá-la, ao decisor, isto é, ao administrador. Aos órgãos de consultoria jurídica cabe apenas assessorá-lo, traduzindo-lhe o “direito vigente” em relação às alternativas decisórias disponíveis e às possíveis consequências jurídicas das suas decisões. Tudo isso talvez fosse algo relativamente simples se não houvesse um problema, provavelmente o principal de toda a atividade de consultoria: direito e política possuem tempos diversos, funcionam de modo operativamente fechado em relação ao outro. São, portanto, em certa medida, mutuamente “intraduzíveis”. E não obstante tudo isso para decidir é necessário “traduzi-los”.

As decisões da Administração Pública são comunicações do sistema político que se dirigem, porém, a esse sistema antes e depois da tomada da decisão. Antes, porque a administração precisa observar o sistema jurídico para tentar antecipar como ele reagirá as suas decisões. E depois, porque sendo as decisões formuladas em termos jurídicos, na forma de atos administrativos, contratos, regulamentos, etc., os seus respectivos efeitos jurídicos também produzem um impacto sobre as decisões futuras que ainda deverão ser adotadas.

Todavia, a resposta do sistema jurídico à decisão administrativa não pode, obviamente, ser controlada pela própria administração. Apesar de todas as eventuais “boas intenções” do administrador, nunca é possível estar totalmente

41 Segundo Luhmann: “(...) una decisione, fissando il risultato del suo passato come alternativa, produce un futuro incerto. Essa, presentando una pluralità di possibilità come date simultaneamente, produce non sapere chiedendosi come andranno le cose. Il non sapere è un necessario complemento della rappresentazione di possibilità. La decisione produce quindi anche la possibilità di disturbare il decoro che essa stessa ha voluto” (N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano 2005, p. 138).

seguro em relação ao modo como a decisão será interpretada (ou traduzida) pelos tribunais. Nessa perspectiva, o direito representa uma espécie de “caixa preta” para a política. As suas reações são sempre e, em certa medida, imprevisíveis. Justamente por isso é que se tenta, em todo caso, prevê-las com antecedência para reduzir ou absorver previamente a incerteza jurídica que circunda a decisão. Desta forma, imunizando e tranquilizando, assim, a administração acerca das eventuais “surpresas” que o direito poderá produzir no futuro (ações judiciais, requerimentos de informação por parte dos órgãos de controle, condenações à administração, suspensão ou anulação da decisão, etc.)⁴².

Traduzindo para a administração os programas jurídicos que condicionam suas decisões e tentando antecipar as consequências jurídicas daquelas, pode-se dizer que a consultoria jurídica “abre a porta” do sistema do direito para a política. A sua atividade de tradução, mesmo que seja direcionada às organizações da administração pública, é uma operação do sistema jurídico⁴³. Uma primeira tradução, em termos jurídicos, da decisão político-administrativa. Poderíamos ainda acrescentar: uma tradução acompanhada de uma espécie de “aposta” sobre o fato de que o direito entenderá aquilo que a política quis dizer, ou seja, o juiz interpretará a decisão e as normas que a condicionam da mesma maneira que a administração⁴⁴.

42 De acordo com Luhmann: *“Nada puede cambiar esta no-identidad de los sistemas (...). Esa no-identidad se conserva como estructura de regulación jurídica del sistema del derecho y puede estimular (e irritar) la comunicación política y remitirla a una consulta jurídica”* (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México 2005, p. 502).

43 Segundo Luhmann: *“(...) no se sigue, a partir de la función del sistema político (obtener decisiones que vinculen colectivamente), que la decisión sea legal (o ilegal). Esto se puede examinar con anterioridad y, por lo general, así se examina. Pero este examen preliminar, realizado por juristas, es entonces ya una operación interna del sistema jurídico, independientemente del contexto organizativo e institucional en el cual se efectúe. Es del todo posible pensar que el sistema político decida involuntariamente en contra del derecho o que, como pasa con frecuencia, jurídicamente arriesgue algo: el riesgo es un buen indicador de que se están trascendiendo los límites del sistema”* (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México 2005, p. 491). O importante é observar que as comunicações jurídicas são ativas sempre que surgem debates ou controvérsias sobre os vínculos jurídicos que limitam a discricionariedade da administração pública: *“El que la administración estatal esté programada en una forma jurídica de mucho más alcance – sobre todo por la ley del presupuesto – no debe ponerse en duda. Sin embargo el sistema jurídico se accionará activamente tan sólo cuando de ello resulten “cases and controverses”* (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México 2005, p. 486).

44 A situação é a mesma em relação à legislação: *“El mecanismo de aceleramiento de la legislación (y siempre: si las leyes se utilizarán o no), depende de que no se sabe, y no se puede saber, qué sucederá con la ley en la praxis del derecho. El legislador, a lo más, tendrá sus propias ideas sobre los “efectos” posibles de la ley; pero éstas son ideas, no informaciones. Aquí priva la premisa esencial de todas las aceleraciones: que el futuro no se puede conocer”* (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México 2005, p. 494).

No entanto, “que o futuro seja desconhecido é uma condição irrenunciável da própria possibilidade de decidir”⁴⁵. O futuro “nunca começa”, isto é, permanece sempre indeterminado, desconhecido, inalcançável⁴⁶. Em termos jurídicos, isso significa, novamente, que jamais é possível ter certeza sobre a forma com a qual o direito responderá à decisão política: aceitando-a, refutando-a ou, então, solicitando eventuais modificações. O sistema é uma máquina histórica em certa medida imprevisível. Por isso o ideal tradicional de certeza ou segurança jurídica não passa de um mito. A indeterminação estrutural ou “textura aberta” do direito moderno significa exatamente que a atividade de interpretação contém sempre um elemento criativo, um elemento de surpresa e imprevisibilidade que impede toda e qualquer previsão segura sobre a forma com a qual as normas serão interpretadas pelos tribunais e sobre o modo com o qual o direito será construído nos casos futuros. Existe apenas uma certeza tautológica de que, no futuro, o direito continuará dizendo o que é e o que não é direito, ou seja, a certeza paradoxal de um incerto tratamento no futuro⁴⁷.

Por serem as decisões eventos que acontecem sempre e necessariamente no presente, tendo como horizonte um futuro desconhecido, a consultoria jurídica, ao tentar traduzir os vínculos jurídicos que condicionam a administração e antecipar as possíveis consequências da decisão em relação ao sistema do direito, contribui para a absorção da incerteza jurídica que circunda todo o procedimento decisório. Uma função paradoxal de tentar antecipar aquilo que não pode ser antecipado, de fornecer certeza sobre aquilo que é sempre incerto, de traduzir algo que não é nunca totalmente traduzível. A calculabilidade jurídica das consequências é sempre limitada. Os advogados públicos podem ser descritos como tradutores, mas certamente não como “astrólogos”. A incerteza pode ser, em certa medida, “domesticada”, mas não completamente eliminada.

Para absorver ou “domesticar” essa incerteza, a consultoria jurídica deve se dirigir ao passado do sistema jurídico. Deve realizar uma espécie de “pesquisa histórica” no sistema para descobrir ou selecionar as possibilidades decisórias que estão escondidas nas suas fontes. Isto é, deve buscar nas leis, nos

45 N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano 2005, p. 126 (tradução livre).

46 Cf. N. Luhmann, *The future cannot begin*, in *The differentiation of society*, New York 1982.

47 Essa “incerteza jurídica” também pode ser descrita como um resultado da posituação do direito moderno, isto é, o fato de que o direito positivo da sociedade moderna é contingente, artificial, modificável. Cf. N. Luhmann, *Sociologia do Direito II*, Rio de Janeiro 1985.

precedentes judiciais e nas opiniões dos especialistas (doutrina), uma forma de “traduzir o direito” que apresente à administração diversas possibilidades de decisão e de avaliação das suas respectivas consequências. Se uma regra qualquer em matéria ambiental já foi julgada ilegal por um tribunal, o advogado pode sugerir, por exemplo, que a mesma regra ou uma similar seja, então, introduzida em um projeto de lei, e não em um regulamento com o objetivo de evitar uma nova sentença desfavorável. Logo, além de prestar assistência na absorção da incerteza, a consultoria jurídica também produz um enriquecimento jurídico da “memória decisória”, oferecendo diversas possibilidades de escolha à administração e contribuindo, assim, para a uma tomada de decisão mais inteligente e responsável⁴⁸.

Pode-se, então, compreender toda a importância geralmente dada aos pareceres jurídicos e ao procedimento de argumentação neles condensado. Em relação à atividade decisória, a argumentação jurídica pode ser descrita como uma operação realizada a partir da distinção entre redundância e variedade⁴⁹. De um lado, a argumentação diminui a surpresa da decisão ao fornecer-lhe justificativas prévias capazes de conectá-la a outras decisões já adotadas no passado, as alternativas já provadas precedentemente e que podem, portanto, ser reiteradas sem qualquer temor acerca das consequências. De outro lado, pode oferecer também os fundamentos para a adoção de uma decisão diversa e inovadora, cujas consequências não são totalmente claras, ainda que possam ser parcialmente antecipadas a partir de comparações com situações similares.

Entre repetição e inovação, redundância e variedade, há sempre um risco que gera temor e, ao mesmo tempo, exige responsabilidade. Por ser o futuro desconhecido, a tomada de uma decisão inovadora ou inédita apresenta,

48 De acordo com Luhmann: “(...) *l'essere sconosciuto del futuro non può essere cambiato. In questo senso non fa differenza il modo in cui il sapere è distribuito socialmente e se qualcuno dispone di un sapere migliore rispetto ad altri. Anche la ricerca di ulteriori informazioni concerne sempre solo il passato. In quanto a ciò, la diffusa concezione per cui con più informazione si può cogliere meglio il futuro deve essere corretta. L'incertezza, che viene aumentata dalle informazioni, non è incertezza del futuro, ma incertezza della scelta in un ambito selettivo. Certamente un decisore con una memoria arricchita può vedere più possibilità, utilizzare schemi più differenziati e, per usare una formula un po' fuori moda, decidere in modo più furbo. In questo, e solo in questo, sta il vantaggio della conoscenza ambientale e della consulenza. Ma questo significa solo che il decisore dispone di strutture più complesse che differenziano, ma non eliminano, la non conoscenza del futuro: egli dispone di schematismi, scripts, cognitive maps, implicit theories, tutti concetti che ricorrono alla memoria e non al futuro*” (N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano 2005, p. 138).

49 Cf. N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México 2005, p. 401-471; e N. Luhmann, *Legal Argumentation: an analysis of its form*, in *The Modern Law Review*, London 1995.

obviamente, um nível de risco mais elevado em relação a uma decisão que não foge dos modelos e padrões aos quais já se está habituado. A criatividade também tem o seu custo. O ônus argumentativo é muito maior. As justificativas devem ser mais complexas e aprofundadas, os efeitos da decisão atual nas decisões futuras devem ser sopesados com maior prudência e atenção⁵⁰. Os advogados podem sempre tentar fornecer argumentos que justifiquem a decisão e indiquem os seus respectivos riscos, mas a disposição de assumir ou não o risco e a consequente responsabilidade cabe sempre ao decisor, isto é, aos políticos e administradores, nunca aos próprios advogados. A decisão, em todo caso, é sempre uma decisão política, e não jurídica⁵¹.

Os argumentos favoráveis que justificam a decisão e tentam antecipar as possíveis consequências são, porém, como a própria decisão. Argumentos contingentes, produzidos antes da sua adoção, que podem ser criticados e refutados no futuro, quando a decisão já não poderá mais ser desfeita, mas somente modificada por meio de outra decisão. Por isso, em quase todos os processos decisórios, existe sempre uma espécie de “medo” de decidir, relacionado à incerteza sobre a forma como a decisão será controlada no futuro. De acordo com Luhmann:

[...] observa-se a alternativa que é fixada pela decisão de modo diverso se tomamos como referência o tempo antes da decisão ou o tempo depois da decisão. [...] no momento em que é adotada, a decisão modifica a *forma da contingência*. Antes da decisão, a contingência é aberta, é possível a escolha de cada uma das possibilidades. Depois da decisão,

50 Segundo Luhmann: “(...) sono rilevanti le decisioni passate che siano state accettate senza reclami, cioè quelle che possono supporre di essere accettate. Chi devia deve sopportare il rischio della novità, deve argomentare, ha l'onere della prova. In modo corrispondente, il futuro viene tirato in causa dal punto di vista degli effetti che avranno i precedenti. Il decisore e colui che accetta la decisione devono anche pensare che in futuro casi simili saranno trattati secondo lo stesso modello, o, almeno, che con la decisione incombente si stabilizza un'aspettativa in questo senso” (N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano 2005, p. 143). Sobre a avaliação das consequências jurídicas da decisão na forma do precedente, isto é, em relação ao impacto da decisão atual nas decisões futuras, e sobre a argumentação consequencialista em geral, cf. N. McCormick, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, São Paulo 2006, p. 127-195; N. McCormick, *On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin*, in *New York University Law Review*, New York 1983; e N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México 2005, p. 441-448.

51 Segundo Luhmann: “Puede ser, y es el caso más frecuente, que las cuestiones de derecho delimiten el marco de lo políticamente posible y que al ser tocados estos límites se requiera de ayuda jurídica para la argumentación y para la decisión. Pero entonces sigue siendo una cuestión política el riesgo jurídico que se esté dispuesto a enfrentar” (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México 2005, p. 498-499).

a contingência é fechada, não é mais possível outra decisão, mas, quando muito, uma correção por meio de uma nova decisão. Mas a alternativa juntamente com a contingência continuam sendo mantidas. Elas não são canceladas por meio da decisão, assim como também não são transformadas em outra modalidade do necessário ou do impossível. De outro modo não seria possível criticar as decisões ou arrepender-se por tê-las adotado, nem torná-las objeto de reprovação, muito menos tema de responsabilidade. [...] Apenas assim pode-se explicar o fato de que se tenha medo das decisões, de que se evite o risco, porque se deve ter sempre em vista a possibilidade de uma posterior modificação na avaliação e até mesmo nos critérios de avaliação⁵².

O risco representa, então, uma forma de observar a decisão em relação ao seu futuro incerto, uma forma de racionalizar o medo de decidir por meio da tentativa de antecipar as eventuais consequências negativas⁵³. Todas as decisões políticas devem ser confrontadas com o problema da incerteza jurídica futura. Por isso os políticos e administradores têm necessidade de consultoria jurídica para construir os argumentos com os quais possam sustentar juridicamente a decisão e para se anteciparem aos eventuais efeitos negativos (ações judiciais, anulação da decisão, formação de precedentes decisórios inconvenientes, etc.). Apenas quando estão conscientes dos riscos é que podem assumir as consequências da decisão. Somente observando a incerteza sobre o futuro na forma do risco é que se pode racionalizar o eventual medo de decidir. Enfim, somente assim é que se pode decidir com responsabilidade⁵⁴.

52 N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano 2005, p. 140-141 (tradução livre).

53 De acordo com Luhmann: "*Anche nell'osservazione e nella descrizione di decisioni non si può raggiungere alcuna certezza. Proprio questo si intende con il concetto di rischio. I rischi non hanno un luogo ontologico nel mondo; a differenza del concetto di pericolo, il concetto di rischio indica una forma di osservazione di decisioni*" (N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano 2005, p. 139-140). Sobre a figura do risco como forma de observação do futuro e de racionalização do medo em relação à incerteza sobre o futuro, isto é, uma forma de construir vínculos com o futuro, cf. N. Luhmann, *Risk: a sociological theory*, New Brunswick 2005; e R. De Giorgi, *Direito, democrazia e rischio: vínculos com o futuro*, Porto Alegre 1998.

54 De acordo com Luhmann: "*Se tutto ciò che accade deve assumere la forma della decisione e se le decisioni possono essere prese sempre solo nel momento attuale, sempre solo nel presente, per quanto concerne il tempo bisogna fare i conti con questa incertezza. Le decisioni sono possibili solo perché il futuro è indeterminato, cioè anche sconosciuto. In questo consiste, appunto, ciò che normalmente si chiama responsabilità*" (N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano 2005, p. 120).

Por isso os políticos e administradores dão tanta importância aos pareceres produzidos pelos órgãos de consultoria jurídica – uma importância talvez superestimada. Os pareceres cumprem uma função de reassegurar e tranquilizar a atividade política. Contribuem para a absorção da incerteza jurídica da decisão, “imunizando-a”, em certa medida, ao fornecer-lhe argumentos e justificativas jurídicas preliminares que possam ser, posteriormente, reativados nos tribunais, caso seja necessário defender a decisão em juízo. São utilizados como uma espécie de “escudo” pelo decisor, como algo que se supõe capaz de protegê-lo da crítica e do controle inerente a toda e qualquer assunção política de responsabilidade no contexto de um regime democrático.

Todavia, expondo os eventuais riscos da decisão, os pareceres funcionam ou deveriam funcionar também como um instrumento capaz de conferir publicidade e transparência aos critérios jurídicos que orientam as decisões político-administrativas, facilitando, assim, a salutar crítica democrática às decisões estatais e o seu necessário controle institucional. Já que estava consciente dos riscos e, mesmo assim, decidiu assumir a respectiva responsabilidade, o decisor deve naturalmente prestar contas à opinião pública e aos órgãos de controle.

Logo, a “tarefa do decisor” é uma tarefa árdua. Torna-se ainda mais árdua se o suposto “tradutor”, ao invés de assessorá-lo e ajudá-lo, supõe que deve também controlá-lo. Os advogados são úteis principalmente para defender e assessorar, e não para controlar. Por isso é que se chamam advogados, e não fiscais ou controladores. A desconfiança e o preconceito generalizados contra a atividade política do decisor podem, porém, misturar e confundir um pouco essas funções diversas. É necessário, então, olhar a política sem preconceitos.

4. A NECESSIDADE DE OLHAR A POLÍTICA SEM PRECONCEITOS

Após a queda do muro de Berlim e a expansão global e hegemônica do modelo da economia de mercado, parece que a política moderna perdeu um pouco os rumos. De acordo com Habermas:

Diante dos desafios radicais de uma limitação ecológica do crescimento econômico e de um crescente desvario nas relações norte/sul; diante da tarefa, historicamente excepcional, de reconverter aos mecanismos de um sistema econômico diferenciado os países ex-socialistas; sob a pressão de fluxos

migratórios provenientes dos países empobrecidos do sul e agora também do leste; diante dos riscos de novas guerras étnicas, nacionais e religiosas, de conflitos atômicos e de lutas internacionais pela distribuição de recursos: diante desse pano de fundo aterrorizante, a política das sociedades ocidentais constituídas como Estados democráticos de direito parece ter perdido orientação e discernimento. Por trás da retórica domina a renúncia⁵⁵.

A globalização dos mercados, a aceleração dos fluxos migratórios, os novos riscos tecnológicos e ambientais, a emergência ou renascimento de conflitos étnicos e religiosos representam, portanto, desafios à política contemporânea que não podem ser confrontados unicamente a nível dos tradicionais Estados-nação. Porém, requerem uma articulação política dos problemas a nível global⁵⁶.

Esse diagnóstico de crise da política ou despolitização da sociedade moderna sinaliza um fenômeno que pode reforçar, em certa medida, uma tendência usual de desconfiança em relação aos políticos e à atividade política. Uma tendência, em geral, comumente cultivada pelos representantes da burocracia estatal. O argumento tipicamente tecnocrático da parcialidade da atividade política tradicional e da falta de compromisso com a avaliação neutra dos interesses públicos parece ser reforçado no contexto contemporâneo de incapacidade dos Estados-nação em gerir por conta própria os novos e inéditos problemas de uma sociedade globalizada.

No contexto brasileiro, é provável que a desconfiança e o preconceito generalizados contra a política representem, ao mesmo tempo, uma causa e um efeito do modelo da consultoria jurídica como atividade de controle. Uma espécie de círculo vicioso. De um lado, estão os prejuízos contra a política, isto é, a redução da atividade política a uma disputa mesquinha por posições de poder e influência entre partidos e facções. O que faz parecer natural a necessidade de controlar excessivamente os políticos e administradores por todos os lados, pois eles são os responsáveis pela tomada de decisões políticas na administração

55 J. Habermas, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, p. 7 (tradução livre). Segundo a perspectiva “apocalíptica” ou “messiânica” em relação às modernas sociedades ocidentais desenvolvida por Giorgio Agamben: “La politica contemporanea è questo esperimento devastante, che disarticola e svuota su tutto il pianeta istituzioni e credenze, ideologie e religioni, identità e comunità, per tornare poi a riproporne la forma definitivamente nullificata” (G. Agamben, *Mezzi senza fine: note sulla politica*, Torino 1996, p. 88).

56 Sobre a necessidade de repensar a política e o direito modernos no contexto da globalização, cf. G. Marramao, *Passaggio a occidente: filosofia e globalizzazione*, Torino 2009.

pública. Por outro lado, essa suposta necessidade de um controle burocrático excessivo sobre a política dá origem a desconfianças e hierarquias entre supostos controladores e controlados que apenas reforçam os estereótipos dos burocratas ou tecnocratas neutros e imparciais, e dos políticos e decisores em geral parciais e sem compromisso sólido e estável com os interesses públicos.

Contudo, órgãos de consultoria jurídica e órgãos de gestão, responsáveis pela tomada das decisões político-administrativas, fazem parte da mesma administração. Isso significa que deveriam atuar de forma conjunta e coordenada em regime de mútua colaboração, e não de modo contrastante como se um devesse controlar as atividades do outro em posição de superioridade ou supremacia⁵⁷.

A Advocacia de Estado é geralmente descrita como um órgão técnico ou técnico-jurídico, de caráter não político. E esse caráter é considerado essencial para assegurar-lhe a necessária autonomia na tutela do interesse público⁵⁸. A autonomia técnica e a relativa independência política são, no entanto, características de todos os órgãos burocráticos da administração pública, e não apenas dos órgãos de assistência jurídica. Todos os órgãos, sejam eles jurídicos ou de gestão, devem sempre procurar realizar com imparcialidade os interesses públicos da sociedade como um todo. Por isso é que a função da Advocacia de Estado não deve ser identificada com uma atividade de fiscalização da legalidade dos atos administrativos, tratando-da como se fosse um órgão superior de controle interno da administração.

Mais uma vez devemos insistir nesse ponto: consultoria jurídica não é controle. Os advogados públicos não são fiscais ou controladores. Eles podem ser mais bem descritos como “tradutores”, aqueles que devem traduzir aos

57 Sobre os conflitos que ocorrem frequentemente entre as unidades de uma mesma organização em razão da maior identificação dos seus membros com a unidade à qual pertencem do que com a própria organização em geral, cf. H. Simon, *Il comportamento amministrativo*, Bologna 1967, p. 58-60.

58 Segundo o ex-Advogado-Geral do Estado italiano Oscar Fiumara: “L’Avvocatura è un organo essenzialmente tecnico, assolutamente non politico, di rappresentanza e difesa dello Stato in giudizio, cioè del Governo, quindi esamina qualsiasi vertenza, qualsiasi problema da un punto di vista esclusivamente tecnico-giuridico. Proprio in virtù di tale metodo l’Avvocatura dello Stato, pur essendo incardinata nella Presidenza del Consiglio dei ministri, opera in piena autonomia al fine di apprestare la migliore tutela dell’interesse pubblico e collabora con tutti i poteri” (entrevista concedida ao periódico mensal “Specchio Economico”, publicada em março de 2009 e disponível para consulta no sítio eletrônico da rede mundial de computadores: <http://www.avvocaturastato.it/files/file/FIUMARA.pdf>). No contexto brasileiro, fala-se frequentemente de independência ou autonomia funcional da Advocacia de Estado em relação ao Poder Executivo para defender a mesma idéia de autonomia na tutela do interesse público. Cf. J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, Belo Horizonte 2009, p. 87-127.

políticos e administradores os vínculos jurídicos que condicionam o poder discricionário da administração. Se por acaso existe algo relacionado ao controle na sua atividade, seria unicamente a possibilidade que detêm os advogados de assessorar juridicamente no processo de autocontrole da administração pública. Um controle, porém, realizado pela própria administração com o objetivo de corrigir e fiscalizar as suas próprias atividades, situação na qual o assessoramento jurídico dos advogados públicos é sempre indispensável⁵⁹.

Ainda que o risco de corrupção e de descumprimento consciente e de má-fé das normas esteja, infelizmente, sempre presente em todos os órgãos estatais, – poderíamos acrescentar: em toda a sociedade –, os políticos e decisores em geral não podem ser tratados *a priori* com preconceito e desconfiança. A corrupção funciona ou deveria funcionar, obviamente, como um limite: diante de uma fundada suspeita de corrupção, os advogados públicos têm o dever funcional de acionar os órgãos de controle competentes para que sejam adotadas as medidas cabíveis, direcionadas a evitar ou, então, reparar eventuais danos ao patrimônio público. Trata-se, porém, de uma dever que não cabe apenas aos advogados, mas, sim, a todos os funcionários públicos – na verdade, a todos os cidadãos⁶⁰.

59 No contexto italiano, por exemplo, não se fala jamais da Advocacia de Estado como um órgão de controle da administração pública. A sua função é descrita, sobretudo, como uma “função judicial” (“funzione giustiziale”): “*Nell’esercizio del suo potere di “persuasione” l’Avvocatura esercita una funzione che non è né amministrativa né di giustizia, ma giustiziale, quasi di raccordo tra le due, dovendo da un lato, in sede di consulenza, indirizzare l’azione pubblica istituzionale verso l’osservanza della legalità, e dall’altro lato, in sede giudiziaria sostenere le ragioni di legalità dell’operato amministrativo a tutela degli interessi pubblici generali coinvolti nel giudizio*” (G. Manzari, *Avvocatura dello Stato*, in R. Sacco (org.), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino 1987, p. 113). Os pareceres produzidos pela Advocacia de Estado italiana, porém, não vinculam necessariamente a atividade da administração pública: “È fatta salva la possibilità per l’amministrazione consultante di disattendere il parere reso dall’Avvocatura dello Stato, sia esso facoltativo od obbligatorio, fermo restando che per pacifico riconoscimento anche giurisprudenziale l’orientamento contrario a quello espresso dall’organo legale consultivo impegna in modo particolare l’ente sul piano motivazionale, richiedendosi adeguata giustificazione del dissenso nell’atto amministrativo conclusivo del procedimento ausiliato” (entrevista concedida ao periódico mensal “Specchio Economico”, publicada em março de 2009 e disponível para consulta no sítio eletrônico da rede mundial de computadores: <http://www.avvocaturastato.it/files/file/FIUMARA.pdf>). Sobre o suposto caráter vinculante de alguns dos pareceres produzidos pela Advocacia de Estado brasileira, sobretudo em matéria de licitação e contratos, e sobre a responsabilidade do advogado público em relação às consequências das decisões orientadas a partir desses pareceres, cf. J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, Belo Horizonte 2009, p. 139-164.

60 Sobre a atuação da Advocacia-Geral da União na defesa do patrimônio público em juízo por meio da recuperação de ativos públicos e da punição de funcionários corruptos, cf. J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, Belo Horizonte 2009, p. 485-499.

E novamente: isso não significa que a consultoria jurídica se assemelhe a uma atividade de controle. Ressalvado sempre o dever irrenunciável de prevenir e combater a corrupção, a função da consultoria jurídica é fornecer argumentos e justificativas que deem sustentação jurídica às decisões político-administrativas e que permitam uma avaliação prévia dos seus respectivos riscos e consequências jurídicas. Argumentos e justificativas que devem ser disponibilizados de modo público e transparente e que possam, posteriormente, ser utilizados para defender essas mesmas decisões diante dos órgãos de controle (tribunais, comissões parlamentares, cortes de contas, etc.). O debate institucional sobre argumentos e teses jurídicas diversas entre as organizações da Administração Pública e os órgãos de controle deve ser feito desde que realizado com publicidade, transparência e responsabilidade. É extremamente salutar à democracia, e não algo em relação ao qual se deveria ter qualquer tipo de medo ou temor. Por isso é importante olhar a política sem preconceitos, assessorar os políticos e administradores sem desconfianças *a priori*, traduzir para eles o “direito vigente” sem nenhum tipo de sentimento corporativista de superioridade.

A importância da atividade tipicamente política e a complementariedade entre política e administração burocrática, entre políticos de profissão e funcionários administrativos, já era teorizada pela sociologia política weberiana. Os políticos são legitimados a exercer a condução política do Estado e a assumir a responsabilidade pela tomada das principais decisões estatais. Já os funcionários administrativos possuem a preparação e a especialização técnica e profissional necessária à implementação impessoal dessas decisões e ao assessoramento técnico-burocrático essencial à sua formulação. Trata-se, no entanto, de dois papéis diferentes e complementares que não devem ser confundidos ou misturados⁶¹.

A Advocacia de Estado deve, então, desempenhar as suas funções de consultoria jurídica à administração consciente da importância e do impacto da atividade na qualidade das políticas públicas formuladas e executadas pelo Estado. Logo, deve compreender o sentido especificamente “político” da sua própria

61 Cf. M. Weber, *La politica come professione*, Torino 2004, p. 72-74. De acordo com Weber: “(...) *la burocrazia ha fallito completamente dove è stata investita di questione politiche. (...) Infatti nelle condizioni moderne l'istruzione specializzata costituisce il presupposto indispensabile per la conoscenza dei mezzi tecnici necessari per il raggiungimento di fini politici. Ma stabilire fini politici non è un compito tecnico, e il funzionario specializzato non deve, semplicemente in quanto tale, determinare la politica*” (M. Weber, *Economia e Società. Vol. IV. Sociologia Politica*, Milano 1999, p. 533-535).

atividade, um sentido positivo, não necessariamente relacionado às usuais disputas por poder e influência que caracterizam todos os regimes políticos, mas sim, de colaboração e comprometimento na implementação das políticas públicas e na realização dos seus objetivos. Portanto, deve olhar a atividade político-administrativa na qual está necessariamente envolvida sem preconceitos.

5. CONCLUSÃO

“Mas treinador, você já combinou tudo isso aí com os russos?” (Garrincha).

Um pouco antes do último jogo da fase classificatória da Copa do Mundo de 1958 contra a ex-União Soviética, o treinador brasileiro Vicente Feola estava explicando aos seus jogadores como eles deveriam se comportar durante a partida, qual esquema tático deveria seguir, o que deveriam fazer em campo. Para isso possuía vários desenhos e tabelas que resumiam as diversas posições que os jogadores brasileiros deveriam ocupar em relação às posições que eventualmente viessem a ocupar os jogadores da seleção soviética. Um exercício genuíno de previsão sobre o que iriam fazer os soviéticos e de antecipação das medidas a serem adotadas pela seleção brasileira. Ao final da preleção, Garrincha, bastante conhecido não somente pela sua incrível habilidade e pelos seus dribles desconcertantes, mas também pelo seu grande senso de humor, levantou a mão e perguntou: “Mas treinador, você já combinou tudo isso aí com os russos?”. O Brasil venceu o jogo por dois a zero e depois foi campeão do mundo pela primeira vez na história. Garrincha e Pelé – que, na época, tinha apenas dezessete anos – foram considerados os melhores jogadores da Copa. Nessa partida específica contra a ex-União Soviética, a cena dos soviéticos quase caindo no chão por causa dos dribles e fintas de Garrincha entrou definitivamente para a história do futebol mundial⁶².

Após ler com atenção um parecer produzido por um órgão de consultoria jurídica sobre uma questão de grande relevância, o político ou administrador poderia talvez perguntar ao advogado que o redigiu: “Mas olha só, em relação a todos esses argumentos, você já entrou em acordo com os juízes, com os órgãos de controle, com as comissões parlamentares que certamente irão

62 Agradeço novamente ao amigo Renato Bigliuzzi por ter-me sugerido esse “exemplo futebolístico”.

me pedir informações e justificativas?”. A resposta é, obviamente, “não”. Sobre essas coisas não se fazem acordos. Por isso toda a atividade de consultoria jurídica não deixa de ser um pouco “esquizofrênica”. Não obstante todos os argumentos, justificativas e tentativas de antecipação das possíveis consequências, a realidade futura do sistema jurídico permanece sempre desconhecida.

Pudemos ver como as concepções clássicas sobre a interpretação jurídica e sobre o princípio da legalidade derivadas do positivismo jurídico oitocentescos, e que ainda hoje se fazem presentes na prática forense e administrativa e na dogmática jurídica tradicional, representam um obstáculo a uma compreensão adequada das atividades de consultoria jurídica. A interpretação é a operação central do sistema jurídico, complexa e criativa, jamais mecânica. Operação cotidianamente desempenhada pela Administração Pública no cumprimento da sua função de implementar as políticas públicas necessárias à promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Uma função que somente por meio de uma redução grosseira e anacrônica pode ainda ser descrita como simples “execução de leis”.

Na formulação e execução das políticas públicas, as atividades de consultoria jurídica desempenham um papel fundamental no esclarecimento dos vínculos jurídicos que delimitam a discricionariedade dos políticos e administradores, oferecendo-lhes a oportunidade de analisar com antecedência as diversas possibilidades de escolha disponíveis e os possíveis riscos e consequências jurídicas das suas decisões. Por isso a consultoria jurídica pode ser descrita como uma atividade de tradução entre direito e política, essencial à democratização das decisões político-administrativas. Traduzindo o “direito vigente” e conferindo publicidade e transparência aos critérios jurídicos que orientam as decisões estatais, ela facilita os respectivos controles institucional e social ao mesmo tempo em que contribui para uma tomada de decisões mais inteligente e responsável.

Essa metáfora da tradução também é útil para confutar o modelo da consultoria jurídica como atividade de controle que, infelizmente, vem se afirmando aos poucos no contexto da Advocacia de Estado no Brasil. Trata-se, na nossa visão, de um modelo equivocado e distorcido que, além de misturar e confundir os diferentes papéis dos advogados públicos e dos órgãos de controle, normalmente também vem acompanhado de um olhar permeado de desconfiança em relação à atividade política. É necessário, então, que os advogados compreendam a importância “política” da própria consultoria, ou seja, o seu impacto na qualidade das políticas públicas implementadas pelo

Estado, e se comprometam realmente na obtenção dos resultados. É necessário, enfim, que olhem a política sem preconceitos.

No Brasil, os órgãos de controle (tribunais, Ministério Público, cortes de contas) já criaram uma identidade própria. As suas atividades são, sem sombra de dúvidas, essenciais à democratização do Estado, ainda que ocasionalmente ou frequentemente surjam problemas, conflitos e discussões polêmicas em relação a um suposto excesso de controle que “sufocaria”, em certa medida, a administração pública, criando supostos obstáculos a sua capacidade de ação e inovação.

Esses são conflitos comuns em todos os regimes democráticos no sentido de que fazem parte da própria democracia feita muito mais de dissensos e disputas do que de consensos e harmonias artificialmente ou autoritariamente produzidos. O papel da Advocacia de Estado como órgão de consultoria jurídica da administração funciona ou deveria funcionar, então, como uma espécie de compensação ou contrapeso no sentido de tornar possível o diálogo, algumas vezes conflituosos entre a administração e os órgãos de controle, – poderíamos talvez dizer: entre política e direito. Se todos têm o direito de serem defendidos e assessorados por um advogado, por que não o teria também o Estado, que representa a união política de todos os cidadãos?

A Advocacia-Geral da União é uma instituição relativamente jovem e promissora. Se nos afastamos um pouco do perfil dos órgãos de controle, – do Ministério Público, principalmente –, podemos ver que há ainda muito espaço para ser preenchido. Os advogados públicos, como bons “advogados”, poderiam aproveitar melhor todo esse espaço.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. *Mezzi senza fine: note sulla politica*. Torino: Bollati Boringhieri, 1996.

_____. *Il Regno e la Gloria: per una genealogia teologica dell'economia e del governo. Homo sacer*, II, 2. Vicenza: Neri Posca, 2007.

_____. *Stato di eccezione. Homo sacer*, II, 1. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. In: *Revista Doxa*, n. 5, p. 139-151, 1988.

- ALPA, Guido. *L'avvocato: i nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*. Bologna: Il Mulino, 2005.
- ARAUJO PINTO, Cristiano Otávio Paixão. *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- BARALDI, Cláudio, CORSI, Giancarlo e ESPOSITO, Elena. *Luhmann in Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*. Milano: Franco Angeli, 1996.
- BENJAMIN, Walter. *Il compito del traduttore*. In: *Angelus novus. Saggi e frammenti*. Torino: Einaudi, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARAMAZZA, Ignazio Franceso. *Consulenza e difesa dello Stato in giudizio: il sistema italiano*. Relazione presentata al convegno "Jornadas sobre la ley de asistencia jurídica al Estado e instituciones publicas", tenutosi a Madrid il 25 e 26 marzo 1998.
- CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. Milano: Garzanti, 2000.
- _____. *Il mondo nuovo del diritto: un giurista e il suo tempo*. Bologna: Il Mulino, 2008.
- _____. *Lo spazio giuridico globale*. Roma-Bari: Laterza, 2003.
- CATALÁ, Joan Prats i. *Direito e Gerenciamento nas Administrações Públicas: notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas*. In: *Revista do Serviço Público*, São Paulo, v. 120, n. 2, p. 23-46, 1996.
- CHIASSONI, Pierluigi. *L'ineluttabile scetticismo della "scuola genovese"*. In: COMANDUCCI, Paolo e GUASTINI, Riccardo (org.). *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 1999.
- DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GUASTINI, Riccardo. *Nuovi studi sull'interpretazione*. Roma: Aracne, 2008.
- GUEDES, Jefferson Carús e SOUZA, Luciane Moessa de (org.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Milano: Guerini e Associati, 1996.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LA TORRE, Massimo. *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2002.
- LUHMANN, Niklas. *La costituzione come acquisizione evolutiva*. In: LUTHER, Jörg, PORTINARO, Pier Paolo e ZAGREBELSKY, Gustavo (org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.
- _____. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2005.
- _____. *The future cannot begin*. In: *The differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982.
- _____. *Introducción a la teoría de sistemas*. Publicado por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- _____. *Legal Argumentation: an analysis of its form*. In: *The Modern Law Review*, London, v. 58, n. 3, p. 285-298, 1995.
- _____. *Organizzazione e decisione*. Milano: Mondadori, 2005.
- _____. *Risk: a sociological theory*. New Brunswick: Aldine Transaction, 2005.
- _____. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

- _____. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- _____. *The third question: the creative use of paradox in law and legal history*. In: *Journal of Law and Society*, Cardiff, vol. 15, n. 2, p. 153-165, 1988.
- LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli, 1994.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin*. In: *New York University Law Review*, New York, v. 58, n. 2, p. 239-258, 1983.
- MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica*. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O paradoxo da soberania popular: o reentrar da exclusão na inclusão*. In: *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 361-369, 1998.
- MANZARI, Giuseppe. *Avvocatura dello Stato*. In: SACCO, Rodolfo (org.). *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1987.
- MARRAMAO, Giacomo. *Passaggio a occidente: filosofia e globalizzazione*. Torino: Bollati Boringhieri, 2009.
- ROSENFELD, Michel. *The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy*. In: *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 74, p. 1307-1351, 2001.

SIMON, Henrique. *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*. Argumentvm: Belo Horizonte, 2006.

SIMON, Herbert. *Il comportamento amministrativo*. Bologna: Il Mulino, 1967.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. *A advocacia pública federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União*. In: GUEDES, Jefferson Carús e SOUZA, Luciane Moessa de (org.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WEBER, Max. *Economia e Società. Vol. IV. Sociologia Politica*. Milano: Edizioni di Comunità, 1999.

_____. *La politica come professione*. Torino: Einaudi, 2004.

CAPÍTULO II

LEGALIDADE E LEGITIMIDADE NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988: O PAPEL DO CIDADÃO

Antonio Carlos Alpino Bigonha⁶³

Luiz Moreira Gomes Júnior⁶⁴

RESUMO

O artigo demonstra o processo de apropriação da Constituição operado pela comunidade jurídica e, sobretudo, pelos órgãos da Justiça. Com base na doutrina jurídica internacional contemporânea, expõe como a ordem institucional da ditadura militar foi substituída pela subjetividade da classe jurídica, a partir de uma teoria constitucional que estabeleceu a sinonímia entre legalidade, legitimidade e constitucional.

A circularidade entre legalidade, legitimidade e Constituição estabeleceu uma redundância, segundo a qual para identificar se dada norma ou instituto jurídico é constitucional, basta localizá-la na Constituição, restringido a dicotomia entre o que é legal e o que é legítimo à positivação constitucional. A antiga discussão acerca do grau de aceitação da norma pela sociedade, bem como o grau de integração da vontade popular (soberania) no processo legislativo, foi afastada com substituição por uma principiologia constitucional

63 Antonio Carlos Alpino Bigonha é graduado em Direito pela Universidade de Brasília, é Procurador Regional da República, da 1ª Região e ex-Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR no período de maio de 2007 a maio de 2011.

64 Luiz Moreira é mestre em Filosofia e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Pesquisador de Filosofia do Direito da Universidade de Tübingen, Alemanha, e autor, dentre outros, do livro *A Constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

que substitui os eleitores e o Parlamento pelos intérpretes estatais da Constituição da República.

A atual teoria do controle de constitucionalidade torna o Parlamento um apêndice da democracia, pois, por um lado, toda atividade legislativa ordinária está sob o crivo da Corte Constitucional e, por outro, há a Súmula Vinculante, no bojo da qual o Supremo Tribunal Federal tem disciplinado hipóteses abstratas com eficácia geral. Fecha-se, assim, qualquer possibilidade de o cidadão avançar na construção e inovação do Direito que, segundo o esquema, está adstrito à consciência jurídica da cúpula do Poder Judiciário. Tudo isto tem o inegável propósito de interditar a soberania popular com grave prejuízo à cidadania, na perspectiva de que caberia à instância de cúpula do Poder Judiciário “errar” por último, isto é, ser o último guardião quando, na verdade, ao eleitor cabe, necessariamente nas democracias, a última palavra. Cada cidadão deve ser o guardião da Norma Maior.

1. INTRODUÇÃO

No quadro em que vivemos, o Parlamento brasileiro caminha para ser tido como desnecessário e é compreendido, especialmente pelos juristas, como instituição que macula a Constituição da República ou ainda como apêndice da Democracia. Não é por acaso, portanto, que as emendas à Constituição são percebidas como deturpadoras da pureza original da Constituição. O mundo jurídico é sagrado e repleto de pureza. O mundo político é sujo e maculador da ordem constitucional, mácula esta que caberia ao controle jurisdicional de constitucionalidade afastar.

Colho as lições dos mestres para perguntar: o que torna legítima a Assembleia Constituinte? Certamente não é a Constituição que dela emana, mas o mandato que lhe é conferido pelos cidadãos. O problema que cerca o Parlamento brasileiro é a diminuição das suas tarefas e prerrogativas diante da Assembleia Constituinte. O Poder Constituinte originário, e a Assembleia Constituinte dele decorrente, seriam o “momento puro” de criação do Direito. Os atos posteriores engendrados pelo Parlamento maculariam a ordem herdada, em clara demonstração de que a Política mancharia o Direito.

Como maculador da Constituição é preciso que o Parlamento, mas também a democracia e a Política sejam substituídas por uma instituição que garanta a permanência da pureza constitucional. É neste momento que a

Constituição, como obra da democracia, da Política, do Parlamento, é apropriada pelo processo judicial por intermédio do controle de constitucionalidade.

2. DIREITO E DEMOCRACIA

Os modernos Estados constitucionais do Ocidente pretendem exprimir sua suposta legitimidade por meio da fórmula “todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido”. Com essa fórmula estariam respondidas as duas perguntas que marcam a atuação estatal. O poder do Estado decorre do povo, a ele caberia: I) prescrever e ordenar condutas por meio de seus diversos órgãos; II) restringir e enquadrar os comportamentos desviantes utilizando o aparato coativo constituído para tornar o monopólio da força expressão última de soberania. Essa formulação garante ao Estado a legitimidade necessária para estruturar as suas teias prescritivas e, ao mesmo tempo, tornar as normas efetivas.

2.1 DIREITO E LEGITIMIDADE

No estágio atual da teoria do Estado e da teoria da Constituição, essa prerrogativa, ao mesmo tempo simbólica e fática, materializa-se por meio dos direitos fundamentais que os próprios cidadãos se conferem na medida em que são os autores e os destinatários de todo o ordenamento jurídico. Em síntese: os cidadãos, sujeitos de direitos, são titulares de todo o poder político e essa titularidade ganha contornos institucionais na medida em que os direitos fundamentais são não apenas atributos transindividuais, mas razão de ser do Estado. Assim, os direitos fundamentais representariam o substrato que garante legitimidade à normatividade estatal. Em última instância, as normas jurídicas seriam legítimas porque realizariam o projeto político de efetivação dos direitos fundamentais.

A relação entre legitimidade e efetivação que se dá entre essas duas esferas constitui uma tensão garantidora de validade a política e de concreção ao Direito. É que a domesticação do poder pelo Direito não se restringe a uma subordinação do político ao jurídico, pois do mesmo modo que é correto afirmar que a domesticação do poder político pelos direitos fundamentais confere legitimidade ao político, também é válida que essa tensão garante aos direitos fundamentais a conversão de normas apenas abstratas em direitos efetivos.

Com isso a teoria da Constituição e a filosofia política pretendem enfrentar o dilema que opôs o Estado à sociedade civil. A superação desse dilema ganhou contornos institucionais com a derrocada do absolutismo pelas revoluções francesa e estadunidense. Diante da dicotomia que opunha o Estado à sociedade civil era vital constituir um espaço imune às suas interferências. É nesse contexto que surgem, por um lado, a teoria da separação do poder e a teoria da soberania popular. E, de outro, a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático. Essas restrições tinham como propósito limitar o arbítrio estatal, garantindo o fortalecimento das demais esferas de modo a fortalecer a sociedade civil e assegurar legitimidade material e formal às ordenações estatais. Desse modo, as restrições ao poder político pelo Direito surgem na perspectiva de possibilitar o pleno desenvolvimento da sociedade civil e da opinião pública, o que juridicamente foi articulado pela necessidade de institucionalizar a não interferência estatal por meio do estabelecimento de garantias individuais, coletivas e processuais e pelas liberdades de expressão e de associação.

Esses limites surgem em um contexto de transição do Estado absolutista para o liberal, no qual se pretendia firmar uma nova ordem social baseada na livre iniciativa. A história é por todos conhecida. O declínio do Estado liberal é protagonizado pelo esgotamento de uma cultura que tinha na entronização das formas privadas de vida, no colonialismo e na expropriação do trabalho fabril sua face mais evidente. Como consequência da era das necessidades houve as duas grandes guerras e o horror manifestado no mal radical, isto é, a Shoah.

O Estado constitucional surgiu como tentativa de gerar um novo postulado jurídico-político, substituindo a velha ordem privatista por uma fundada em princípios como a dignidade humana, o republicanismo e a supremacia política da soberania popular.

Estamos de volta à questão inicial acerca da legitimidade do Estado. No cenário atual, há uma equivalência entre norma e fato de modo que as perguntas pela validade do ordenamento jurídico e a efetividade dos direitos encontram abrigo na rubrica do Estado Democrático de Direito. Fica estabelecida uma resposta padrão e circular: se algo encontra-se na Constituição é porque é legítimo e se quer buscar a legitimidade basta procurar na Constituição.

Essa circularidade asperge validade aos feitos estatais a partir da presunção de que o planejamento e execução de tais feitos se coadunam com a soberania popular.

2.2. PODER CONSTITUINTE E PODER DO PARLAMENTO

As constituições modernas repousam sua pretensão à legitimidade em um ato fundador denominado “Poder Constituinte”. Parte-se da ideia de que o esse poder conduziria a sociedade ao apogeu civilizatório, cultural e organizativo e que ele seria o último recurso a ser seguido por uma comunidade política que chegou ao esgotamento associativo. Desse modo, seria o Poder Constituinte o ato decisivo que transformaria a sociedade e lhe daria uma nova estrutura. Por seu intermédio, seria reedificado o Estado e reconfigurados os propósitos da sociedade, sendo constituídas e fundamentadas todas as relações a ela subjacentes.

Comumente o Poder Constituinte é exercido por uma assembleia que realiza o desígnio de formular e promulgar os princípios que passarão a estruturar o sistema constitucional que terá preponderância sobre todo o sistema jurídico.

Logo, sob a assembleia constituinte repousa o poder de prescrever as normas e ordenar as condutas. É exatamente neste ponto que se assiste a um simulacro orquestrado pela teoria da Constituição.

A simulação consiste na tentativa de transformar um consenso sobre a forma de constituir e ordenar o sistema jurídico, obtido em um dado momento histórico, em algo atemporal. Configurando-se um processo comum de formulação de normas jurídicas em ato fundador, a partir do qual os questionamentos e os problemas posteriores são solucionados pela remissão inconteste e necessária a tal estrutura.

O simulacro consiste na justificação de um ato fundante que coloca a Constituição como ato extraordinário da soberania popular, enquanto o Poder Constituinte e a assembleia por ele instalada se revestem de caráter ordinário. Portanto, o simulacro é o ato de outorga que uma assembleia se dá a si mesma com o propósito de restringir, regular e prescrever os direitos atinentes à soberana manifestação dos sujeitos de direito.

Tal simulacro é posto pela pretensão de validade absoluta adjacente ao Poder Constituinte, que dota a Constituição de obrigatoriedade e de legitimidade e se atualizam mediante a complementaridade ideológica entre um componente histórico e um conceitual.

Historicamente, o simulacro se caracteriza pela transformação de um processo ordinário em processo excepcional. Conceitualmente, em tentar estruturar a Constituição com um caráter ao mesmo tempo filosófico e científico, por meio de classificações e desdobramentos, entre diversas modalidades de

normas constitucionais, segundo alcance e aplicabilidade. A complementaridade consiste em estabelecer uma tensão entre uma esfera indisponível e outra, disponível, como forma de obrigar os sujeitos de direito a terem em sua Constituição não a emanção de sua força prescritiva, mas o resultado de um ato com soberania em si que passa a constituir a soberania própria a sujeitos de direito.

Do ponto de vista histórico, Poder Constituinte repousa em um embuste. É a autorização expressa dos sujeitos de direito que dota a Assembleia Constituinte do poder necessário para constituir todas as relações. Sua autoridade criativa repousa antes na faculdade que detêm os sujeitos de direito para criarem uma nova realidade jurídica do que em um ato fundante. Assim, os sujeitos de direito são livres e plenipotenciários para fazerem tantos atos fundadores, constituintes, quanto julgarem conveniente. Isto porque o ato fundador congênera do poder constituinte é tão somente uma convenção. Por convenção, por uma faculdade do livre dispor, a soberania dos sujeitos de direito põe em marcha um processo de formulação das novas engrenagens da sociedade. Essa soberania põe o Poder Constituinte, que convoca a assembleia especialmente para dispor sobre aquilo para o qual foi convocada. Admitir o contrário seria reconhecer, em tal postura, traços totalitários.

Por conseguinte, são os sujeitos de direito, em ato soberano, que conferem existência e autorizam o exercício potestativo do Poder Constituinte. Esse, por sua vez, é a formalização da soberania de sujeitos que, associadamente e por portarem direitos decorrentes do processo cultural e civilizatório, materializam seus anseios por uma nova ordem jurídica ao dotarem a assembleia de uma faculdade constitutiva em exercício.

Não obstante o Poder Constituinte não ser sede de poder algum, ele detém apenas o exercício de uma faculdade que emana diretamente dos sujeitos de direito. Não há de se falar tampouco em poder originário, porque o poder não se origina no ato fundante, nem na assembleia convocada para constituir o sistema jurídico. Origina-se em projeto orquestrado pelos sujeitos de direito com o objetivo de constituir um sentido às normas e estruturá-las conforme o sentido atribuído.

A atribuição de tal sentido às normas lhes confere obrigatoriedade, pois a disposição em produzir as suas próprias normas resulta em processo de ordenar a própria liberdade, jamais em a alienar; a liberdade associativa dos sujeitos de direito põe o sistema jurídico em andamento, pelo qual todo o aparato prescritivo obtém validade, por ato soberano e indelegável.

O embuste característico ao projeto do Estado Democrático de Direito de tornar a Constituição a sua pedra angular, torna o momento de criação da norma constitucional o ponto zero, originário, genealógico, conferindo um caráter *sui generis* à sua produção e à promulgação. Como dito, a peculiaridade do Poder Constituinte consiste na disposição fundante oriunda da soberania, posta deliberadamente em exercício pelos sujeitos de direito.

O esvaziamento do Parlamento e a judicialização da vida

É preciso enfrentar a questão atinente ao Poder Constituinte. O que o distingue do processo legislativo? Ambos decorrem da soberania popular, ou melhor, decorrem do poder que emana da associação dos sujeitos de direito. Portanto, é o poder soberano dos cidadãos que põe o Direito em suas ramificações: o processo constituinte e o processo legislativo. Ambos emanam o poder que torna possível a Constituição e também os códigos e as leis.

A distinção não remonta à origem, mas ao modo de seu exercício. Isto é, não há distinção categorial que oponha um ao outro, mas os dois processos comungam da mesma genealogia. Fundando-se no mesmo poder, tanto o processo constituinte quanto o processo legislativo permitem a atualização de um poder que estrutura a liberdade e a perpetua por meio de um ordenamento conceitualmente concatenado. Interpor-se, obstruindo a passagem da estrutura da liberdade (a Constituição), à sua ordenação concatenada (o Código), seria uma das grandes armadilhas da modernidade, ao tornar indisponível à soberania e exprimir-se por meio de um processo que se atualiza mediante um trâmite diversificado.

Portanto, cabe à ciência do Direito articular a passagem da estruturação da liberdade à sua ordenação concatenada, estabelecendo degraus que criam momentos diferentes de aplicação da soberania. Aplicação que se desdobra como forma para a soberania se prolongar, compreendendo o amplo espectro do processo legiferante.

O processo legiferante como forma jurígena do poder soberano, desdobrar-se-ia nos seguintes passos: I) o poder soberano dos sujeitos de direito põe a assembleia constituinte e lhe infunde poder; II) como exercício desse poder, a assembleia promulga as normas que exercerão o controle de validade das demais normas jurídicas; III) somente um novo ato constituinte pode substituir o ato constituinte precedente. E em decorrência: IV) fica estabelecido quorum especial às emendas constitucionais, mais exigente e

com tramitação diferente daquele do V) processo legislativo, comumente de maioria simples.

Assim sendo, o processo constituinte e o processo legislativo decorrem da soberania popular e, como formas de exercício da representação do poder político, circunscrito apenas aos cidadãos, não se distinguem entre si. Há apenas uma diferença quantitativa, mas de modo algum uma diferença qualitativa, pois o mandato de ambos é obtido da mesma fonte, ou seja, dos cidadãos.

Resultou essa transformação do Legislativo em “apêndice” da democracia, em uma engenharia constitucional, segundo a qual a representação do poder é deslocada do Parlamento para outras instâncias: I) a executiva, exercida sob a alegação de sua intervenção ser precisa, eficiente; e II) a judiciária, pois caberia às cúpulas dos tribunais garantirem a efetividade da Constituição, por um lado, e por outro, em substituição ao dito “apêndice, atribuir sentido às normas, pois mediante a mutação constitucional fecha-se o círculo de judicialização da vida”. Este círculo submete a democracia deliberativa ao processo judicial por meio de uma complementaridade entre o controle de constitucionalidade e a mutação constitucional.

Acossado por um sistema jurídico que entende o Parlamento como maculador da pureza herdada da assembleia constituinte, a sociedade vê-se alijada de formas de expressão, de vontade e de representação, operada por um ativismo judicial que passa a ser o titular da formulação, da interpretação e da efetividade das normas. Reunindo, sob seu arbítrio, as prerrogativas legislativas, judicativas e executivas. Este Estado de exceção é efetivado mediante uma complementaridade institucional entre Estado Executivo e Estado Judicial e justificado pela complementaridade ideológica entre as teorias de Carl Schmitt (todo poder ao executivo) e de Hans Kelsen (todo poder ao judiciário). Diante do exposto, urge o retorno às distinções entre legitimidade e juridicidade e entre a sociedade civil e o Estado, de modo que seja possível: a) conceber o Direito como concatenação de múltiplos ordenamentos; b) entender a representação do poder como exercício múltiplo de mandatos; c) proceder a uma distinção entre processo legislativo e processo judicial, esclarecendo que cabe ao primeiro a aferição da vontade e, ao segundo, circunscrever-se ao que foi previamente estabelecido como direito pelo parlamento, pois desse modo as sentenças se refeririam ao Direito e não à vontade; d) restabelecer a democracia deliberativa e a multiplicidade típica dos Parlamentos; e) restabelecer a dignidade da política; f) restabelecer a importância para a sociedade civil do mandato parlamentar;

g) restabelecer os Parlamentos como foro das tomadas de decisão; h) concretizar os direitos fundamentais; e i) proceder a uma engenharia constitucional que garanta uma nova separação dos poderes.

3. A QUESTÃO DEMOCRÁTICA

Embora o Judiciário não tenha sido capaz de justificar funcionalmente pelo argumento da competência ou pela intervenção técnica, a primazia que exerce sobre a política, com a qual há o esvaziamento sistemático do Parlamento como foro adequado para discutir e resolver as questões nacionais, a jurisdição constitucional tem funcionado como dispositivo constitucional a efetivar os direitos fundamentais.

Segunda esta teoria – hoje entre nós hegemônica – a jurisdição constitucional, mediante o controle de constitucionalidade, avoca para si a prerrogativa de prescrever as condutas, servindo como parâmetro inclusive para os demais órgãos do Estado. Nesta teoria, a democracia é afastada e em seu lugar efetivada a prova de coerência entre as normas e a Constituição.

A tutela dos direitos fundamentais não pode ser utilizada para submeter o presente e o futuro ao passado, de modo a ser institucionalizado um sistema jurídico que opera com a marca do *status quo*.

Novos direitos às novas gerações serão gestados nos tribunais? O Judiciário é capaz de produzir transformações? É ele o foro apropriado?

Outrora, a origem democrática, estabelecida politicamente pelo Parlamento, era o requisito mediante o qual era feita a distinção entre uma constituição legítima, promulgada, e uma constituição autoritária, outorgada. O requisito democrático pode ser substituído pela jurisdição constitucional?

É esta abertura do Direito à sociedade civil que precisa ser restabelecida, pois o Direito só é legítimo na medida em que se abre à soberania popular. É isto que torna um Estado de Direito um Estado Democrático.

A Constituição brasileira decorre do Parlamento brasileiro, mais especificamente de uma assembleia constituinte que, convocada pela soberania popular, obteve mandato para, em nome do povo brasileiro, substituir o regime autoritário por regime coerente com as exigências de redemocratização.

Promulgada a Constituição, entre as idas e vindas típicas da democracia, houve sua apropriação pelos juristas, resultando em transformação de tal documento de político em estritamente jurídico.

O processo é por todos conhecido: a democracia, a política e o Parlamento foram progressivamente mitigados e em seu lugar houve a construção de uma teoria que, a pretexto de tutelar os direitos fundamentais, os substituiu pela supremacia judicial. Operada pela complementaridade entre controle de constitucionalidade e mutação constitucional.

Os momentos de tal processo são os seguintes: (1) a transformação do processo constituinte em processo apartado da política, de modo a se produzir um *fetich*e do poder constituinte, segundo o qual a assembleia constituinte exerceria poder absoluto e não poder representativo; (2) construída a imunização do poder constituinte em relação à política, as intervenções políticas na ordem constitucional foram tidas como maculadoras de sua pureza, de modo a se construir uma dicotomia entre democracia e constituição; e (3) com o propósito de conservar a pureza e a magia da ordem constitucional, purificando-a da política, justifica-se o caminho que possibilita a interdição da política pelos tribunais, com o respectivo impedimento do processo político, com a transformação das eleições em ato judiciário, com a criminalização da política e sua judicialização. E, por fim, com a substituição do parlamento como foro legitimado para produzir as normas jurídicas (constitucionais e legais) pelos tribunais, operada pela interpretação constitucional, seja com o controle de constitucionalidade ou pela mutação constitucional.

Claro está que esse processo de interdição da política precisa ser substituído por um projeto que revigore a democracia e restitua à democracia a tarefa de estabelecimento do futuro. Isso por que aos tribunais compete tarefa retrospectiva, isto é, de manutenção daquilo que democraticamente fora deliberado, e às instâncias políticas a construção do que deve ser.

Tal interdição da Política se efetiva em três passos dialéticos: (1) mediante uma complementaridade institucional entre Estado Executivo e Estado Judicial; (2) justificado pela complementaridade ideológica entre as teorias de Carl Schmitt (todo poder ao executivo) e de Hans Kelsen (todo poder ao judiciário); e (3) com a judicialização da política, operada pela submissão dos poderes políticos aos tribunais, com o respectivo controle judicial sobre as leis e sobre as políticas públicas.

3.1. O ESTADO NACIONAL E DEMOCRACIA

No Estado moderno, os *sujeitos* constituem uma ordem estatal marcada pela associação entre livres e iguais definida em termos jurídicos. Ao vínculo

comunitário feudal sucede um *político-jurídico*; à relação de subordinação entre vassalos e senhor, uma estrutura marcada pela *titularidade de direitos* inerente a cada sujeito que é membro associado de uma sociedade civil; por sua vez, o direito consuetudinário com jurisdição fragmentada em feudos regidos pelos suseranos transforma-se em uma *unidade jurídico-estatal* elaborada em *co-autoria* pelos *sujeitos de direito*.

Vínculo político-jurídico, titularidade de direitos e coautoria da ordem jurídica estatal são as especificidades que marcam a relação entre *sujeitos de direito*. Os direitos subjetivos implicam *reciprocidade* na articulação do conceito moderno de *liberdade*. E como são recíprocos, a estrutura dos direitos denota uma constituição *intersubjetiva*, pois somente em uma relação interpessoal se faz possível o reconhecimento da coautoria do ordenamento jurídico. Coautores *livres* e *iguais* que concebem uma reciprocidade de direitos e obrigações comuns a todos os sujeitos de direito. O sujeito de direito passa a ser cofundador de um aparato normativo recíproco *universalmente imputável* e a *faculdade* para a *ação*, uma titularidade subjetiva que se constitui como titularidade de direitos.

A titularidade de direitos é entendida como um atributo subjetivo, uma faculdade própria ao sujeito. Mas como a *faculdade subjetiva* exige como corolário a ideia de *reciprocidade* e de *imputabilidade universal* de direitos e obrigações, o exercício dessa faculdade recíproca possibilitará a um só tempo o surgimento da *autonomia* e da *soberania*. À medida em que sob o sujeito se funde autonomia e titularidade de direitos, surge o Estado moderno como *reciprocidade jurídica da liberdade*.

Como a fusão entre autonomia e titularidade de direitos se suprassume na modernidade? Mediante dois conceitos: *sujeito* e *Estado*. A fim de esmiuçar essa resposta, seguiremos os passos da suprassunção entre sujeito e Estado por meio dos aspectos *político, religioso* e *econômico*.

Nessa suprassunção, o aspecto político se inicia com a associação entre *burguesia* e *príncipe* e culmina com a *divisão do exercício do poder* e com o *princípio da soberania do povo*; o aspecto religioso, com a *cisão religiosa*, tendo o apogeu com a *separação* entre *Estado e religião*; e finalmente, o econômico, com as *grandes navegações*, culminando com a *revolução industrial*.

Do ponto de vista *político*, a associação entre príncipe e burguesia permitirá ao primeiro reunir a *força* necessária para constituir poder político sobre um determinado *território*, de modo que seus éditos sejam passíveis de *obrigatoriedade* e *autoexecutoriedade*. Torna-se possível a constituição de um

aparelho estatal a serviço do príncipe que tinha funções a um só tempo tributárias e de polícia. Forma-se um corpo administrativo, uma burocracia estatal a qual cabe organizar e orquestrar as funções estatais. Paulatinamente este *poder de dizer o Direito* sobre um determinado território torna-se *monopólio estatal* inerente à função principesca, isto é, como poder soberano em um dado território. Fundamental aqui é que o poder agora não é disperso entre diversas autoridades, mas se concentra na mão de um único soberano. A ordem do soberano é normativa porque obriga igualmente todos os habitantes do território. O que vincula os habitantes deste território não são mais laços de origem ou consanguíneos, mas o poder normativo estatal exercido de modo único. A normatividade estatal significa que apenas um poder reúne a força para obrigar a todos igualmente. *Normatividade e universalidade* são supraclassificados no Estado pós-revolucionário, pois, na medida em que tal normatividade passa a dirimir conflitos e reger as relações sociais de modo *legítimo*, ela se torna *universalmente válida*.

Justamente quando essa universalidade *confunde-se* com a normatividade, temos a exigência funcional de *divisão do exercício do poder* como forma de opor *limites* ao exercício usurpador do poder político frente aos *direitos e garantias individuais*. No entanto, a limitação funcional do exercício do poder estatal por si só não significa que ele esteja vinculado aos *direitos subjetivos*. Significa apenas que o exercício desse poder será exercido segundo sua especificidade, seja ela legislativa, jurisdicional ou administrativa. Para que o Estado seja *democrático*, isto é, *universal*, é preciso que o poder emane não de um apenas, mas de *todos*. É mister que o poder emane de cidadãos, *coautores livres e iguais*, criadores dessa normatividade que agora não é apenas formal, mas materialmente universal, visto que fundada na igualdade e na liberdade, emanando o monopólio estatal da força de leis que os cidadãos dão a si mesmos.

Do ponto de vista *confessional*, a reforma protestante será uma *ruptura* no mundo religioso ocidental. Das teses de Martin Lutero⁶⁵, duas são especialmente caras. A primeira, a doutrina de justificação pela fé somente, o *solifideísmo*, ou seja, que a fé é bastante para se chegar à salvação; a segunda, a rejeição à pretensão eclesiástica de possuir jurisdição sobre assuntos seculares.

65 Quanto às ideias que se seguem, cf. SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta; rev. Técnica de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 285-301.

Em 1525, a obra *A servidão da vontade* contraria radicalmente a tese tomista de uma *philosophia pia* segundo a qual o homem seria um ser apto a intuir e seguir as leis divinas, apresentando Lutero à natureza humana como decaída, à medida em que nossa constituição carnal permanece atrelada ao pecado. Como seres pecaminosos e corruptos é impossível desvendar as leis e ações divinas por meio da razão humana. Sendo servos do pecado, devemos obedecer aos mandamentos divinos não por nos parecerem justos e bons, mas por serem ordens de Deus. Assim, Deus assume para Lutero uma dupla natureza, uma que se faz *Verbo*, que revela sua vontade pelos Evangelhos, um Deus revelado. Portanto, uma outra que não pode ser apreendida pelo homem, um Deus oculto. Como tal, os atos humanos de modo algum conduzem à salvação. Ela é alcançada inteiramente e apenas mediante a *graça divina*.

E o que deve o homem esperar? Ninguém pode ter a esperança da salvação. O que se pode esperar é que a todos seja dada a *possibilidade de obter* a graça salvífica.

Com a tese do *solifideísmo*, destitui Lutero a Igreja da posição de instituição entre Deus e os fiéis. Como a salvação é obra da graça divina, a Igreja como instituição não tem qualquer função salvífica. Ele chegou a essa conclusão, a partir do exame da palavra grega *ecclesia*, tida antes para os doutrinadores católicos, justamente, como aquela instituição mediadora. Para o reformador, a palavra *ecclesia* significa congregação, não tendo existência real, exceto no coração do *povo de Deus*, sendo assim uma *congregação de fiéis*.

Com base na definição de Igreja como sendo *congregação de fiéis* e não como estrutura detentora do monopólio sacramental, Lutero pôde concluir pela incompetência da Igreja para: 1) presidir e regular a congregação dos fiéis de modo que não possa avocar qualquer poder sobre a comunidade dos cristãos; e 2) igualmente para exercer qualquer “jurisdição” sobre assuntos seculares.

Apesar de os escritos políticos de Lutero estarem sempre submetidos à palavra de Deus, parece-nos inequívoco que sua teologia tenha deixado marcas profundas no *ethos* moderno, pois subjaz a especificidade do crente como aquele que obtém, sem mediações institucionais, a graça redentora de Deus. Subsiste ainda uma *igualdade universal* constituída pela equanimidade perante a *possibilidade de salvação*, decorrendo uma disposição uniforme de reger e prover a vida em sociedade oriunda da igualdade frente à salvação.

Ora, se essas são as ideias que dividirão o credo ocidental em dois, cabendo à Europa Setentrional a opção pelo protestantismo e à reforma da constituição de um *individualismo* radicado na ideia de obtenção da graça

pela fé que tornará o crente alguém distinto da massa uniforme de fiéis. Após guerras e massacres cometidos por católicos e protestantes, surgirá, então, não apenas a concepção de tolerância religiosa, mas uma abertura radical ao *indivíduo* ao passo que sua relação com a divindade se dá de modo unipessoal. Desse modo, parece-nos forçoso admitir que a cisão protestante possibilitou à sociedade civil não apenas uma pluralidade de concepções religiosas, mas também, a partir da igualdade religiosa, *desvincular* o Estado de orientações confessionais.

As *grandes navegações*⁶⁶ propiciaram o acúmulo de riquezas necessário para a *Revolução Industrial*. Permitiu também que o isolamento característico da sociedade humana até então fosse derrocado. Se é verdade que o caminho para as Índias Orientais, através do cabo da Boa Esperança, propiciou comércio marítimo e tráfego de especiarias, o descobrimento da América trouxe açúcar, ouro e igualmente comércio de escravos.

Coube a Portugal a dianteira na “era dos descobrimentos”. Isso se deve, em parte, à unidade política firmada a partir da conquista definitiva de Algarve, ocorrida em 1249, tornando desde então as fronteiras portuguesas praticamente inalteradas.

Mas uma ligação marítima duradoura e regular entre os quatro continentes só ocorreu depois que Portugal dobrou o Cabo da Boa Esperança e atingiu a Ilha das Especiarias na Indonésia e o mar da China, e quando a Espanha alcançou os mesmos objetivos através da Patagônia, do Oceano Pacífico e das Filipinas.

O domínio português sobre a África e o comércio subsequente de ouro, marfim e escravos fez com que, ainda no século XV, houvesse um interesse crescente pelo financiamento de novas expedições. Antes mesmo do descobrimento do ouro na América, notadamente nas Minas Gerais, o ouro proveniente da África Ocidental colocou Portugal no centro da circulação monetária européia. Desse modo, o excedente econômico pôs em ação um esquema de importação de produtos têxteis, cereais, vidros e latão que favoreceu os demais países da Europa.

Como se sabe, o comércio, antes adstrito à África e à Ásia, estende-se paulatinamente à América. Surge então um incremento ainda maior no comércio de açúcar, ouro e escravos. Mais uma vez, tal excedente fomenta a *produção de mercadorias* pelos demais países europeus. Ora, é justamente a permanência de

66 No que diz respeito às grandes navegações, cf. BOXER, Charles. *O império marítimo português 1415-1825*. Tradução de Anna Olga de Barros Barreto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

tal situação que tornará possível à Europa experimentar uma *revolução no modo de produção* que tantos encantos produziram em Karl Marx.

Se essa revolução no modo de produção, por um lado, fornece uma grande quantidade de mercadoria apta ao consumo, por outro, o poder de interferência do homem sobre a natureza multiplica-se. Com isso, surge o trabalhador assalariado, com jornada de trabalho. Passo a passo, esse *incremento na produção e remuneração* propicia o nascimento de uma classe inteiramente nova, a *classe operária*. Com ela, o *trabalho livre e assalariado* ganha status *universal*. A crescente produção demanda mercados consumidores e a expansão deles, novos trabalhadores. Essa demanda crescente e necessidade absoluta, fazem com que às ideias de *liberdade e igualdade jurídica* sejam associadas *políticas sociais* que tutelem também as *relações trabalhistas*.

3.2. OS SUJEITOS DE DIREITO

Se a modernidade é marcada pela *autonomia* como *categoria subjetiva* sublime e a *soberania* como *capacidade normativa do Estado*, não é menos verdade que isso se deve a um longo processo histórico que com contou com várias vertentes. Para que o Estado pudesse afirmar, *legitimamente*, seu *monopólio normativo* era necessário que tal afirmação fosse reconhecida como a *única* nacionalmente possível. Sob o viés político-jurídico, somente no quadro de *sujeitos* que se reconhecem como *titulares e coautores* de *ordem jurídica* que funda e obriga o Estado, isso se fez possível.

Todavia, o Estado nacional precisa financiar a normatividade que internamente obtém por intermédio do monopólio da força e de uma burocracia especializada e, externamente, pela afirmação de sua independência frente aos demais Estados. Essa afirmação, interna e externa, só se dá em contexto de crescente disponibilidade de recursos provenientes do aquecimento comercial gerado pelas *relações mercantis* entre os quatro continentes e pela produção de bens em série. Mas somente no quadro de uma normatividade estatal marcadamente burocrática há a possibilidade de levar a contento tal aspecto econômico. Era preciso que houvesse uma *ordem* que disciplinasse as relações econômicas. A isso soma-se a *Reforma Protestante* com sua *cisão* no credo. O homem é desligado da uniformidade de crença e o Estado, de uma rivalidade normativa, pois se torna com a separação, a *única jurisdição secular*.

Acontece que o binômio *sujeito/Estado* passa, no decorrer dos séculos XIX e XX, a ser severamente posto em xeque, sob o viés *político-jurídico*, pela

relativização do conceito de *propriedade* com a Revolução Russa de 1917, e com as políticas e *direitos sociais* à ela subseqüentes; *epistemologicamente*, com a *crítica à racionalidade instrumental* realizada pela Escola de Frankfurt. Nesse ambiente cultural que o século XX assistirá a uma mudança em seu paradigma (Oliveira, 1996). A *Filosofia da consciência própria à subjetividade* será confrontada com três grandes perspectivas, ou seja, a *reviravolta hermenêutica* de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer; a *semiótica-pragmática* de Charles Sanders Peirce e a *pragmática*, seja a *transcendental* de Karl-Otto Apel⁶⁷ ou a *universal* de Jurgen Habermas. Como mudança de paradigma, a reviravolta linguística (*linguistic turn*) se constituirá pela tese de que a linguagem é o *medium* irrecusável de *sentido* e *validade* de todo e qualquer *saber* humano, de tal modo que passa a ser a sede das *soluções consensuais* de toda e qualquer pretensão de validade.

Evidentemente tais *transformações* atingem completamente o conceito de *sujeito*. Mas se elas implicam mudança de perspectivas, em que medida atingem igualmente a Ciência e a Filosofia do *Direito*? A crítica ao *solipsismo metódico*, como filosofia da subjetividade, atingiria também o conceito *sujeito de direito*?

Se o sujeito de direito for concebido como aquele que detém uma liberdade quantitativa, entendida como espaço privado de ação oponível frente à usurpação estatal ou particular, ou como aquele que dispõe de um conjunto de direitos em contraposição a todos os demais, ou ainda como alguém que porta direitos inatos, desde uma hipotética comunidade *pré-política*, e que por isso pretende torná-los universalmente oponíveis, nesses casos pensamos que a objeção ao *solipsismo metódico* realizada pela *linguistic turn* prepondera integralmente. Somente concebendo o sujeito de direito como *fundador* e *coautor* de uma *ordem jurídica estatal*, é que talvez possamos blindar o conceito de sujeito de direito.

O que distingue o sujeito da filosofia da consciência do sujeito *de direito* é precisamente a locução adjetiva *de direito*, que especifica o significado do substantivo *sujeito*. Tal especificidade consiste, a um só tempo, na constituição plural de uma *universalidade jurídico-política* que se forma tanto mediante a inclusão de todos como *membros fundadores* de uma ordem estatal, quanto pelo *reconhecimento* de todos os demais como *parceiros de iguais direitos e liberdades*. Desse modo, o adjunto adnominal *de direito* abre o sujeito a duas perspectivas: a primeira, a uma *universalidade plural*, na medida em que o

67 COSTA, Reginaldo da. *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

sujeito é concebido a partir de uma *reciprocidade associativa*; a segunda, à *efetivação da liberdade* como *isonomia*.

Na primeira perspectiva, como parte de uma *universalidade plural*, o sujeito de direito não é assumido como membro isolado ou como unidade associada, mas forma-se, a partir de uma relação de *correspondência mútua* que possibilita a ele direitos e deveres. Nessa correspondência, as relações se apresentam como *vínculos múltiplos*, uma vez que a universalidade jurídica implica inclusão que decorre da *coautoria da normatividade jurídico-estatal*. Na segunda, trata-se da *concreção da universalidade* como *igualdade*. É do *reconhecimento universal* de que a *liberdade* é *medida comum* de *isonomia*, de que a ela se articula como *igualdade de direitos* em um governo *democrático* e que podemos falar em *reciprocidade jurídica da liberdade*. É precisamente porque a normatividade jurídico-estatal é concebida como *emanação da vontade livre* de cidadãos associados (*liberdade qualitativa*) e lei múltipla de reconhecimento universal (*igualdade na diferença*), podemos dizer que, com o sujeito de direito, é possível falar em Estado legítimo, isto é, em uma *ordem jurídica isonômica* que *efetiva a liberdade*.

É no *Estado Democrático de Direito* que a estrutura intersubjetiva de direitos se mostra como *inclusão e reconhecimento*. Inclusão e reconhecimento interpessoal que se dá pela universalidade da liberdade e da isonomia supressumida no conceito *sujeito de direito*. Assim, a categoria de *direito subjetivo* pode ser rearticulada não mais como inerente à *subjetividade*, mas como emanada da relação jurídica *intersubjetiva* entre cidadãos. Emanação de uma ordem jurídica que é produzida segundo uma reciprocidade livre. Os direitos e deveres passam a ser comuns a todos os cidadãos, ao passo que a relação entre sujeitos de direito é universalmente imputável.

Cabe agora articular um conceito de *normatividade* que dê conta das modernas exigências de normatização jurídica, levando em consideração as objeções da reviravolta linguística à filosofia da subjetividade.

3.3. NORMATIVIDADE E DEMOCRACIA

É com esse escopo que, em 1992, é publicada na Alemanha uma das mais importantes obras de Filosofia do Direito⁶⁸ das últimas décadas. Nela, Jürgen

68 HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4ª edição. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1994. [ed. Brasileira: *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997].

Habermas tentará, a partir da tensão entre *facticidade* e *validade*, adequar o *Direito* tanto à *reviravolta linguística* como às exigências de *legitimidade*⁶⁹.

É bastante expressivo que Habermas atribua ao *Direito* a tensão entre *facticidade* e *validade*. Antes de analisarmos o porquê dessa atribuição, convém que esclareçamos as linhas gerais do projeto habermasiano.

Como demonstramos alhures⁷⁰, a transformação do *Direito* operada por Habermas resultará em três perspectivas. A primeira, a constituição de uma *normatividade* diversa da *razão prática*, à medida que a *razão comunicativa* se constitui como *normatividade a posteriori*. A segunda, não sendo imediata, mas apenas mediadamente *normativa*, a *validade* inerente ao *Direito* é *falível*, e portanto, sempre aberta à problematização e à revisão, tendo o *Direito* que se instituir como disciplina *prescritiva* e ao mesmo tempo *falível*. A terceira, a rearticulação da relação entre *Direito* e *Moral*: há uma *simultaneidade genética* entre as duas esferas, não havendo preponderância *normativa* de uma sobre a outra, ao mesmo tempo em que há uma relação de complementaridade operada por meio do processo legislativo.

Qual é o projeto que pretende ser superado por Habermas? A constituição de uma esfera imediatamente legislativa para a constituição de uma *comunidade jurídica autônoma*. Justamente nisso consiste o diferencial da *Teoria Discursiva do Direito*, isto é, o afastamento de uma esfera privilegiada de *normativismo jurídico*, ou seja, a negação da concepção de existência de um modelo para o ordenamento jurídico. Assim, a *Teoria Discursiva do Direito* não privilegia nem um *direito formal* (Estado liberal), tampouco um *direito material* (Estado social), pois não se atém a padrões dados, mas à constituição de uma *liberdade comunicativa* que assegura o perpetuar-se da criação do ato jurídico como *processo constituinte permanente*. Como paradigma procedimental, reveste-se de caráter *prescritivo* somente a *liberdade comunicativa*, de sempre de novo proceder às melhores razões que se põem na dança entre a *facticidade* das objeções e proposições e a *idealidade* contida em pretensão à aceitabilidade universal. Nesse caso, é a liberdade de constituir seu próprio horizonte, seu arcabouço conceitual e sua *normatividade jurídica* que é elevada a

69 Quanto ao problema da legitimidade, cf. MOREIRA, Luiz. "Legitimation des Rechts bei Habermas" [Legitimação do Direito em Habermas]. *Zeitschrift Aufklärung und Kritik [Revista Esclarecimento e Crítica]*, Nürnberg, ano IX, nº. 1, 2002, p. 70-88

70 MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2ª. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

paradigma, mas não formas de vida dadas imediatamente. A normatividade que é elevada ao paradigma é uma *normatividade posterior*, fruto de um processo decisório constante, que cria e constitui seu próprio sentido.

Como a normatividade do Direito emana da pretensão à *aceitabilidade racional*, ela é circunscrita à democracia, tendo de estabilizar-se entre idealidade e efetividade. Isto é, o Direito prescreve condutas após a formação democrática daquilo que é tido como devido ou não devido. A normatividade jurídica é fruto de um *consenso*, sendo, pois, uma prescrição *a posteriori*. Por ser a *posteriori* é que ela se distingue da normatividade da razão prática. Portanto, não há de se falar em falta de normatividade ou de prescrição no Direito ou na Teoria Discursiva do Direito de Habermas. Em outras palavras, a teoria do Direito, como teoria adstrita ao Estado Democrático de Direito segundo a formulação dada por Habermas, é prescritiva, pois normatiza condutas após uma formulação consensual daquilo que é passível de universalização. Isto porque, para Habermas, o normativismo proveniente da razão prática, em sua gênese, transfere-se para os dispositivos legais⁷¹.

Como instituição prescritiva, as normatizações operadas pelo Direito têm como características: a) a ideia de plenitude do ordenamento jurídico, decorrente do monopólio da jurisdição; e b) a pré-compreensão dominante na sociedade, de modo que o Direito possa servir de resposta aos problemas que surgem no seio desta sociedade. Assim, para Habermas, a formulação da normatividade jurídica parte de um pano de fundo (horizonte de sentido) que constitui a visão que os cidadãos têm da sociedade. Os cidadãos formam um diagnóstico de sua época e, a partir daí, elaboram um código jurídico⁷² a fim de normatizar a conduta nessas condições, isto é, estabelecem um código em que se prescreve o devido e o não devido.

71 HABERMAS. *Direito e democracia*, vol. II, p. 189-190: “O projeto de realização do direito, que se refere às condições de funcionamento de nossa sociedade, portanto de uma sociedade que surgiu em determinadas circunstâncias históricas, não pode ser meramente formal. Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, se entender para descobrir os seus problemas e a maneira como de solucioná-los

72 HABERMAS. *Direito e democracia*, vol. II, p. 124: “Para entender os argumentos e decisões que acompanham as respostas dadas pelos atores a algo, é necessário conhecer a imagem implícita que eles formam da sociedade como um todo, além de saber que estruturas, realizações potenciais e perigos eles atribuem à sociedade contemporânea, quando tentam realizar a sua tarefa, que é a de concretizar o sistema dos direitos.”

Nesse sentido é que, para Habermas, a dimensão de validade do Direito e a força *legitimadora* de sua *gênese democrática*, ou seja, o processo da política deliberativa constitui o âmago do *processo democrático*. Assim é que a *razão comunicativa*, como *razão prescritiva a posteriori*, assume uma figura procedimental emanada do Estado Democrático de Direito.

Porque Habermas deseja fazer uma distinção entre o Direito como disciplina autônoma e a *política deliberativa*, ele formulará a tensão entre facticidade e validade em duas dimensões: como normatividade a *posteriori*⁷³ e núcleo procedimental da democracia. Essa tensão será elaborada *intrinsecamente* 1) no cerne do próprio Direito e, *extrinsecamente*, 2) nos processos políticos por intermédio da normatividade do Estado Democrático de Direito⁷⁴.

Como instituição, o Direito estabiliza a tensão entre facticidade e validade. Internamente, no âmago do próprio Direito, essa tensão situa-se, de um lado, na facticidade dos procedimentos jurídicos e, de outro, na pergunta pela validade desses procedimentos.

Como facticidade, os procedimentos jurídicos formam-se como exigência universal de que seja não apenas garantida, mas *institucionalizada* a sua realização segundo o *contraditório* e a *ampla defesa*, a *isonomia* e a mediação por um *terceiro imparcial*. Isto é, os princípios sob os quais são instituídos os procedimentos jurídicos não se apresentam apenas como garantias frente à usurpação estatal, mas são concebidos como *estrutura intrínseca* à normatividade estatal, surgindo como instituição no Estado Democrático de Direito. Desse modo, é posto em ação um movimento helicoidal que consubstancia o Estado, institucionalizando-o como democrático. Assim, os procedimentos têm por finalidade efetivar a *justiça* e a *liberdade*, e, com esse objetivo, funcionam como instrumento de correção à falibilidade inerente ao Direito. Desse modo, o Direito normatiza sua própria falibilidade. Como uma instituição é

73 HABERMAS. *Direito e democracia*, vol. II, p. 190: "O novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito. Aliás o próprio Estado de direito conserva um núcleo dogmático, ou seja, a idéia da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo. Contudo, essa ideia é 'dogmática' num sentido sui generis. Pois nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade, a qual é 'dada' por meio da estrutura linguística das formas de vida sócio-cultuRAIS(sic), as quais nós, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos eludir."

74 HABERMAS. *Direito e democracia*, vol. II, p. 10.

simultaneamente falível e normativa? Sob o ponto de vista procedimental é por ser falível e normativo que o Direito garante adesão e reconhecimento como *medium* de integração social, pois, como lhe cabe solucionar conflitos de modo justo, tanto mais logra êxito quanto mais adequar-se e abrir-se às novas demandas de normatização ao reconhecer-se como revogável.

Já o questionamento pela validade dos procedimentos jurídicos nos coloca diante da pergunta pela diferença entre os realizados sob a égide de Estados democráticos e aqueles que se dão nos Estados totalitários. Podemos pôr em ação um *devido processo legal* ou mesmo *constitucional* e instituímos o arbítrio. Contudo, não é admissível esquecer que todas as ditaduras do século XX fizeram sempre recurso à estrutura jurídica para legitimar suas ordens e violações. Cria-se um arcabouço jurídico e é fácil concluir como devido este ou aquele procedimento. Como é preciso aprender com os erros, percebe-se que a validade dos procedimentos se forma, na verdade, pela *autonomia* do *sujeito de direito* e pela composição entre *soberania do povo* e *direitos humanos*.

Ao contrário do que afirma Habermas, a ideia de autonomia de modo algum se constitui como *núcleo dogmático*⁷⁵ do Estado Democrático de Direito, pelo contrário. Em uma demonstração categórica sobre o processo de passagem do *ethos* à Ética, Lima Vaz⁷⁶ designará a autonomia como *movimento dialético da ação* segundo a teleologia da liberdade⁷⁷. A autonomia é pensada como obra do permanente realizar-se da liberdade. É a liberdade, a autonomia, portanto, que se apresenta como centro irradiador da racionalidade no Estado moderno, que se projeta como institucionalização do poder e sua ordenação normativa, ambas supressumidas na forma de uma Constituição. Assim, a competência e o desígnio do Estado, igualmente sua

75 HABERMAS. *Direito e democracia*, vol. II, p. 190.

76 LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Ética e Direito (Organização e Introdução de Cláudia TOLEDO & Luiz MOREIRA)* São Paulo: Landy & Loyola, 2002, p. 34: “Enquanto produtora de símbolos ou enquanto portadora da significação do seu objeto, a ação manifesta desta sorte uma propriedade constitutiva da sua natureza: ela é medida (métron) das coisas e, enquanto tal, eleva-se sobre o determinismo das coisas e penetra o espaço da liberdade.”

77 LIMA VAZ. *Ética e Direito*, p. 35-36: “Com efeito, em todos os grandes domínios das formas simbólicas, cuja articulação constitui o mundo da cultura, na linguagem, no mito, no saber, no trabalho, na organização social, o *ethos* irá encontrar expressões da sua normatividade que se apresentam como transcendentais à ação efêmera do indivíduo. Enquanto mundo objetivo de realidades simbolicamente significadas e que tende, pela tradição, a perpetuar-se no tempo, a cultura mostra, assim, toda uma face voltada para o *dever-ser* do indivíduo e não apenas para a *continuação* do seu ser. Nela o indivíduo encontra, além do sistema técnico que assegura a sua sobrevivência, ainda e, sobretudo, o sistema normativo que lhe impõe a sua *auto-realização*.”

funcionalidade, cingem-se a ideia de efetivação da liberdade mediante a normatividade estatal dos *direitos fundamentais*. É, destarte, a autonomia dos sujeitos de direito que estrutura o Estado como normatividade da liberdade ou como ordenação da justiça. Outrossim, desde a tradição oral grega⁷⁸ que a *liberdade* é pensada como atrelada à *lei*. Se o Direito é, para Habermas, igualmente um saber e uma instituição, logo, obra da liberdade, claro que essa afirmação de dogmaticidade é contraditória com os princípios da Teoria Discursiva do Direito⁷⁹.

É a ideia de autonomia, por conseguinte, que nutre a expectativa de que a *normatividade jurídico-estatal* seja concebida como emanação da *vontade livre* de cidadãos associados e como lei dotada de reconhecimento universal. É essa ideia motriz que articula a de sujeito de direito, colocando em movimento uma normatividade jurídica que é ao mesmo tempo *autônoma* e *heterônoma*. Autônoma já que criação e reflexo da vontade livre que dá a si mesma as próprias leis e, heterônoma, por reconhecer, na normatividade proveniente de uma estrutura estatal. A legitimidade necessária para prescrever condutas, sendo o Estado a projeção da vontade associada e, como tal, a instituição por excelência da liberdade.

É por intermédio do *sujeito de direito* entendido como *universalidade de inclusão* e reconhecimento que surge no horizonte da modernidade a *estrutura intersubjetiva de direitos*. No momento em que essa estrutura é instituída, temos formulada a legitimidade do Estado Democrático de Direito. Por ser jurídica, a inter-relação entre sujeitos é mediada por uma liberdade de associação e criação de uma ordenação estatal que prescreve e disciplina condutas. Ao obedecerem às leis estabelecidas por eles próprios, todo

78 LIMA VAZ. *Ética e Direito*, p.43, nota 50: “Themis, ‘ordenação’, no vocabulário homérico remete à aplicação da justiça sob a égide de Zeus; Dike, ‘justiça’, próprio do vocabulário hesiódico, personalizada numa deusa todo-poderosa, exprime através do conceito de igualdade a racionalidade do direito”.

79 Como, por exemplo, em HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 168: “Se a autodeterminação democrática quer dizer participação homogênea de cidadãos livres e iguais no processo de tomada de decisões e da legiferação, o que muda com a democracia em primeira linha, são a espécie e o exercício da soberania interna. O Estado Democrático de Direito revoluciona o fundamento da legitimação do poder.”; p. 286: “há ordens jurídicas estatais sem instituições próprias a um Estado de direito, e há Estados de Direito sem constituições democráticas. Essas razões empíricas para um tratamento acadêmico dos dois objetos marcados pela divisão do trabalho, porém, não significam de modo algum que possa haver do ponto de vista normativo um Estado de direito sem democracia.”; p. 287: “Pois no modo de validação do direito a facticidade da imposição do direito por via estatal enlaça-se com a força legitimadora de um processo instituidor do direito, o qual, de acordo com a sua pretensão, é racional, justamente por fundamentar a liberdade.”

o monopólio do Poder Jurídico concentra-se nos sujeitos de direito. É este poder que forma o aparato estatal, sendo por seu turno, a *norma jurídica* expressão da *liberdade* e da *igualdade* dos cidadãos. Como legislação que os sujeitos de direito prescrevem a si mesmos, o ordenamento jurídico é a *emanação soberana* do *poder legiferante* do *povo*, associada à inserção de uma substância nas condições formais da institucionalização da liberdade, substância essa que são os *direitos humanos*, normas de igualdade e reconhecimento exigíveis universalmente. Com a síntese entre soberania do povo e direitos humanos⁸⁰ é que se insere universalidade material na universalidade abstrata da lei, suprassumidas como *universalidade* da *liberdade* e da *igualdade*, ou seja, enquanto *ordenação justa da liberdade*.

A outra dimensão da tensão entre facticidade e validade é *extrínseca*, englobando a facticidade dos processos políticos cujas formulações históricas concretas buscam dar respostas palpáveis a problemas específicos e a pretensão à *aceitabilidade racional* inerente à *normatividade* do Estado Democrático de Direito.

As normas jurídicas satisfazem hipoteticamente a aspiração de gerar justiça e liberdade. Como tal, o Direito tem sempre que, de novo, normatizar as demandas existentes em cada contexto histórico.

É com base na *soberania legiferante do povo*, nos *direitos fundamentais* e no seu exercício que se dá o constante aperfeiçoamento do Direito.

Esse processo de aperfeiçoamento se mostra por meio de regras procedimentais e pela participação popular. A fim de favorecer a racionalidade, no sentido de previsibilidade do trâmite procedimental e universalidade da lei, essas demandas circunscrevem-se a um procedimento legislativo com regras previamente definidas segundo a especificidade da demanda. Por seu turno, o processo legislativo abre-se à participação livre e em igualdade de oportunidade, mediante regras de *quorum*, regras de participação e representação, equilíbrio entre entes federativos etc. À exigência de previsibilidade e universalidade dos procedimentos e processos legislativos vem juntar-se a de positivação da falibilidade normativa. Consequentemente, o procedimento e o processo legislativo, a fim de institucionalizar a vontade democrática dos cidadãos, além de possibilitar a *autoconstituição da*

80 Para uma análise pormenorizada desta síntese entre soberania do povo e direitos humanos, cf. MOREIRA. *Fundamentação do Direito em Habermas*, p. 158-165; para uma visão crítica dessa relação cf. MOREIRA, Luiz. *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

liberdade comunicativa criadora de uma normatividade jurídica, devem ser munidos de *correição processual*, de modo que seja afastada qualquer decisão arbitrária ou restritiva de direitos.

No entanto, esses processos políticos de formação e institucionalização da vontade democrática dos cidadãos, livres e iguais, é momento necessário, mas não suficiente de efetivação da liberdade. A circunscrição aos limites da facticidade procedimental instituída pelo ordenamento jurídico pouco ou nada de diferente tem das formulações do *positivismo* ou do *normativismo jurídico*, -- dado que resultaria no abandono de uma instância crítica ou regulativa --, uma vez que assumiríamos, agora sim, uma posição dogmática em *sentido estrito*. Tal dogma fincaria raízes no hipostasiamento do procedimento, na ideia de infalibilidade e de prescrição *a priori* do processo político de tomada de decisões como medida de legitimidade.

Extrinsecamente, a tensão entre facticidade e validade dá-se por intermédio da normatividade do Estado Democrático de Direito. Essa normatividade se apresenta como inter-relação de sujeitos *de* direito que se articulam na perspectiva universal da *reciprocidade* de seus *direitos e deveres*. Essa reciprocidade é suprassumida, associada e livremente, no exato momento em que os sujeitos de direito fundam uma *normatividade livre*. Com a síntese entre autonomia e heteronomia, cujo elo é o sujeito de direito, é que é instituída uma *universalidade jurídica*, ao mesmo tempo *formal e material*, pelo Estado Democrático de Direito. Assim, o Estado Democrático de Direito é obra da *liberdade* e da universalidade da *igualdade*. Sendo criação de todos os cidadãos, torna também universal a obrigatoriedade jurídica (isonomia). Uma obrigatoriedade, *prescritiva* e *a posteriori*, que pelos sujeitos de direito institucionaliza a liberdade e a igualdade em sociedades complexas e que têm no Direito o *medium* ao mesmo tempo normativo e democrático.

Como relação recíproca de isonomia e autonomia, a intersubjetividade de direitos desempenha padrão crítico de racionalidade dos procedimentos positivados no ordenamento racional. Essa ordenação para ser normativa em termos jurídicos tem de pretender aceitação universal, isto é, comprovar sua validade frente a objeções factuais. Em uma palavra, a *normatividade jurídica* tem de *universalizar-se formal e materialmente*.

Desse modo, em um mundo no qual a sociedade se estrutura mediante um conjugar recíproco de direitos, a ordem jurídica há de abri-se permanentemente à democracia, na qual a separação dos poderes se submete ao voto, e a que a universalidade formal e material do direito seja formatada pela Política.

3. CONCLUSÃO

Nos últimos vinte anos, com o advento da nova Constituição da República, assistimos a um crescente processo de fortalecimento do elemento jurídico em nossa sociedade com o paulatino esvaziamento da política. É que o modelo constitucional que adotamos, bem como a teoria constitucional, foram construídos a partir dele. Isso redundou no deslocamento dos maiores temas nacionais do Parlamento para as barras dos tribunais.

Esta visão do constitucionalismo, em crescente avanço, pretende transpor para o conflito de interesses, típico do litígio jurídico, o confronto de vontades inerente à democracia, com objetivo de reduzir aos estritos limites do processo judicial toda a riqueza decorrente da oposição entre os diversos sujeitos de direito que interagem no cenário nacional.

A exacerbação do elemento jurídico guindou a política à posição subalterna, à quase uma mácula na vida nacional, sagrando aos operadores dos direitos, sobretudo, aqueles que ocupam a cúpula do Poder Judiciário, a vocação imaculada para a pacificação social. A pretensão dos defensores públicos, por exemplo, em discussão no Senado da República, nada mais representa do que a tentativa de engajamento na grande onda do novo constitucionalismo que pretende sobrepor os denominados interesses imaculados de estado às pretensões espúrias do elemento político, corporificado na ação deturpadora do Poder Legislativo e supostamente partidária do Poder Executivo.

Em síntese, seria preciso salvar o país da política. E a tábua de salvação seriam agentes públicos organizados sob a denominação de carreiras de estado, submetidos ao regime jurídico próprio com independência funcional e autonomia administrativa, além de imunes a qualquer diretriz de governos hierarquicamente imposta.

A oposição entre governo e estado, implícita no regime presidencialista, é cada vez mais forte em todos os setores da estrutura do Estado brasileiro e já conduz a total imobilização do governo.

O mais grave é que tanto a imobilização das estruturas de governo, quanto à desvalorização do Parlamento com a demonização da política, tem como pressuposto o esvaziamento da democracia pela condição subalterna a que é lançada a soberania popular, isto é, a legitimidade dos atores estatais investido de poder pelo voto popular. Somente o concurso público e o manejo da técnica são tomados como processo legítimo de investidura de poder

público, situado em posição acima dos operadores da política. Em síntese, é preciso salvar o país da interferência dos políticos.

É preciso estar alerta ao atual quadro de judicialização de todos os fenômenos sociais. O progressivo avanço do direito sobre a democracia manifesta-se na judicialização da política e na criminalização das relações sociais e perseguem a lógica de esvaziamento e de judicialização do Parlamento. É que a moda constitucional diz que quanto menos política melhor, quanto menos governo melhor. Afinal, o mandato macula a ordem herdada do Poder Constituinte e somente por uma intervenção do Judiciário tal pureza será conservada. Não é por outra a razão que o controle de constitucionalidade é sempre conjugado com a mutação constitucional, pois assim a sentença substitui o voto.

O Ministério Público não pode e não será passivo diante da interdição do Parlamento e da política. Cabe ao Ministério Público insistir que a democracia prevaleça sobre a técnica, que o Parlamento prevaleça sobre o controle de constitucionalidade, como a legítima forma de manifestação da soberania popular.

Assistimos ao multiplicar de ações tendentes a esvaziar o Legislativo, com o propósito de transformá-lo em órgão homologador das iniciativas gestadas pelas instâncias que não têm voto. É preciso articular uma teoria que seja capaz de resguardar a democracia e que tenha no Parlamento a expressão máxima da soberania popular. Nunca é demais recordar: é a democracia que torna a Constituição e a lei legítimas. Portanto, sem democracia, sem Parlamento e sem governo qualquer Constituição é apenas Constituição autoritária e outorgada.

É preciso que o Ministério Público seja capaz de auxiliar o Parlamento e a sociedade brasileira a desfazerem tal armadilha. O presente e o futuro da sociedade só serão válidos à medida que decorrerem da democracia. Democráticos são, sobretudo, os poderes que decorrem do voto. Não é possível, por exemplo, que o STF exerça as atribuições que se espera do Senado, pois no desempenho dessas atividades o Judiciário não detém legitimidade.

O modelo adotado para a estruturação do Ministério Público pela Constituição de 1988 não pode e não deve ser adotado pelas instituições que compõem a estrutura do Poder Executivo, porque a independência funcional e autonomia administrativa decorrem da tutela penal da sociedade, inerente ao ofício dos promotores de Justiça e Procuradores da República.

Quanto à tutela dos interesses civis, o Ministério Público, ao longo dos últimos vinte anos, tem amadurecido sua atuação para estabelecer o perfeito balizamento entre a tutela dos interesses difusos e a não intervir em políticas

públicas. Por isso podemos afirmar que chegamos agora a estágio de amadurecimento. É uma prerrogativa que, não obstante, não deve estar difusa em todos os órgãos do Estado, como as próprias defensorias e advocacias públicas, e sim, concentrada em um órgão externo aos demais poderes, com tradição na tutela de tais interesses.

A questão da interação entre o universo do Direito e da política já fora proposto pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), no âmbito do projeto “Direito e Democracia”, no qual buscamos resgatar a importância do Parlamento Federal como genuína manifestação da soberania popular. Essa reflexão partiu da constatação do fortalecimento, entre os profissionais do mundo jurídico, de um sentimento pejorativo em relação à política, tendente a substituir a atividade do Parlamento, na construção do arcabouço legal, pela hermenêutica constitucional manejada pela cúpula do Poder Judiciário, gerando grave déficit de legitimidade.

No âmbito do Poder Executivo, a dicotomia entre os elementos jurídicos e políticos exacerbou-se, também, na radicalização entre os ditos interesses de estado e de governo, supostamente maculados pela pecha da intervenção política, aqueles supostamente sacralizados pelo manejo da técnica jurídica.

Ocorre que o universo do direito não está habilitado a promover o conflito de vontades, tampouco a efetuar as escolhas inerentes à repartição dos escassos e finitos recursos públicos entre todos os seguimentos da sociedade. Vale dizer que é um erro substituir a atividade parlamentar pelo controle de constitucionalidade, bem como substituir a governança pelo controle de legalidade com a interdição da política, porque o elemento jurídico, por si só, não é capaz de apaziguar o permanente conflito social.

Sustentamos que é preciso honrar o enunciado constitucional de que nossa República estrutura-se como um Estado Democrático de Direito, no qual os dois elementos devem coexistir harmonicamente, quer como uma democracia balizada pelos cânones jurídicos, quer como um estado de direito que se submeta à soberania popular.

É preciso articular uma teoria que seja capaz de resguardar a democracia e que tenha no Parlamento a expressão da soberania popular como máxima. Nunca é demais recordar que é a democracia que torna a Constituição e a lei legítimas. Portanto, sem democracia, sem Parlamento e sem governo, qualquer Constituição é apenas autoritária e outorgada.

O que torna legítima a Constituição de 1988 não é nenhuma mágica jurídica, não é nenhuma mágica que decorre do suposto Poder Constituinte

originário. O que a torna legítima, e tudo que dela decorre, é o fato de que ela foi gestada a partir de uma Assembléia Nacional Constituinte eleita pelo voto popular. Não é mágica, é um processo político, um elemento político de soberania popular.

BIBLIOGRAFIA

BOXER, Charles, 2002, *O império marítimo português 1415-1825*. Tradução de Anna Olga de Barros Barreto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

COSTA, Reginaldo da, 2002, *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

HABERMAS, Jürgen., 1997, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4a. edição. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1994. [ed. Brasileira: *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997].

HABERMAS. *Direito e democracia*, vol. II, p. 190.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de., 2002, *Ética e Direito* (Organização e Introdução de Cláudia TOLEDO & Luiz MOREIRA) São Paulo: Landy & Loyola, 2002, p. 34:

LIMA VAZ. *Ética e Direito*, p. 35-36:

MOREIRA, Luiz, 2002, "*Legitimation des Rechts bei Habermas*" [Legitimação do Direito em Habermas]. *Zeitschrift Aufklärung und Kritik* [Revista Esclarecimento e Crítica], Nurnberg, ano IX, no. 1, 2002, p. 70-88

MOREIRA, Luiz, 2002 *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2a. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MOREIRA, Luiz, 2002, "*Legitimation des Rechts bei Habermas*" [Legitimação do Direito em Habermas]. *Zeitschrift Aufklärung und Kritik* [Revista Esclarecimento e Crítica], Nurnberg, ano IX, no. 1, 2002, p. 70-88

MOREIRA, Luiz, 2007, *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

- NEGRI, Antonio, 2002, . *O poder constituinte*. Ensaio sobre as alternativas da modernidade, Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de, 1996, *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.
- SKINNER, Quentin, 1996 *As fundações do pensamento político moderno*. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta; rev. Técnica de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 285-301.

CAPÍTULO III

ORGANIZAÇÕES SOCIAIS, OSCIPS E SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS: QUAL A DIFERENÇA?⁸¹

Valéria Alpino Bigonha Salgado⁸²

RESUMO

A ação executiva do Estado na área social, por meio do estabelecimento de vínculos de cooperação entre a Administração Pública Direta e Indireta e entidades civis sem fins lucrativos, tem sido objeto de grande interesse e debate no país, especialmente pela proliferação do uso dos modelos de cooperação público-privada na área social, registrada nos últimos dez anos, no âmbito dos governos estaduais e municipais.

São vários os temas em discussão. A delimitação clara do espaço da ação privada no provimento complementar de serviços sociais diretamente à população; as áreas e as situações em que o administrador público pode e deve lançar mão da ação cooperada com o Terceiro Setor, ao invés de disponibilizar, diretamente, serviços públicos aos cidadãos; os requisitos de qualificação e seleção das entidades parceiras; as condições essenciais dos vínculos de cooperação que devem ser impostas pelo Poder Público, a fim de garantir a supremacia do interesse público, dentre outras.

81 Artigo apresentado no IV Congresso Consad, de 2011, no Painel 32 – Estruturas Organizacionais, cooperação público-privada e capacidade de gestão: experiências européias e lições para o Brasil, sob o título “Vínculos de cooperação entre a administração pública e entidades civis sem fins lucrativos o papel das organizações sociais, das Oscips e dos serviços autônomos”.

82 Valéria Alpino Bigonha Salgado é a atual diretora do Departamento de Inovação e Melhoria da Gestão da Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Este artigo pretende discutir esses e outros aspectos críticos dos modelos citados, a partir da análise de seus respectivos marcos legais, tendo como foco os formatos de parcerias com entidades civis qualificadas como organizações sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - Oscip ou instituídas como serviços sociais autônomos.

INTRODUÇÃO

A ação executiva do Estado na regulação da ordem social e econômica do país pode ser direta, se realizada por meio de suas estruturas estatais, ou indireta, se for por meio de agentes sociais ou de mercado, por força de contrato ou convênio firmado com a Administração Pública.

A definição e a diferenciação das situações em que cabe ao Poder Público atuar diretamente, e quando e onde ele pode contratar ou manter relações de colaboração com terceiros para o alcance dos objetivos públicos, são preocupações que têm ocupado espaço relevante na agenda dos administradores públicos, notadamente pela atual insegurança jurídica verificada nas relações entre órgãos, e entidades públicas e particulares.

Por ação estatal direta, entende-se a realizada por órgãos ou entidades do Estado criados por lei ou por força de lei, com competências, poderes e responsabilidades públicas estabelecidas em diploma legal⁸³. Na atuação indireta do Poder Executivo, o agente executor das atividades de interesse

83 Somente o comando legal específico pode criar ou extinguir órgãos da Administração Direta ou descentralizar competências e poderes da Administração Direta para as entidades públicas da Administração Indireta, dotadas de personalidade jurídica própria de direito público ou privado. É a lei que investe a entidade pública de competências e poderes estatais e estabelece seu âmbito de atuação.

A Constituição Federal estabelece que o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado (CF art. 76 e Decreto-Lei nº 200, de 1967, arts. 1º e 2º). Por definição primária da Constituição Federal, a criação de uma pessoa jurídica obedece, primordialmente, a uma decisão do chefe do Poder Executivo, o qual, no uso de sua *competência privativa* de proposição legal sobre matérias relativas à criação ou extinção de órgãos ou entidades da Administração Pública (art. 61 da Constituição), pode apresentar projeto de lei ao Congresso Nacional que trate da delegação de competência da União a uma nova pessoa jurídica, mediante descentralização administrativa, por entender que assim, essa competência poderá ser melhor desempenhada. O mesmo ocorre no âmbito dos estados e municípios. O surgimento de nova pessoa jurídica, dentro do direito público decorre, assim, da decisão política do Presidente da República, avaliada por decisão política do Legislativo, de *dar maior autonomia administrativa a determinada competência pública*, com o objetivo de lhe ampliar a efetividade. É a competência pública que é personalizada e não os recursos postos à sua disposição. A figura jurídica decorre da natureza das competências, – privativa e não privativa e da sua área de atuação –, se voltada ao desenvolvimento social ou à intervenção na economia.

público é privado. Essa atuação ocorre por meio do estabelecimento de relações negociais ou de colaboração. A ação indireta é uma estratégia passível de ser adotada sempre que a aquisição de serviços, produtos de terceiros ou a atuação cooperativa com particulares for, justificadamente, mais adequada, eficaz ou eficiente para o interesse público do que a atuação direta do órgão ou entidade da Administração Pública.

Somente quando atua diretamente, o Poder Executivo exerce atividades públicas ou presta serviços públicos. Quando contrata serviços no mercado ou atua por meio de parceria com o particular, o Poder Executivo disponibiliza aos cidadãos e às suas instituições atividades ou serviços de interesse público. A parceria público-privada não envolve, assim, a descentralização de competências públicas nem delegação de poderes⁸⁴ para o particular.

De fato, o exercício de competências públicas e, por extensão, a prestação de serviços públicos, é uma exclusividade da Administração Pública. Por princípio, só a Administração Pública Direta e Indireta exerce competências públicas. Quando o particular estabelece parceria com o Estado ou é por ele contratado, ele exerce atividade de interesse público e não uma atividade delegada. Nesse sentido, fixa o art. 175 da Constituição Federal que só é possível delegar competência pública a uma entidade privada por meio dos institutos da concessão e permissão, regulamentados pela Lei nº 8.987, de 1995. Nos demais casos, somente será serviço público se for prestado por pessoa jurídica estatal, de direito público ou privado, investida pela lei da competência e dos poderes estatais.

A atuação direta do Poder Executivo pressupõe, portanto, que a instituição executora da atividade seja pública – com direito de propriedade do Poder Público, o que implica em patrimônio, governança e força de trabalho vocacionados e direcionados exclusivamente para a realização dos objetivos públicos. Quando o direito de propriedade é público, a direção institucional, a supervisão e o controle da instituição são exercidos pelo Poder Público, sem interferência de terceiros, seja ela um órgão da Administração Direta, uma autarquia, fundação ou empresa pública⁸⁵.

84 Mencione-se a especificidade do contrato de concessão ou permissão que, por previsão constitucional e legal específica, delega competência à entidade civil para a execução de serviço público.

85 Na sociedade de economia mista é prevista a participação de pessoa física ou jurídica de origem privada, detentora de ações, embora, também nela, o direito de propriedade seja majoritariamente público. No entanto, ainda que seu sistema de governança garanta o controle acionário do Poder Público, ele contempla a participação dos acionistas privados, em defesa de seus próprios interesses, que podem ou não convergir com o interesse público.

No caso da atuação indireta do Poder Executivo, é o agente executor privado que detém o direito de propriedade das estruturas, do patrimônio e dos demais recursos que serão empregados na efetivação da atividade. Também a governança e a gestão da força de trabalho são eminentemente privadas e voltadas ao cumprimento da finalidade institucional privada. Os compromissos que a entidade particular, com ou sem fins lucrativos, tem em relação ao Poder Público, são exclusivamente contratuais ou convenientes nos termos estabelecidos no ajuste que firmar com a Administração Pública. A pessoa civil não está obrigada a observar os princípios constitucionais e legais da Administração Pública, nem os regramentos impostos às estruturas estatais.

2. DEFINIÇÕES DE ATIVIDADE PÚBLICA PRIVATIVA: ATIVIDADE PÚBLICA NÃO PRIVATIVA E ATIVIDADE DE INTERESSE PÚBLICO

Para melhor entendimento do tema tratado neste artigo é relevante discorrer rapidamente sobre as diferenças existentes entre as atividades públicas privativas de Estado; as públicas não privativas e as atividades de interesse público.

Atividades públicas privativas são as relacionadas ao exercício das prerrogativas decisórias e normativas específicas que a Constituição e a lei concederam às estruturas do aparelho do Estado. Essas atividades implicam o uso de poderes próprios de Estado, denominados poderes de autoridade, de mando ou de polícia e, portanto, são vedadas ao particular. Consideram-se privativas as atividades que envolvam (a) defesa ou a restrição de direitos, obrigações de particulares ou da própria Administração Pública; (b) organização da coação social a serviço e no exercício de comandos estatais; (c) regulação e regulamentação da ação pública; e (d) uso do poder de polícia *strictu sensu*, de punição externa e de supervisão, controle e fiscalização de agentes públicos e do setor privado:

Atividades públicas privativas têm a comunidade, a sociedade em geral, como destinatária e beneficiária final. Não visam beneficiar, isoladamente, determinado cidadão ou entidade civil, ainda que possam ser, em muitos casos, os sujeitos da atividade estatal de natureza privativa. O objetivo principal é assegurar o equilíbrio democrático e social. Atuam, portanto, na dimensão coletiva e não na dimensão individual.

Por sua vez, as atividades públicas não privativas são exercidas diretamente pela Administração Pública por dever constitucional e legal, mas não requerem

o uso dos poderes próprios de Estado. Normalmente, estão relacionadas ao provimento direto de benefícios sociais aos cidadãos, que atendam às suas necessidades e direitos individuais, ou à exploração direta de atividade econômica, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. É a própria Constituição ou a lei quem define a natureza não privativa da atividade pública, quando dá autorização ao particular de executar ou explorar determinado ramo de atividade, de forma concomitante, complementar ou concorrente com o Poder Público, com fins lucrativos ou não⁸⁶.

Por serem exercidas por estruturas públicas, as atividades públicas não privativas detêm um conjunto de atributos estatais como laicidade, universalidade,, gratuidade (em alguns casos), dentre outros que lhes impõem a observância de normas e procedimentos próprios do direito público, estabelecidos pela Constituição. Adicionalmente, contemplam atributos relativos à natureza específica da atividade, similares aos estabelecidos para as atividades privadas, realizadas pelos particulares.

Em função da sua natureza pública, mas não privativa, que conjuga requisitos essencialmente estatais e requisitos comuns com o universo privado, não há necessidade de se lhes aplicar o mesmo regime jurídico a que se submetem as atividades públicas privativas. Elas podem ser regidas por um regime que integre elementos do direito público e do direito privado⁸⁷.

Finalmente, a atividade de interesse público é aquela exercida pelo particular que, por sua natureza e possibilidade de impacto positivo na ordem econômica ou social, tem relevância pública. A natureza e os objetivos dessas atividades são essencialmente privados, ainda que alinhados aos interesses e objetivos públicos. De fato, diferentemente da Administração Pública, que atua por dever, a atuação da pessoa civil obedece à motivação interna e particular, seja ela econômica, relacionada ao espírito de filantropia ou caridade. De fato, não se transferem

86 Tanto na prestação de serviços sociais quanto na geração de bens e serviços para o mercado, a atividade pública não privativa visa atender diretamente aos cidadãos, individualmente ou em grupos; produzir resultados concretos e objetivos em termos de pesquisa e tecnologia ou de proteção ambiental ou oferecer bens e serviços a clientes, em ambiente de mercado. São resultados individuais com impactos diretos na vida dos cidadãos e em suas instituições, passíveis de serem definidos objetivamente, mensurados e controlados.

87 Não há necessidade de lhes impor o rígido regime de direito público da Administração Direta, concebido com fins de cerceamento e controle da atividade discricionária do administrador investido de poderes estatais. São formatos jurídicos próprios para descentralização dessas atividades as fundações públicas de direito privado (ou fundações estatais), as empresas públicas, as sociedades de economia mista e o consórcio público de direito privado.

responsabilidades e competências públicas para o particular. Da mesma forma, as atividades de interesse público exercidas pela pessoa civil não se submetem ao regime jurídico administrativo e sujeitam-se tão somente às imitações que lhe forem impostas pela lei, ao abrigo do art. 5º da Constituição Federal.

É claro que, quando o particular celebra contrato, convênio ou outro tipo de ajuste com o objetivo de atuar em cooperação com a Administração Pública, ele pode se submeter, espontaneamente, à observância de regras especiais que atendam ao interesse público. Nesse caso, as regras devem ser previamente negociadas e constar do ajuste firmado. Mas não é a lei ou a norma que impõem e obrigam a pessoa privada a adotar procedimentos e controles próprios do Direito público, e sim, o ajuste que ela celebrou de comum acordo com o Poder Público.

Nesse aspecto, é importante frisar que não pode a lei ou a norma interferir na liberdade de funcionamento das entidades privadas e estender-lhes o regime jurídico público, próprio da Administração, nem mesmo quando essas entidades estabelecem relações comerciais ou de parceria com o Poder Executivo. A organização e o funcionamento das empresas, fundações e associações privadas estão sujeitos, exclusivamente, aos regramentos a elas impostos pelo Direito Privado. Ainda que recebam transferências financeiras oriundas do Poder Público, elas não têm alteradas a sua condição de entidades eminentemente privadas.

3. VÍNCULOS PARAESTATAIS DE COOPERAÇÃO ENTRE PODER PÚBLICO E ENTIDADES CIVIS

A atuação conjunta e cooperada entre o Poder Executivo e as entidades civis com ou sem fins lucrativos na realização de atividades não privativas de Estado e, especialmente, no provimento de serviços sociais de interesse público diretamente ao cidadão, está prevista expressamente na Constituição Federal e no ordenamento jurídico brasileiro.

Geralmente, essa previsão é genérica e indicativa de que a parceria ou colaboração estado-sociedade é desejável e recomendável para o alcance dos objetivos públicos de garantir a ordem social e econômica, ficando a cargo do Poder Executivo escolher quando e com quais entidades ele irá estabelecer vínculos de cooperação.

No entanto, há casos em que a Constituição ou a lei preveem de forma direta, o estabelecimento de relações de parceria entre a Administração Pública e entidades civis sem fins lucrativos específicos. Como exemplo, podem ser

citadas as entidades civis de serviço social e formação profissional vinculadas ao sistema sindical, os serviços sociais autônomos, às quais a Constituição reconhece como parceiras e lhes garante, inclusive, fomento público a partir de fonte de recursos de origem parafiscal.

Essas entidades que mantêm vínculos de cooperação com a Administração Pública por força de lei ou da própria Constituição são reconhecidas, na doutrina jurídica nacional, como entidades com *vínculo paraestatal com o Poder Público*⁸⁸. Nelas, a cooperação público-privada não decorreu da vontade e decisão do Poder Executivo, mas por reconhecimento direto e ato do Poder Legislativo⁸⁹.

Há diversos tipos de vínculos paraestatais que podem ser diferenciados quanto à sua previsão constitucional ou legal; quanto à natureza da atividade a ser exercida em cooperação, privativa ou não privativa de Estado; e quanto à natureza da “contrapartida” pública dada à entidade civil, geralmente de fomento com recursos de origem fiscal e parafiscal. Os ofícios públicos são exemplos de vínculos paraestatais estabelecidos com o particular, ao amparo da Constituição, para exercício de atividades que implicam poderes estatais. Esse também é o caso das autarquias corporativas instituídas antes da vigência da Constituição de 1988 que previa, expressamente, a delegação de poderes de polícia a essas entidades e destinavam a elas recursos parafiscais, oriundos das contribuições compulsórias dos seus associados.

Há vínculos paraestatais estabelecidos com entidades instituídas exclusivamente por particulares e por particulares em conjunto com o Poder Público. Nesse último caso, destaca-se a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI) cujo sistema de governança contempla a representação pública.

Usualmente o formato jurídico das entidades com vínculo paraestatal é o associativo ou o fundacional, e suas finalidades são não lucrativas, voltadas para a área social. Prestam serviços de interesse público direcionado à

88 É bem verdade que a doutrina não tem uma conceituação clara do que sejam entidades com vínculo paraestatal. Para alguns, o conceito abrange as figuras jurídicas estatais de direito privado, ou seja, as fundações e empresas estatais, assim como os serviços sociais autônomos. Neste estudo, consideram-se paraestatais os vínculos estabelecidos entre a entidade civil e o Poder Público e não as entidades, que são privadas, criadas mediante a observância das disposições do Código Civil para o exercício de atividades de interesse público.

89 É bom lembrar que a lei não obriga e nem autoriza o particular a instituir entidade civil com ou sem fins lucrativos. Essa liberdade, ele já tem por garantia constitucional. Os incisos XVII, XIII e XX, do art. 5º da Constituição, asseguram aos cidadãos a liberdade de se associarem e vedam qualquer forma de imposição à associação e à permanência como associado. Assim, a lei que trata do vínculo paraestatal é dirigida, especialmente, ao Poder Público, no sentido de disciplinar suas relações com o particular.

população, atuam no setor de pesquisa, inovação e tecnologia ou na área de articulação e mobilização social e de agentes do setor produtivo em apoio a políticas públicas.

A lei que concede o *status* paraestatal do seu vínculo com o Poder Público estabelece requisitos dessa relação de cooperação que podem envolver a garantia de financiamento público de origem fiscal ou parafiscal, a administração e a permissão de uso de bens públicos, dentre outros recursos. Em alguns casos, a lei impõe regras de direito público a serem observadas no âmbito da cooperação público-privado.

Quando o Poder Público participa da instituição da entidade com vínculo paraestatal, em conjunto com particulares, normalmente, essa participação estatal é minoritária, inclusive para fins de representação nos órgãos de decisão superior, embora haja exceções.

Como não há, no ordenamento jurídico nacional, norma legal que discipline a formação dos vínculos paraestatais⁹⁰, esses formatos apresentam grande variabilidade e respondem, em geral, às especificidades típicas do caso concreto. O certo é que essas entidades civis, constituídas para atender às disposições de comando legal específico, culminam por não se enquadrarem no universo público e no universo privado, caracterizando-se como um modelo híbrido de atuação estatal – instituído de forma conjunta entre particulares e Poder Público; com competências privadas, mas de interesse público; regido pelo direito privado, mas com prerrogativas, vantagens e condicionantes garantidas e impostas pelo direito público⁹¹. Daí são nominadas paraestatais.

90 É importante destacar que *entidade paraestatal* não é nova categoria jurídica, diferente das previstas no Código Civil, e sim, entidade civil que, pelo vínculo de cooperação que mantém com o Poder Público, é assim intitulada e distinguida dentre demais entidades civis.

91 O estatuto jurídico da entidade com vínculo paraestatal observa as normas do Direito Civil que regem as pessoas jurídicas de direito privado, observadas as disposições de direito público da lei específica que estabelece o vínculo paraestatal com o Poder Público. As entidades são civis – criadas pelo particular ou pelo Poder Público – e não se submetem às normas constitucionais de direito público impostas à Administração Pública, especialmente as estabelecidas no Título III – Da Organização do Estado, Capítulo VII – Da Administração Pública da Constituição Federal (arts. 37 a 43). Não estão obrigadas a prover seu quadro de pessoal por concurso público; a observar os procedimentos de licitação nos seus contratos de compra de bens e serviços; assim como prestar contas de sua gestão aos órgãos de controle interno e externo do Poder Executivo Federal.

Não há um padrão na imposição dessas regras de direito público às entidades com vínculo paraestatal que irão depender do teor da lei autorizativa e do regulamento aprovado pelo Poder Público. Note-se que as regras específicas de direito público impostas ao vínculo paraestatal não se confundem com as regras do regime administrativo observado pelos órgãos e entidades estatais, de direito público ou privado. São regras especiais e não institutos administrativos.

A entidade, em geral, tem o financiamento público ou parafiscal assegurado pela lei, sendo que pode dispor, adicionalmente, de outras fontes de receitas, oriundas de prestações de serviços e de mutações patrimoniais. Fontes próprias de geração de receitas, de doações e legados.

A entidade com vínculo paraestatal não é uma forma de descentralização administrativa de competências públicas e, portanto, não integra a Administração Pública Indireta. Na qualidade de colaboradora do Poder Público, goza de plena autonomia administrativa e financeira e não se submete à supervisão da Administração Direta, que incide sobre as autarquias, fundações e empresas estatais⁹².

A lei e a norma nem sempre são suficientemente claras a respeito da natureza dos controles institucionais exercidos sobre essa entidade, sendo que esta matéria é objeto de debate, especialmente ante a tendência dos órgãos de controle interno e externo de aplicarem a ela procedimentos próprios do controle da ação administrativa das entidades da Administração Pública Indireta.

4. VÍNCULOS DE COOPERAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA, DE NATUREZA INFRALEGAL

As formas mais usuais de cooperação público-privada são aquelas previstas pela legislação, mas que se estabelecem por ato infralegal. Nelas, a decisão de celebrar ou não uma parceria é do próprio Poder Executivo, sem necessidade de uma autorização legal específica, devendo, sempre, ser motivada⁹³.

Os principais modelos de cooperação entre órgãos e entidades públicos e associações ou fundações privadas, previstos na legislação federal são os seguintes:

- a.** A qualificação de entidades civis como organizações sociais, para fins de fomento e parceria (Lei nº 9.637, de 1988);

92 O ofício público é uma exceção, visto que exerce competência pública delegada.

93 Constituem exceções as relações de colaboração *paraestatais* estabelecidas com particulares, previstas em lei.

- b.** A qualificação de entidades civis como delegatárias de águas, para exercício de atividades de agências de águas (Lei nº9.433, de 1997);
- c.** A qualificação de entidades civis como organizações da sociedade civil sem fins lucrativos – Oscip, para fins de fomento e parceria (Lei nº 9.790, de 1999);
- d.** A qualificação de fundações civis em fundações de apoio a instituições públicas federais de ensino superior e de pesquisa (Lei nº 8.958, de 1994);
- e.** A celebração de convênios com entidades civis (Lei nº 12.309, de 9 de agosto de 2010 – LDO 2011).

Quando o Poder Executivo qualifica uma associação ou fundação privada sob o modelo de organização sócia, agência delegatária de águas, Oscip ou fundação de apoio, o objetivo é ampliar a sua capacidade de regulação, especialmente por meio do aumento da oferta de serviços sociais à população e de realização indireta de outras atividades de interesse público. Cada um desses vínculos de cooperação é criado por um diploma legal específico, que institui o modelo de cooperação e parceria e lhe define as principais características, principalmente as de ordem regulatória, sobre as relações público-privadas a serem estabelecidas sob sua égide.

Normalmente, essas normas tratam de definir o modelo de ajuste público-privado que formaliza a cooperação; dispõem sobre as principais cláusulas contratuais ou conveniais que garantem a observância do interesse público; e estatuem as formas de acompanhamento, avaliação e fiscalização dos resultados obtidos no âmbito da relação cooperada.

Assim, embora o modelo de cooperação tenha sido instituído por lei, o vínculo de cooperação público-privado tem natureza infralegal, – formalizado pelo instrumento contratual ou convenial, que estabelece as obrigações e responsabilidades das partes e outras cláusulas importantes –, inclusive, sobre a eventual transferência de recursos financeiros do orçamento público para a entidade parceira.

Vê-se que essa forma de cooperação diferencia-se da cooperação paraestatal por se tratar de uma autorização genérica dada pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo para que esse eleja, mediante critérios públicos e transparentes, as entidades civis sem fins lucrativos com as quais pretenda

estabelecer relações de parceria. No caso do vínculo paraestatal, a entidade parceira já é identificada na própria lei autorizativa da relação de cooperação.

Embora já tenha sido dito, é bom lembrar, novamente, que:

- a.** a relação de cooperação público-privada não implica a delegação de competências e poderes públicos. Ainda que exerçam atividades ou prestem serviços relacionados com objetivos públicos, as entidades contratadas ou parceiras são privadas, imbuídas de espírito público. Não cumprem competência estatal e não estão investidas de autoridade pública. Suas atividades são de interesse público e não substituem, mas complementam a ação estatal;
- b.** o fato de celebrar um contrato, convênio ou outra forma de ajuste com o Poder Público, de cooperação público-privada, não altera a natureza jurídica da entidade privada que, assim, não se submete aos regramentos do direito público que regem os órgãos e entidades públicos da Administração Direta e Indireta. Essas entidades não se submetem, por exemplo, ao instituto do concurso público e da licitação – exclusivos da Administração Pública. Também não são obrigadas a prestar contas de sua gestão aos órgãos de controle interno e externo do Poder Executivo. Prestam contas ao órgão ou entidade pública com o qual celebraram o ajuste de parceria e fomento e podem se submeter a regras especiais no que concerne à contratação de pessoal ou às suas compras e contratações, por força dos termos que ajustarem com o Poder Público.

Dentre os formatos de cooperação existentes no Governo Federal e mencionados anteriormente, pode-se fazer uma importante diferenciação: as OS, as agências delegatárias de águas e as fundações de apoio são modelos de qualificação direcionados a parcerias de longo prazo para a realização de atividades de interesse público de natureza continuada. As leis que instituíram esses modelos previram mecanismos de cogestão público-privada para garantir a observância dos interesses públicos e o alinhamento da entidade aos objetivos da Administração.

Já o modelo de qualificação de Oscips foi concebido para facilitar e agilizar as relações de cooperação entre o Poder Público e as entidades civis na realização de projetos específicos de curta ou média duração e, portanto, não contempla a preocupação com a cogestão.

Um aspecto interessante nos modelos que contemplam a cogestão público-privada é o questionamento sobre a participação do Poder Público na governança das entidades parcerias, tida, usualmente, como uma ingerência pública no processo decisório superior da entidade privada.

Um dos alvos desses questionamentos tem sido a Lei Federal nº 9.637, de 1998, que instituiu o modelo das organizações sociais como um modelo de parceria de longo prazo. Embora, nesse caso, a lei deixa claro que a previsão da representação pública nos órgãos internos da entidade privada tem que ser uma iniciativa da própria entidade civil e não uma imposição do Poder Público.

No caso da celebração de convênios, a lei tem considerado a participação de dirigentes públicos ou servidores nos conselhos de administração de entidades privadas como fator impeditivo para que essa entidade possa receber fomento público a qualquer título, a não ser nos casos em que houver explícita previsão legal dessa participação (vide art. 37 da Lei nº 12.309, de 9 de agosto de 2001). A preocupação maior é a de evitar a corrupção, nos casos em que a participação do agente público nos órgãos decisórios da entidade privada parceira do Estado não decorrer de decisão estritamente institucional, voltada para uma melhor defesa do interesse público dentro das estruturas privadas. Por isso, a importância das exceções previstas, que isentam da limitação legal, a representação pública nas entidades privadas, quando a medida atender aos interesses da Administração Pública.

Outro ponto interessante de ser comentado refere-se ao controle interno e externo das atividades de interesse público realizadas pela entidade civil sem fins lucrativos, com vínculo de cooperação firmado com o Poder Público. Nesse aspecto, é sempre didático lembrar que a entidade de colaboração é uma entidade civil de direito privado, sem fins lucrativos, instituída pelo particular e, como tal, sua gestão administrativa, patrimonial ou financeira não está submetida ao controle interno e externo do Poder Executivo.

Quando mantém vínculo de colaboração com o Poder Público e recebe recursos públicos a título de fomento deve prestar contas à Administração sobre o cumprimento das cláusulas contratuais e o alcance dos objetivos e metas que tiverem sido fixadas. Esse controle é exercido pela Administração Pública, notadamente no que se refere à verificação do alcance dos resultados esperados com a parceria ou o apoio público. Quem presta contas aos órgãos de controle interno e externo é a Administração Pública sobre os resultados alcançados no ajuste e em relação ao seu próprio desempenho como negociadora e fiscalizadora do contrato ou convênio.

5. BREVE ANÁLISE DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

“Organização Social” (OS) é um título concedido pelo Poder Executivo a uma entidade civil sem fins lucrativos que tenha como finalidade atuar nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura ou saúde e que atenda a determinados requisitos, em situações específicas previstas em lei. Ao receber a titulação, a entidade civil alça à condição de colaboradora do Poder Público e pode receber recursos públicos, a título de fomento às suas atividades (Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998).

A OS não é uma nova categoria jurídica de direito público ou de direito privado, e sim, um modelo de qualificação de uma associação civil ou fundação privada, preexistente, instituída por particulares, segundo os ritos do Código Civil e regida por seus próprios estatutos. O objetivo do Poder Público, ao qualificar organizações sociais, é manter com a entidade civil sem fins lucrativos uma relação estável e prolongada de parceria e fomento para a execução de atividades ou prestação de serviços sociais, de interesse público e de natureza continuada.

A qualificação de entidade civil como organização social ocorre por iniciativa exclusiva do Poder Público e não da entidade civil. É a Administração Pública quem decide se há ou não interesse em qualificar uma organização social. É uma característica importante desse modelo de qualificação que o diferencia de outros títulos concedidos a entidades civis sem fins lucrativos, como o de entidade beneficente de assistência social ou de organização social de interesse público – Oscip.

A parceria que se estabelece entre um órgão ou entidade pública e uma OS constitui uma relação de cooperação de longo prazo, que implica o fomento público ao desenvolvimento de atividades e prestação de serviços continuados e, em alguns casos, o uso de bens públicos móveis e imóveis, mediante permissão de uso e a cessão de servidores, com ônus para a origem.

A OS é qualificada diretamente pelo Presidente da República, a partir da verificação do alinhamento do estatuto da entidade civil às exigências previstas na lei, e das manifestações do Ministro responsável pela área de atividade em que ela irá atuar e do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, quanto à conveniência e à oportunidade da medida. A exclusividade do chefe do Poder Executivo em decidir se há ou não necessidade de qualificar uma

OS decorre do fato de que a parceria público-privada será de longo prazo, por envolver a execução de atividades ou prestação de serviços sociais de interesse público, de caráter complementar, normalmente dirigidos à coletividade, que requer, normalmente, oferta contínua e ininterrupta. Deve, assim, o Poder Público explicitar o porquê da escolha da entidade civil como parceira assim como os motivos que justificam o fomento à entidade privada para atuação complementar à Administração Pública.

Nesse aspecto, é importante ressaltar que a Lei nº 9.637, de 1998 não impõe critérios para a eleição das entidades a serem qualificadas como OS. Pelo contrário, o legislador reserva ao administrador a competência de decidir sobre a conveniência e a oportunidade da celebração de parcerias com OS, assim como, definir o método de escolha das entidades colaboradoras, aplicável a cada situação, presentes as especificidades existentes nos casos concretos. Valoriza, dessa forma, a discricionariedade do gestor público e a legítima como o espaço de identificação das alternativas e soluções que melhor possam atender ao interesse público, frente às múltiplas realidades que se apresentam à Administração.

É claro que esse exercício de poder discricionário da Administração Pública não representa um espaço à margem da lei. Por força constitucional, todo ato do administrador submete-se inexoravelmente aos princípios fundamentais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Assim, é essencial que a proposição de qualificação de entidade civil como OS deixe claros e transparentes os critérios de eleição utilizados pelo Ministério proponente, assim como as razões que justifiquem o estabelecimento da parceria e o fomento de longo prazo e o motivo da parceria ser mais conveniente do que a execução direta do serviço ou atividade pelo Poder Público.

Para se habilitar à qualificação como organização social, a entidade civil sem fins lucrativos precisa comprovar que o seu estatuto social, devidamente inscrito no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, além de atender a uma série de requisitos dispostos pela Lei nº 9.637, de 1998, dentre eles:

- a.** a renúncia da entidade ao seu patrimônio, aos legados ou doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades em caso de extinção ou desqualificação, em favor de outra entidade qualificada como OS ou ao Poder Público;

- b.** a exigência de que o que o estatuto jurídico da entidade civil contemple a participação de representantes do Poder Público e da comunidade como membros efetivos de seu Conselho de Administração em percentual superior a 50%, o que lhes garante maioria decisória;
- c.** a previsão de que o Conselho de Administração, dentre outras atribuições, seja responsável pela aprovação dos estatutos e regulamentos da entidade, supervisão e fiscalização do contrato de gestão e aprovação dos demonstrativos financeiros e contábeis e das contas anuais da OS;
- d.** a proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese;
- e.** a obrigatoriedade de dar publicidade, anualmente, aos seus relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão, no Diário Oficial da União.

Sobre os requisitos de natureza estatutária, previstos pela lei para a qualificação, deve-se notar que alguns são próprios do direito público, tais como a exigência da representação do Poder Público no órgão de decisão e administração superior da entidade privada e a previsão de reversão do patrimônio da entidade ao Poder Público ou a outra OS, em caso de sua extinção ou desqualificação.

Apesar de esses requisitos serem estranhos ao direito privado, que rege o funcionamento dessas entidades, não se pode dizer que representem uma afronta à sua liberdade de estruturação e funcionamento, assegurada pelo art.5º, inciso XVIII da Constituição, que veda qualquer forma de interferência estatal em seu funcionamento. É da livre escolha da entidade civil, e somente dela, configurar o seu estatuto social que pode ou não alinhar-se aos requisitos previstos na lei para a qualificação de organizações sociais. A lei não obriga e nem poderia obrigar, em nenhum momento, a pessoa jurídica privada a estabelecer cláusulas específicas de direito público em seu estatuto. Essa é uma decisão eminentemente da pessoa privada. Desde que a pessoa jurídica privada tenha decidido aprovar um estatuto social que atenda às exigências da Lei nº 9.637, de 1998, pode vir a ser qualificada como OS, desde que haja

manifestação específica do Poder Público quanto ao interesse e a conveniência dessa medida, devidamente justificada quanto à sua necessidade para o atendimento ao interesse público.

A qualificação de uma entidade civil sem fins lucrativos como organização social e o estabelecimento da parceria com o Poder Público são processos independentes, embora complementares. O vínculo de parceria tem início a partir da celebração do contrato de gestão entre a OS já qualificada e o Poder Público, representado pela autoridade superior do órgão responsável pela área de atividade correspondente ao objeto social da entidade.

É o contrato de gestão que estabelece as atribuições, responsabilidades e obrigações das partes; a especificação das metas de desempenho e resultados a serem alcançados pela OS; assim como a previsão do montante de recursos públicos necessários ao cumprimento do contrato que serão transferidos para a entidade, a título de fomento.

A qualificação como Organização Social concede exclusividade ao órgão supervisor na parceria e no fomento com a entidade civil. Não há, à luz da lei federal, como a OS firmar dois ou mais contratos de gestão com dois órgãos diferentes. No entanto, o órgão supervisor, na implementação de políticas que tenham intersetorialidade com outras políticas, poderá incluir no âmbito da parceria atividades que venham a atender os compromissos intersetoriais por ele assumidos. Mas é importante frisar que os compromissos são do Ministério Supervisor, que deve responder por eles junto aos seus órgãos superiores e aos órgãos de controle.

Sendo assim, ao incluir no contrato de gestão uma meta que se refira a um projeto intersetorial, o órgão supervisor assume que a meta está relacionada às suas competências institucionais e que deve fiscalizar o cumprimento. Para isso, pode inserir representantes dos órgãos parceiros na Comissão de Acompanhamento e Avaliação.

A lei autoriza o Poder Executivo a desqualificar uma OS quando constatar o descumprimento dos termos da parceria previstos no contrato de gestão. Nesse caso, a desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa à entidade, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

Assim, a desqualificação importa reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Além disso, é bom lembrar que, para ser qualificada como

OS, a entidade civil sem fins lucrativos deve abrir mão de parte de suas prerrogativas de entidade civil sem fins lucrativos, inclusive no que se refere ao patrimônio. Assim, por disposição estatutária (exigida para a qualificação), a desqualificação implica na incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados. Assim como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, que seja da mesma área de atuação ou ao patrimônio da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.

6. BREVE ANÁLISE DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE INTERESSE PÚBLICO – OSCIP

Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) é um título instituído pela Lei Federal nº 9.970, de 23 de março de 1999, concedido pelo Poder Executivo Federal a uma entidade civil sem fins lucrativos que atue nas áreas da seguridade social. O título é uma espécie de pré-habilitação da entidade civil para o estabelecimento de relações de parceria com o Poder Público no desenvolvimento de atividades ou projetos de interesse público.

De acordo com publicação⁹⁴ elaborada pelo Governo Federal para divulgação da “Lei da Oscip”, a criação do título visou fortalecer o Terceiro Setor e criar um novo sistema classificatório para reconhecer institucionalmente as ONGs que mantenham atividades ou projetos de interesse público e, assim, ampliar o universo de parcerias do Estado.

Da mesma forma que a Organização Social, a Oscip não é uma nova modalidade de instituição pública ou privada, mas uma qualificação atribuída a uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos já existente e que presta serviços sociais de utilidade pública. Ao receber o título de Oscip, a entidade habilita-se a manter vínculo de parceria com o Poder Público, regulado pelo Termo de Parceria, para o desenvolvimento de projeto ou atividade, em

94 Publicação do Governo Federal: *OSCIP - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – A Lei 9.790/99 como alternativa para o Terceiro Setor, Conselho da Comunidade Solidária da Casa Civil da Presidência da República, setembro de 2000.*

regime de colaboração e, para tanto, receber fomento público, transferidos a ela por força do Termo de Parceria⁹⁵.

O principal benefício de ser intitulada como Oscip é o da entidade civil sem fins lucrativos se tornar pré-qualificada a firmar termos de parceria com o Poder Público.

A qualificação como Oscip ocorre por iniciativa da entidade civil, que deve apresentar ao Ministério da Justiça requerimento, por escrito, devidamente instruído: acompanhado do seu estatuto registrado em cartório; da ata de eleição de sua atual diretoria; do balanço patrimonial e da demonstração dos resultados do exercício; da declaração de isenção do imposto de renda e da sua inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes.

Os requisitos exigidos para a qualificação são de natureza estatutária e visam comprovar a saúde financeira e fiscal da entidade; a proteção do patrimônio público e a transparência e o acesso às informações sobre as atividades realizadas pela Oscip. A Lei veda a qualificação como Oscip às entidades civis sem fins lucrativos cujos serviços não sejam gratuitos, ainda que de natureza social, e não estejam voltados para o mercado; ou cuja finalidade estatutária seja a de beneficiar grupo ou grupos de pessoas e não a coletividade.

O Termo de Parceria é um instrumento de ajuste entre o Poder Executivo e a Oscip, que estabelece o vínculo de cooperação entre as partes para o fomento à execução das atividades de interesse público realizadas pela entidade. O instrumento contempla a definição de metas de desempenho e responsabilidades dos seus signatários, assim como os procedimentos de avaliação dos resultados alcançados.

Esse instrumento tem natureza contratual, por vincular a transferência de recursos públicos à Oscip, à comprovação do alcance pela entidade civil, de

95 Como se vê o conceito é muito semelhante ao da Organização Social. Em ambos os casos trata-se de entidade privada, sem fins lucrativos, instituídas por particulares que, uma vez preenchidos os requisitos legais, recebe uma qualificação pelo Poder Público. As características dos requisitos exigidos e a natureza das relações que estabelecem com o Poder Público é que vão diferenciar os modelos de parceria. Os requisitos exigidos para qualificar uma Oscip são estatutários e a qualificação é um ato vinculado. O modelo de parceria que se estabelece entre a Oscip e o Poder Público é próprio para o desenvolvimento de projetos, com prazo de duração definidos ou de atividades eventuais. Já o modelo da organização social é mais complexo. Os requisitos estatutários exigidos implicam a alteração dos estatutos originais da entidade civil para a previsão, por exemplo, da participação do Poder Público no seu órgão de decisão superior. Além disso, é exigida a manifestação oficial do órgão ou entidade público responsável pela área de atividade a ser objeto da parceria, quanto à conveniência e à oportunidade da qualificação. A qualificação implica na celebração do contrato de gestão e na constituição de parceria de longo prazo para prestação de serviços de interesse público de natureza continuada.

resultados objetivos pré-negociados no ajuste. É o próprio Termo que viabiliza a transferência de recursos públicos à Oscip, a título de fomento público aos projetos e atividades a serem desenvolvidos em parceria. Ele discrimina direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias, e o montante de recursos financeiros a serem transferidos à entidade executora das atividades.

A lei prevê que, ao firmar Termo de Parceria com o Poder Público, a Oscip adote alguns procedimentos que visam garantir transparência à sua gestão interna, enquanto esta mantiver relações de parceria com a Administração na implantação de projetos de interesse público. É importante frisar que esses requisitos vigoram apenas na vigência do Termo de Parceria e não da qualificação como Oscip. Como exemplo, pode ser mencionada a obrigação da Oscip, tão logo celebre Termo de Parceria com o Poder Público, em publicar regulamento próprio de procedimentos de compras e de contratação de obras e serviços que adotará na aplicação dos recursos públicos recebidos a título de fomento. Outra obrigação imposta ao firmar Termo de Parceria é a de contratar auditoria independente.

Ao analisar as exigências legais estabelecidas para a qualificação das Oscips e para o estabelecimento de relações de fomento com o Poder Público, vê-se que, do mesmo modelo que a Lei nº 9.637, de 1998, a Lei nº 9.790, de 1999, fixou condições próprias do direito público, embora seja de natureza diversa ao modelo da OS. Em primeiro lugar, exigiu-se que a entidade privada observe os princípios constitucionais estabelecidos para o funcionamento da Administração Pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade, que fundamentam e dão origem aos regramentos do regime administrativo de direito público – , aplicável à Administração Pública Direta e Indireta e totalmente estranho à gestão interna das pessoas jurídicas privadas.

Outra previsão legal, própria da contabilidade pública exigida dos órgãos e entidades de direito público , é a de estipular, no Termo de Parceria, item por item, as categorias contábeis usadas pela entidade privada e o detalhamento das remunerações e de pessoal que serão pagos com recursos oriundos do fomento público. O que se deve avaliar é qual a relevância para o interesse público de cobrar da entidade privada o fornecimento das informações sobre suas operações contábeis internas, e da Administração Pública, a avaliação e o controle, uma vez que o que tem que ser objeto de monitoramento, fiscalização e controle é o efetivo alcance dos resultados almejados com a parceria.

Apesar dessas ressalvas, o Termo de Parceria, assim como o contrato de gestão celebrado com organizações sociais, são dois instrumentos de fomento

público a entidades privadas, próprios da gestão pública por resultados, e se diferenciam substancialmente do convênio e do contrato administrativo.

A lei deixa a critério do administrador a decisão quanto aos critérios de eleição de Oscip para a celebração de Termo de Parceria. O texto legal não dispõe diretrizes e critérios de seleção de Oscips, assim como não os delega ao regulamento. Isso implica a opção do legislador de deixar a matéria dentro do espaço de discricionariedade do administrador.

O Decreto nº 3.100, de 1999 prevê que, no caso no qual for cabível, o Poder Público pode adotar o procedimento de concurso de projetos e lançar edital de convocação, mediante a observância de ritual específico estabelecido naquela norma, que visa garantir a impessoalidade e transparência do processo. Nesse caso, as Oscips interessadas deverão apresentar projetos que serão analisados por comissão técnica, com base em critérios técnicos e objetivos.

A lei impõe que a autoridade pública submeta as suas decisões de celebrar Termo de Parceria e de eleger determinada Oscip ao Conselho de Política Pública da área de atuação do órgão ou entidade público-signatária, em consulta formal prévia. Essa exigência submete as decisões discricionárias do administrador a uma instância colegiada de decisão política para assegurar transparência e alinhamento aos interesses públicos às relações público-privadas. Além disso, antes de celebrar o Termo de Parceria, a Administração verifica o regular funcionamento da Oscip .

Apesar desses cuidados, a decisão final sobre a celebração do Termo de Parceria cabe ao Poder Público, considerado como a instância final decisória que deve fazê-lo sempre por ato motivado.

O processo de eleição de Oscips é um dos aspectos da lei e da norma que regulamentam essa modalidade de qualificação e de vínculo público-privado que mais tem gerado polêmica e despertado a atenção de administradores, doutrinadores da área do direito público e dos órgãos de controle interno e externo.

A entidade civil sem fins lucrativos que se qualifica como Oscip passa a gozar dos seguintes benefícios ou vantagens:

- a.** está habilitada a celebrar Termo de Parceria e não apenas convênio com o Poder Público, o que, em tese, deveria facilitar as relações de cooperação público-privado e o fomento a projetos sociais desenvolvidos por particulares;

- b.** pode ter servidores públicos em seu conselho de administração, desde que não percebam remuneração ou subsídio a qualquer título (art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 9.790, de 1999);
- c.** mesmo quando tem servidores públicos como membros do seu conselho de administração, pode receber recursos públicos a título de fomento, não se aplicando a ela a vedação do § 3º do art. 34 da Lei nº 12.309, de 2010 (Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2010);
- d.** pode remunerar dirigentes e ainda gozar das imunidades tributárias que usufruem as entidades civis alcançadas pelo art. 150, inciso VI, alínea “c”, da Constituição, por força do art. 34 da Lei nº 10.637, de 2002.

Nada há que impeça à Oscip de usar a prerrogativa que as Leis nº 9.790, de 1999 (art. 4º) e nº 10.637, de 2002 lhe concederam, ainda que não seja para firmar Termo de Parceria, e sim convênio. Mesmo que haja servidores ou dirigentes públicos na composição do conselho da Oscip, ela pode receber recursos financeiros transferidos a título de fomento público, mediante celebração de convênio, desde que esses servidores ou dirigentes não sejam remunerados pela Oscip e ainda gozar das imunidades tributárias previstas no art. 150, inciso VI, alínea “c” da Constituição Federal.

Outro aspecto importante de ser destacado é que a Oscip pode firmar, livremente, convênios com o Poder Público no lugar do Termo de Parceria, a critério dela, do órgão ou entidade público. Quando firma convênio, os signatários optam por não usufruírem da prerrogativa de celebrarem ajuste com base nos resultados a serem alcançados e optam por se submeterem aos trâmites próprios do convênio.

Importante atentar que a Lei nº 9.790, de 1999, ao dispor sobre o Termo de Parceria, estabelece, no art. 10, inciso IV, a possibilidade de remunerar os quadros da Oscip com recursos provenientes do Termo de Parceria. Essa é uma prerrogativa que está atrelada especificamente à celebração de Termo de Parceria e que não se estende a eventuais relações convencionais mantidas entre a Oscip e o Poder Público, por ser o convênio outro instrumento de cooperação, regido por regras próprias. Além dessas vantagens, a qualificação não gera maiores efeitos, a não ser o de pré-qualificar a entidade para a celebração de termos de parceria.

A perda da qualificação pode ocorrer a pedido da entidade ou mediante decisão proferida em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, no qual são assegurados a ampla defesa e o devido contraditório. A lei garante a qualquer cidadão o direito a requerer, judicial ou administrativamente, a perda da qualificação de uma Oscip, desde que amparado por evidências concretas de erro ou fraude.

7. CONCLUSÃO

É muito importante ter claras as diferenças entre a ação direta da Administração Pública e a ação privada, ainda que de interesse público. A intervenção direta do Estado na promoção do desenvolvimento social e econômica é importante para assegurar oportunidades e direitos democráticos essenciais aos cidadãos, especialmente em sociedades como a brasileira, na qual ainda há baixos índices de cidadania e de organização política social.

Por outro lado, a complexidade crescente das questões econômicas e sociais têm exigido soluções cada vez mais sofisticadas e torna-se indiscutível a necessidade de o Estado investir nas formas de cooperação público-privada, além de desenvolver novos formatos de parceria com o mercado e com a sociedade, baseado em relações de confiança mútua.

Assim, a construção de novos padrões de atuação estatal deve considerar, sobretudo, os diversos papéis que o Estado deve e pode desempenhar na sua intervenção na ordem econômica e na ordem social; papéis que se alteram, de forma dinâmica, a partir do grau de organização e ativismo das forças de mercado e dos grupos de interesse na regulação desses mercados.

Embora os mecanismos de cooperação estado-sociedade possam ser alternativas eficientes e eficazes para a manutenção da capacidade estatal de prover bens e serviços à população, é fundamental considerar que eles não constituem uma panaceia e que não podem implicar a substituição da ação pública direta.

A parceria público-privada deve observar, necessariamente, a capacidade da pessoa privada de contribuir nas dimensões financeira, operacional, tecnológica ou científica, dentre outras, para o alcance dos objetivos públicos. Não deve ser utilizada como estratégia de “fuga” do regime jurídico imposto à Administração e da decorrente falta de agilidade e flexibilidade administrativa. As parcerias devem ser firmadas quando, comprovadamente, o parceiro

privado tiver maior possibilidade e capacidade de agregar valor à atividade ou serviço na direção do interesse público.

Embora não se deseje um retorno ao modelo de estado totalitário é fundamental evitar a fragmentação do Poder Público pela transferência excessiva da capacidade e dos conhecimentos estatais (e, conseqüentemente, de espaços de poder) a segmentos não comprometidos com os conceitos e objetivos democráticos da República Brasileira e com as políticas públicas. É importante cuidar para que, na tentativa de alcançar novos domínios e novos patamares de prestação de serviços, caia-se na “selvageria” dos poderes privados, e se permita a privatização do público.

CAPÍTULO IV

O CONTROLE DA LEGALIDADE DOS ATOS DO PODER EXECUTIVO E A REALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS – O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA EM FACE DA JUDICIALIZAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS⁹⁶

Wilson de Castro Junior

Karine Andréa Eloy Barbosa⁹⁷

RESUMO

Preliminarmente se discorrerá acerca da importância Advocacia-Geral da União – AGU, que exerce função essencial à Justiça, sendo a instituição à qual compete, além da representação judicial e extrajudicial, a atividade de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Nessa função, busca garantir a plena juridicidade dos atos deste poder na observância da legalidade, vale dizer, a conformidade dos atos da Administração com o sistema jurídico vigente.

96 Texto apresentado no XV Congresso Internacional, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo – 2010, Santo Domingo, República Dominicana

97 WILSON DE CASTRO JUNIOR exerceu o cargo de Consultor Jurídico do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Formado em Engenharia de Alimentos pela Universidade Federal de Viçosa (MG) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, ingressou, em 1994, no serviço público federal como Procurador Autárquico do INSS (hoje Procurador Federal). Atuou como Consultor Jurídico do Ministério da Previdência Social e chefe da Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral do INSS. Também foi Procurador-Chefe da Procuradoria Regional do INSS em Poços de Caldas e Barbacena, ambas em Minas Gerais. Foi ainda chefe da Divisão do Contencioso Geral da Procuradoria Estadual do INSS, em Minas Gerais, e Procurador-Chefe da Procuradoria Federal Especializada do INSS em Belo Horizonte, entre os anos de 2001 e 2002.

KARINE ANDREA ELOY BARBOSA é Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador (BA). Em 2003, ingressou no serviço público federal como Advogada da União. Atuou como Coordenadora-Geral Jurídica de Patrimônio Imobiliário da União, e Coordenadora-Geral Jurídica de Contencioso Judicial e Administrativo, e Consultora Jurídica Adjunta, da Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, entre os anos de 2003 e 2009.

Todavia, quando da análise da legalidade dos atos do Poder Público, não se pode descurar da ideia de legitimidade, moralidade, juridicidade, interesse público e das regras e princípios constitucionais.

Posteriormente, se abordará o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito e a questão da interferência de suas decisões nos outros poderes. Levando em consideração que, no Brasil, tanto o Poder Executivo quanto o Legislativo se legitimam segundo um processo deliberativo de escolha popular de seus membros e agentes, o que não se configura em relação ao Judiciário.

Nos últimos anos o Brasil vem assistindo a um alargamento das decisões do Poder Judiciário para além de suas competências, com crescente interferência no espaço de atuação dos demais poderes. Isso porque, o Judiciário tem proferido decisões tendentes à efetivação de direitos sociais, sem se preocupar com os limites orçamentários impostos na Lei Orçamentária e, em consequência, vem usurpando a função política de definição de políticas públicas prioritárias.

De fato, decisões nesse sentido acabam por ferir o princípio da separação de poderes, calcado no sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), posto que, cabe ao legislador votar a peça orçamentária anual, definindo quais são as prioridades que entende como sendo as mais urgentes naquele dado momento histórico e ao Executivo a definição da política pública que almeja desenvolver.

Diante disso, para a implementação de certas diretrizes legais (sejam constitucionais ou infraconstitucionais), especialmente no que tange àquelas que exigirão iniciativas positivas (ativas) e materiais do Estado, é fundamental que os órgãos jurisdicionais atentem, ao proferirem alguma decisão, para a circunstância de haver ou não meios materiais disponíveis para sua concretização.

Em assim não sendo, a implementação, sem a observância de qualquer tipo de limites, uma dada prestação social, terminará por gerar efeito contraproducente, inviabilizando o atendimento de outras necessidades coletivas para as quais já havia prévio planejamento e destinação orçamentária específica.

A tese que se defende é a de que o Judiciário antes de proferir decisões que outorguem direitos sociais, faça a ponderação dos bens em conflitos, por meio do uso do princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e, sobretudo, o bom senso.

1. INTRODUÇÃO E ESTRUTURA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

A Constituição Federal de 1988 assevera que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, concepção que necessita para sua efetivação de uma atuação do Poder Público fundamentada não apenas na legislação, mas principalmente, nos princípios e disposições constitucionais. A Constituinte de 1988, de forma inovadora no constitucionalismo brasileiro, também estabeleceu um capítulo próprio separado daqueles destinados aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, denominado de Funções Essenciais à Justiça. Dentre tais, previu a existência de uma nova instituição denominada Advocacia-Geral da União, com a atribuição de representar a União judicial e extrajudicialmente, assim como prestar assessoria e consultoria jurídica ao Poder Executivo.

Neste sentido, assim dispõe o Artigo 131 da Constituição Federal:

“Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.”

A Advocacia-Geral da União abarca três carreiras distintas para conhecimento: Advogado da União, Procurador Federal e Procurador da Fazenda Nacional e o ingresso nas classes iniciais dessas carreiras se faz mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, segundo ditames do art. 131, parágrafo segundo, da Constituição da República, *ex vi*:

“(...)2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.”

Este dispositivo se harmoniza com o art. 37, inciso II, do texto constitucional, segundo o qual:

“Art. 37. A Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - ...

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

A organização da Advocacia-Geral da União está prevista, especialmente, na Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Nos termos deste diploma legal, são órgãos de direção superior da instituição:

- a.** o Advogado-Geral da União (que chefia a instituição);
- b.** a Procuradoria- Geral da União, com a incumbência de representar a União judicialmente;
- c.** a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com atribuição na área fiscal e financeira;
- d.** a Consultoria-Geral da União, cabendo à mesma colaborar com o Advogado-Geral da União no assessoramento jurídico ao Presidente da República;
- e.** o Conselho Superior;
- f.** a Corregedoria- Geral da União, à qual incumbe fiscalizar as atividades funcionais dos membros da Advocacia-Geral da União.

Já como órgãos de execução da Advocacia-Geral da União, podemos citar:

- a.** as Procuradorias Regionais, nas capitais dos Estados sedes de Tribunais Regionais Federais ;
- b.** as Procuradorias nas demais capitais dos Estados da federação;
- c.** as Consultorias Jurídicas, órgãos com a função de prestar assessoria e consultoria jurídica ao Poder Executivo, especialmente aos ministros de Estado.

Feitas essas considerações iniciais acerca da Advocacia-Geral da União, passe-se agora a tratar da sua importância para o Estado Democrático de Direito.

Considerado um dos princípios da República, o princípio do Estado Democrático de Direito se encontra previsto no art. 1º, caput, da Constituição de 1988, *in verbis*:

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

No escólio do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Mendes Ferreira, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, dentre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder Público e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e, sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.

Nesse diapasão, o Estado Democrático de Direito aparece como um “superprincípio”, do qual de extraem diversos outros por consequência, como o da separação dos poderes, o do pluralismo político, o da legalidade, e, até mesmo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Consoante afirma Paulo Bonavides (1987 : 25), o Estado de Direito constitui:

“(...) de um status quo institucional, que reflete nos cidadãos a confiança depositada sobre os governantes como fiadores e executores das garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e nas suas garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e nas suas liberdades fundamentais”. (grifos nossos)

Segundo Moreira Neto (1999 : 9-22), com a concepção de Estado Democrático de Direito comungam o princípio da legalidade, instituidor de um Estado Democrático, cuja fonte de poder é o povo.

Referido autor, entende que não basta apenas a submissão do estado à lei e à constituição para que se caracterize um Estado de Direito, sendo necessário também que exista um controle efetivo dessa regra. Senão, vejamos:

“De pouco serviria, todavia, esse preceito substantivo, preceituando a submissão do agir do estado à Lei, se não se completasse com a contrapartida adjetiva: o controle da legalidade, que igualmente se perfaz no exercício de poderes legalmente conferidos, na forma, modo, e com a finalidade, prescritos pelo legislador, mas destinados a fiscalizar, corrigir e sanar todo e qualquer ato que transgrida a regra fundamental que define a legalidade”.

2. IMPORTÂNCIA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É justamente à luz do Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição Federal de 1988, que se deve analisar a função desempenhada pelos membros da Advocacia-Geral da União.

De acordo com a explanação do doutrinador Moreira Neto, conclui-se que o controle da legalidade é intrínseco às competências que a Constituição Federal atribui à Advocacia-Geral da União.

De fato, como dito alhures, a Advocacia-Geral da União é instituição à qual compete, além das funções de representação judicial e extrajudicial, a atividade de consultoria e assessoramento jurídico do Executivo. Nessa função, visa-se possibilitar a juridicidade plena dos atos daquele Poder na observância da legalidade, ou seja, a conformidade dos atos da Administração Pública com o sistema jurídico vigente. O controle da legalidade que a advocacia pública faz, por sua vez, não tem por escopo a paralisia dos órgãos administrativos, mas sim, o seu melhor desempenho com vistas a assegurar a finalidade e o interesse público.

Todavia, essa análise acerca da legalidade dos atos do poder público não pode descurar, segundo a doutrina contemporânea, da ideia de legitimidade, moralidade, juridicidade e das regras e princípios constitucionais.

A doutrinadora Raquel de Melo Urbano ensina, em sua obra Curso de Direito Administrativo (2008: 45-57), que o princípio clássico da legalidade tem sofrido mutação ao longo dos anos.

Segundo a renomada autora, a primeira mutação do princípio da legalidade é a ideia de legitimidade que deve ser entendida no sentido de que,

além do cumprimento das regras jurídicas (princípio da legalidade), tem-se o atendimento da moral administrativa e da finalidade pública.

Dessa forma, a legalidade atende-se com a concreção das regras legais, ao passo que a legitimidade, além de abranger o cumprimento das regras jurídicas, abrange também a moralidade e a finalidade pública.

Assim sendo, a administração deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, de forma que legal, seja também honesto, conveniente aos interesses sociais e atenda ao fim público.

A segunda mutação acerca do princípio da legalidade é a noção de constitucionalidade.

No pensar da referida doutrinadora: “a legalidade, de uma configuração mais administrativa, passou ao princípio da constitucionalidade entendido como o princípio posto no invólucro formal da constituição”. Isso que dizer que a ação do Estado passa a se sujeitar à primazia, além das regras legais, dos princípios integrantes na Constituição.

Nessa linha, o Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira assevera que a primeira consequência da afirmação do princípio da constitucionalidade é o abandono, de uma vez por todas, do critério meramente literal de interpretação da lei, ante a constatação de que “obedecer à lei não é homenagear-lhe a forma, mas reverenciar-lhe o conteúdo”. O reconhecimento é o de que a letra da norma não deve ser, na maioria das vezes, fator decisivo e exclusivo na realização do Direito, mesmo porque a lei contém, “cada vez mais, conceitos flexíveis, indeterminados e programáticos. São as chamadas leis-quadro, que se referem genericamente, a valores morais, políticos e econômicos. Assim, deve haver sempre uma interpretação conforme a Constituição.

A terceira e última mutação seria a ideia de juridicidade, a qual se integram valores como eficiência, segurança jurídica e proporcionalidade.

Nesse novo contexto, ao ordenar ou regular a atuação administrativa, a legalidade não mais guarda total identidade com o Direito. Esse passa a abranger, além das leis - regras jurídicas, os princípios gerais de direito, de modo que a atuação do Poder Executivo deve conformidade não apenas à lei, mas ao Direito, decomposto em regras e princípios jurídicos. Assim, o princípio da legalidade da Administração Pública deve ser conjugado a um princípio mais amplo, o da juridicidade daquela ação.

Edilson Pereira Nobre Júnior, com base na explicação de Luis Cosculluela Montaner, assevera que a legalidade alcançou notória evolução, traduzindo hoje, em sua essência, a necessidade de que todos os Poderes Públicos se

achem submetidos ao Direito, com a necessária lembrança de que tal vinculação respeita “a todo bloco de legalidade, inclusive aos princípios gerais do Direito, positivados ou não na Constituição e nas leis”.

Assim, pelo princípio da juridicidade, busca-se trazer para o processo de aplicação do Direito, além dos direitos fundamentais explícitos ou não na Constituição Federal, valores consagrados no ordenamento jurídico.

Os Tribunais Superiores, em especial, o Supremo Tribunal Federal, vêm pressupondo que a afronta aos direitos fundamentais, bem como a qualquer regra ou princípio constitucional, implica descumprimento do princípio da legalidade. O STF, com base no direito alemão, assevera que qualquer inconstitucionalidade de lei restritiva de direito configura, também, afronta aos direitos fundamentais, invocando lição de Hans Jürgen Papier:

“O significado dos direitos fundamentais nos termos da Lei Fundamental não se limita mais exclusivamente a garantir a legalidade (Gesetzmassigkeit) das restrições impostas à liberdade individual pelo Executivo e pelo Judiciário. Mediante a vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais não se suprime, mas se reforça e se completa a função de proteção dos direitos fundamentais. Administração e Justiça necessitam para intervenção nos direitos fundamentais de uma ampla autorização. Além da autorização legal (Gesetzliche Ermächtigung) para a intervenção, deve-se exigir também uma autorização constitucional para a limitação dos direitos fundamentais(....)”
(Agravo n 395.662, DJU de 23.04.2004, Informativo do STF, n 344)

A partir dessas considerações, verifica-se que a função de uma Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito é muito mais do que meramente fazer o controle da legalidade estrita dos atos do Poder Público, mas também assegurar o cumprimento dos princípios da moralidade, da finalidade pública, da juridicidade, bem como das normas constitucionais.

Aditam-se ainda as lições valiosas do constitucionalista José Afonso da Silva (2002 : 281-289):

“(....) quão extensa e importante é a tarefa da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. Acresça-se a isso sua responsabilidade pela plena defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, e então se tem que seus membros saíam da mera condição de servidores públicos burocráticos, preocupados apenas com o exercício formal da atividade administrativa

de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública para se tornarem peças relevantes da plena configuração desse tipo de Estado”.

O importante e relevante papel desempenhado pelos Advogados Públicos no Estado Democrático de Direito é igualmente acentuado por José Afonso da Silva, para quem é da essência dessa concepção de Estado se subordinar à Constituição e calcar-se na legalidade democrática. Na atual ordem constitucional brasileira, a lei se revela um desdobramento do conteúdo da própria Constituição, traçando os caminhos para que o governo alcance os objetivos do seu programa. Nesse cenário, a moralidade consubstancia-se em princípio constitucional objetivo, pressuposto da legitimidade da atuação dos agentes públicos e não mero requisito de validade do ato administrativo.

A Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, órgão de Execução da Advocacia-Geral da União manifestou-se de forma harmônica como esse novo perfil do princípio da legalidade ao exarar o PARECER/DPC/Nº 0715-5.5.5/2010, conforme transcrição de trechos abaixo indicados:

EMENTA: UNIDADE RESIDENCIAL FUNCIONAL. DIREITO À OCUPAÇÃO DE IMÓVEL NO LAPSO ENTRE A DEMISSÃO E O RETORNO DO SERVIDOR AO SERVIÇO PÚBLICO. DIREITO À OCUPAÇÃO SEM O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 8º DO DECRETO Nº 980/93. DIREITO À NOVA NOTIFICAÇÃO PARA MANIFESTAÇÃO DO INTERESSE NA COMPRA DO IMÓVEL FUNCIONAL. DIREITOS QUE NÃO ENCONTRAM SUPEDÂNEO NA LEI. SITUAÇÃO FÁTICA EXCEPCIONALÍSSIMA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. CONTEXTO QUE FAZ PARALISAR A APLICAÇÃO FRIA DA LEI”.

(...)

26. É necessário repisar o caráter sobremaneira excepcional analisado nos autos. Não estamos abrindo mão de nosso entendimento que pugna pela ausência de direito do ocupante que não preenche mais os requisitos do art. 8º do Decreto nº 980/93 a permanecer no imóvel funcional. Em verdade, deixamos na espécie de aplicar esta posição porque, dado o contexto fático, o respeito aos critérios de legalidade estrita estaria se contrapondo aos valores maiores da Justiça e da dignidade da pessoa humana, esta última, inclusive, fundamento da República Federativa do Brasil.

27. *É que o direito positivo é um meio regulador de condutas, ou seja, é um meio para que um conjunto de pessoas (sociedade) possa viver de forma harmônica. Enfim, trata-se de um aglomerado de leis e atos normativos que não são um fim em si mesmo, mas veículos necessários para que uma sociedade atinja sua finalidade, que é o bem estar de todos. Quando a aplicação cega do direito literal, traduzido em espécies normativas, claramente vai de encontro a esta finalidade, o seu papel de intermediador perde sentido, e ele deve ser afastado.*

28. *Parece-nos que é o que se dá nos autos. Embora haja embasamento na lei para expulsão do titular do termo de ocupação e sua família do imóvel, caso se opte por esta solução, não se estará a praticar o bem estar social, mas sim, fechando os olhos para uma situação fática peculiar e muito delicada. A aplicação da literalidade das normas se entrecrocaria com princípios e valores maiores, tais como a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, que, por sua vez, possuem um peso axiológico muito mais relevante para o Direito, enquanto ciência, do que as leis e atos normativos expressos. Em suma, convém deixar claro, aplicar princípios na solução de casos é aplicar o Direito, que sabidamente vai muito além da letra fria da lei.*

29. *Ademais, o tratamento excepcional que merece ser dado ao caso deste opinativo homenageia o princípio da igualdade material, que, de acordo com lição clássica da doutrina, nada mais é do que tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nas medidas de suas desigualdades (ideia de “igualação”). O caso, antes de diferente de qualquer outro enfrentado nesta CONJUR acerca de imóveis funcionais, é único, singular, e como tal não prescinde de uma análise nesta mesma esteira.*

(...)

43. *Com fulcro em todo o exposto propomos as seguintes conclusões: a) o servidor interessado não tinha o direito de permanecer no imóvel no lapso entre o seu desligamento do serviço público, em 19 de julho de 1990, e sua “reintegração”; b) embora esta CONJUR entenda que o titular de termo de ocupação que deixe de preencher os requisitos do art. 8º do Decreto nº 980/93 não tem mais o direito de permanecer no imóvel, sugerimos que o servidor interessado*

seja mantido na unidade funcional, enquanto exercer função na Administração Pública, porquanto a excepcionalidade do caso reclama a aplicação dos princípios maiores da dignidade da pessoa humana e do direito à vida em detrimento das normas literais aplicáveis à hipótese; c) o interessado não goza do direito de ser notificado novamente para manifestação sobre eventual interesse na compra do imóvel funcional. Solicitamos o retorno dos autos à Secretaria do Patrimônio da União, para ciência. (...)

Vejamos também trechos do Parecer-1581-SMM-3.13/2009, do mesmo órgão de assessoramento jurídico antes citado, acerca do aqui tratado:

" (...)

11. Ocorre que, atualmente, o princípio da legalidade adquiriu uma compreensão mais ampla, para significar princípio da constitucionalidade (Juarez de Freitas), princípio da legitimidade (Diogo de Figueiredo Moreira Neto) ou princípio da juridicidade (Eduardo soto Kloss), de modo a fazer prevalecer o fim do Direito (a justiça) sobre a literalidade da Lei.

12. Para a moderna doutrina administrativista: "se inicialmente se entendeu suficiente que o administrador agisse com fulcro em uma regra expressa no sistema, em um segundo momento a doutrina passou a atentar para a insuficiência de se o limitar ao cumprimento das regras constitucionais e legais. Assim, a legalidade em sentido estrito deixou de ser bastante, vez que imprescindível o exercício legítimo da competência administrativa".

13. No primeiro passo da evolução da noção de legalidade administrativa surgiu a idéia da legitimidade. No processo de identificação desse novo conceito, o professor Hely Lopes Meirelles fixou a insuficiência da legalidade e a necessidade de caracterização da legitimidade administrativa, invocando a necessidade de conformação com a moralidade e a finalidade administrativas.

14. A simples legalidade estrita da atuação da Administração Pública passou a se considerar insuficiente a título de legitimação do Direito, e assim, o sistema não seria legítimo se apenas cumpridas pelo Estado as regras legais que lhe integram, sendo necessária a ampliação da legalidade para a noção de juridicidade, à qual se integram valores como eficiência,

moralidade, segurança jurídica e proporcionalidade. O princípio da legalidade da administração é substituído por um princípio mais amplo, de juridicidade daquela ação.

15. Em síntese, para a moderna doutrina de Direito Administrativo quando se fala que, segundo o princípio da legalidade, o administrador público, somente pode agir se a lei expressamente o autoriza, entenda-se lei como toda norma jurídica, princípios constitucionais explícitos ou implícitos, princípios gerais de Direito, regras legais, normas administrativas (decretos, portarias, instruções normativas, etc).

16. E finalmente, para o moderno Direito administrativo:

"(...) o fato de se exigir que o administrador somente aja quando previamente autorizado por norma jurídica, não significa que valha, no âmbito do Direito Administrativo, o princípio da tipicidade rígida. Não é necessário que cada conduta do Poder Público seja precedida de regra legal que minuciosamente tenha descritos os aspectos do comportamento administrativo.

Em inúmeras circunstâncias até mesmo as regras legais que regulamentam de modo específico dada situação são compostas por conceitos jurídicos indeterminados, com previsão de cláusulas gerais, que descrevem, abstratamente, as condutas administrativas.

Embora seja necessário um mínimo de determinação capaz de viabilizar a aplicação da norma, considera-se atendida a legalidade administrativa em se tratando de uma previsão definidora de limites mínimos da atuação do agente público. Inadmissível exigir uma normatização permissiva ou proibitiva que se esgote em um literalismo simplório e, em última instância, inviável, mesmo porque valores sociais complexos integram, em inúmeros casos, o processo de aplicação das normas em questão.

(...) na Constituição brasileira, tem-se o princípio da legalidade expresso no artigo 37, caput, obrigando a Administração Pública Direta e Indireta. Da sua previsão constitucional decorre, além da exigência de previsão legislativa como condição de validade de uma atuação administrativa, a harmonia

com os demais princípios integrantes do ordenamento e a concretização, no mundo empírico, dos fatos estipulados, de modo geral e abstrato na norma, como pressupostos da atuação estatal!”

(...) o agente público titular de uma competência tem uma finalidade que deve necessariamente executar, afinal, tem uma função, algo a cumprir, um dever a desempenhar sempre vinculado ao interesse público primário.

Por um lado o agente público está obrigado a praticar todas as condutas necessárias e adequadas para promover o atendimento do interesse a ele confiado. Por outro lado, está proibido de praticar qualquer conduta incompatível com ou desnecessária para a realização de seu encargo.

(...) tem-se, em relação ao agente público, que a legalidade deixa de ser a faculdade de exercer, ou não, as atribuições autorizadas pelo ordenamento, para se transformar em exigência de cumprimento das ações ou omissões estipuladas, de forma geral e abstrata, nas normas jurídicas. Tendo sido previsto na lei determinado comportamento estatal, que passa a ser obrigatório e vinculante do agente público competente.

17. Neste diapasão, de que nem todas as condutas que devam ser adotadas pelo agente público estão, necessariamente, minuciosamente descritas na lei, havendo deveres que visam ao atendimento do interesse público primário que prescindem dessa expressa previsão, é que discordamos da conclusão a que chegou o nobre subscritor do referido Parecer no sentido da impossibilidade de cumprimento de dever legal da União de ressarcir os gastos dos servidores com seguro de viagem internacional, por falta de previsão na legislação...” (grifei)

Como se pode verificar das considerações supracitadas, o papel da Advocacia Pública é essencial para a garantia do Estado Democrático de Direito, o que se faz tanto pelo exercício de competências postulatórias (representação judicial e extrajudicial), como preventivas (assessoramento e consultoria jurídica) ao Poder Executivo. No controle de legalidade que lhes incumbe fazer, deve-se analisar a conformidade dos atos do Poder Público de forma sistêmica, levando em consideração os princípios da legitimidade, moralidade, juridicidade e demais princípios e regras constitucionais.

3. PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A QUESTÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

E qual seria o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito? O ativismo judicial e a judicialização se contrapõem ao mesmo?

Segundo os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, a judicialização e o ativismo judicial são semelhantes, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. O Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe a conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Segundo o mesmo doutrinador a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953 -1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista e evolutiva em matéria de direitos humanos, sobretudo envolvendo negros acusados em processo criminal.

No Brasil, verifica-se uma tendência crescente de sua aplicação, conforme pode se depreender da jurisprudência dos nossos Tribunais. No tocante

ao Supremo Tribunal Federal, verifica-se pronunciamento recorrente envolvendo esse tema, como, por exemplo: (i) políticas governamentais, acerca da constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos); (ii) nepotismo; e (iii) fidelidade partidária.

4. OBJEÇÕES À CRESCENTE INTERVENÇÃO JUDICIAL

Para uma parte da doutrina três objeções podem ser opostas ao ativismo judicial. As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da Justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

A primeira delas é a de que os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos pelo povo. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República, que foi eleito pelo povo, ou do Congresso, – cujos 513 membros foram escolhidos também pela vontade popular –, é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. Por essa objeção, o Judiciário não teria legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo.

A segunda crítica gira em torno da politização da Justiça. O que se tem entendido é que nesse campo haveria um alargamento funcional para além do jurídico rumo ao político. Assim, haveria o caráter político no momento em que o juiz deixa de decidir com base nos parâmetros legais e constitucionais para se basear em critérios ideológicos, pessoais e partidarizados.

Segundo os ensinamentos do doutrinador Luiz Roberto Barroso:

“... Direito é política, proclamava ceticamente a teoria crítica do Direito, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação. Apesar do refluxo das concepções marxistas na quadra atual, é fora de dúvida que já não subsiste no mundo contemporâneo a crença na ideia liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete. Direito não é política. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se

instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica. Não é possível ignorar, porém, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa.

A ambiguidade refletida no parágrafo anterior impõe a qualificação do que se entende por política. Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.

Evidentemente, Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. O facciocismo é o grande inimigo do constitucionalismo. O banqueiro que doou para o partido do governo não pode ter um regime jurídico diferente do que não doou. A liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser protegida de modo mais intenso do que a de quem esteja com a minoria. O ministro do Tribunal Superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude a priori de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo. Outra observação é pertinente aqui. Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.

Quando se debateu a criação do primeiro tribunal constitucional na Europa, Hans Kelsen e Carl Schmitt travaram um célebre e acirrado debate teórico acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição. Contrário à

existência da jurisdição constitucional, Schmitt afirmou que a pretensão de judicialização da política iria se perverter em politização da justiça. No geral, sua profecia não se realizou e a fórmula fundada no controle judicial de constitucionalidade se espalhou pelo mundo com grande sucesso. Naturalmente, as advertências feitas no capítulo anterior não de ser levadas em conta com seriedade, para que não se crie um modelo juriscêntrico e elitista, conduzido por juízes filósofos.

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contra-majoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia...” (grifei)

A terceira e última crítica recorrente diz respeito aos limites da capacidade institucional do Judiciário e, muitas vezes, à incapacidade de seus membros de avaliarem os efeitos sistêmicos que determinadas decisões podem produzir. Juízes exercem suas competências, cujo objeto é a solução de casos concretos, de conflitos de interesses entre partes determinadas, a chamada microjustiça. Faltam-lhes conhecimento e informação para lidarem com questões que envolvam políticas públicas, repercussões orçamentárias e visão de conjunto acerca das necessidades da sociedade e do Estado.

Nessa seara, o Juiz nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individualizados, acerca da realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por determinadas escolhas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido a área de saúde na qual, ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões desarrazoadas

em matéria de medicamentos e tratamentos, que colocam em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e orçamentária do sistema, conforme se depreende abaixo:

ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS. RISCO DE VIDA. ANÁLISE DE CASO CONCRETO.

No caso em exame, tenho que o Sr. Cleiton Paganini faz jus ao recebimento da medicação Deferasirox pelo fato de ser portador de anemia hereditária denominada S Beta Talassemia e que tem apresentado acúmulo generalizado de ferro no seu organismo, causando danos aos seus órgãos vitais, e de correr risco de vida, caso não utilize o remédio indicado. Há nos autos, parecer de médica habilitada confirmando a doença do Sr. Cleiton Paganini e recomendando a medicação requerida. Afigure-me inadmissível a comprovação "*ad futurum*" da necessidade do fornecimento de Deferasirox para tratamento de S Beta Talassemia, meramente atestada por receita de médico vinculado ao SUS, devendo a prova de procedida de modo imediato, concreto e específico, caso a caso, junto à autoridade judiciária. (TRF 4ª Região, AG nº 2007.04.00.042079-2, 4ª Turma, Rel Dês. Federal Valdemar Capeletti, D. E)

Apelação 994061025947 (6092685000)

Relator(a): Ricardo Feitosa

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 05/07/2010

Data de registro: 14/07/2010

Ementa: AÇÃO MOVIDA CONTRA A FAZENDA DO ESTADO VISANDO O FORNECIMENTO DE REMÉDIO PARA TRATAMENTO DE PSORÍASE - OBRIGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO, DECORRENTE DO DISPOSTO NO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PROCEDÊNCIA - SENTENÇA CONFIRMADA.

Apelação 990100887645

Relator(a): Carlos Eduardo Pachi

Comarca: Assis

Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito público

Data do julgamento: 03/05/2010

Data de registro: 13/05/2010

Ementa: OBRIGAÇÃO DE TAZER - Prestação de Serviço Público - Fornecimento de medicamento a portadora de altos níveis de colesterol e triglicérides - Direito Constitucional à saúde - Artigo 196, da Constituição da República - Sentença de procedência confirmada. - Recurso improvido. Apelação Com Revisão 994061131598 (6015245100)

Relator(a): Antonio Carlos Malheiros

Comarca: Campinas

Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 10/11/2009

Data de registro: 30/11/2009

Ementa: MEDICAMENTOS - Impetrante portador de "Atresia das veias pulmonares e comunicação interventricular, acompanhado de hipertensão pulmonar" necessita o fornecimento do medicamento "Sildenafil 50mg, cujo nome fantasia é "Viagra", - para o tratamento da doença - Admissibilidade - direito fundamental à vida assegurado pela aplicação do art. 196, da Constituição Federal. Recurso Improvido.

Como se pode observar das decisões acima citadas, a prática judiciária vem revelando que no caso de saúde a opção tem sido o deferimento do pedido, por vezes, inclusive, com certo exagero, conforme noticia a imprensa "que Juíza determinou que se pague 210 dias em SPA" ou que "Estado pague xampu, esmalte, viagra".

Ocorre que, temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade, podem não ter no Judiciário o árbitro mais qualificado, justamente por lhe faltar informação ou conhecimento específico, sobretudo acerca dos limites orçamentários.

Pelas decisões anteriormente citadas, verifica-se que a previsão orçamentária e disponibilidade material de recursos para concretização de políticas públicas de caráter social não parece mais sensibilizar os tribunais.

Sucedem que os recursos orçamentários são limitados e, no momento de definição da política pública, a atuação do Estado fica limitada diante da indisponibilidade de recursos financeiros para atender e efetivar todos os direitos fundamentais sociais. Caberá ao Poder Executivo, portanto, a escolha das políticas públicas prioritárias e, ao se optar pela escolha de uma obra, serviço ou atividade.

Isso porque, por mais que a superestrutura estatal esteja satisfatoriamente aparelhada para se desincumbir desses encargos sociais, dificilmente terá condições de promover um atendimento integral àqueles que, de alguma forma, careçam e necessitem de um suporte dos poderes públicos.

Nessa linha de intelecção, só pode-se exigir do Estado a execução de uma prestação ou o atendimento de um interesse em benefício de alguém, desde que a medida não onere os cofres públicos, já que os recursos financeiros são limitados, ao ponto de inviabilizar o atendimento de outras pessoas ou comprometer a implementação de políticas em outras áreas sociais.

A teoria do “Princípio da Reserva do Possível”, que tem como berço as decisões proferidas pela Corte Constitucional Federal da Alemanha, pelas quais se sustentou que as limitações de ordem econômica podem comprometer sobremaneira a plena implementação dos ditos direitos sociais, tem sido aplicada e defendida por uma parte da doutrina e jurisprudência brasileiras.

Com efeito, a origem remota deste posicionamento pode ser encontrada no julgamento do famoso caso ocorrido na Alemanha (BverfGE n.º 33, S. 333), em que uma ação judicial visava obter uma decisão que permitisse a determinado estudante cursar o ensino superior público. E nesse *leading case*, restou estabelecido que somente se pode exigir do Estado o atendimento de um interesse, ou a execução de uma prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites da razoabilidade.

O Princípio da Reserva do Possível que foi positivado na Convenção Americana de Direitos Humanos é uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial de todos os direitos sociais, conforme se depreende abaixo:

“Art. 26. Desenvolvimento progressivo – Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

Isto implica em dizer que, o Judiciário não pode deferir direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto. Isso porque o atendimento a todo e qualquer pedido de medicamento ou tratamento que não venha devidamente comprovado como indispensável à manutenção da vida de

pacientes, provavelmente, acarretará o esvaziamento de outras demandas sociais, realmente mais urgentes e relevantes.

Assim, ainda que o Poder Judiciário objetive conferir cabal aplicabilidade às normas diretoras do sistema jurídico, não pode pretender suprir todas as carências sociais, mediante a expedição de uma ordem judicial, pois inexistirão condições econômicas e financeiras capazes de viabilizar sua efetivação.

Com efeito para a implementação de certas diretrizes legais (sejam constitucionais ou infraconstitucionais), mormente no que tange àquelas que exigirão iniciativas positivas (ativas) e materiais do Estado, é fundamental que os órgãos jurisdicionais atentem, ao proferirem alguma decisão, para a circunstância de haver ou não meios materiais disponíveis para sua concretização.

Assim, o interesse em querer implementar, sem a observância de qualquer tipo de limites uma dada prestação social, poderá gerar o efeito contra-producente de inviabilizar o atendimento de outras necessidades coletivas, para as quais já havia um prévio planejamento, mas que fatalmente ficará comprometido com o desvio. Por exemplo: dos aportes financeiros que seriam destinados ao seu suprimento para satisfazer aquela prestação em favor da qual a ordem judicial teria sido emitida.

Além de, à evidência, ferir o princípio da separação de poderes, calcado no sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), pois cabe ao legislador elaborar a peça orçamentária, definindo quais são as prioridades que entende serem as mais urgentes naquele dado momento, e ao Poder Executivo, a definição da política pública que almeja desenvolver.

Diante disso, constata-se que os órgãos jurisdicionais, quando submetidos à apreciação de demandas relativas a direitos prestacionais concernentes à saúde, não podem deixar de observar a problemática da disponibilidade fática de recursos.

Nessa linha de raciocínio, arrolam-se as decisões seguintes:

“Agravado de Instrumento nº 42.530.5/4, j. 11.11.1997.

(...) Não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevailecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência

de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente, impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu..." (TJSP, 2ª Câmara de Direito público, Rel. Des. Alves Bevilacqua).

Agr. Instr. 48. 608-5/4, julgado em 11.02.1998, unânime.

TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, Des. Rui Cascaldi

"O direito à saúde, previsto nos dispositivos constitucionais citados pelo agravante, arts. 196 e 227 da CF/88, apenas são garantidos pelo Estado, de forma indiscriminada, quando se determina a vacinação em massa contra certa doença, quando se isola uma determinada área onde apareceu uma certa epidemia, para evitar a sua propagação, quando se inspecionam alimentos e remédios que serão distribuídos à população, etc. Mas quando um determinado mal atinge uma pessoa em particular, caracterizando-se, como no caso, num mal congênito a demandar tratamento médico-hospitalar e até transplante de órgão, não mais se pode exigir do Estado, de forma gratuita, o custeio da terapia, mas dentro do sistema previdenciário.

AgRg no AgRg na SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 81 - SC (2004/0062451-9)

EMENTA: SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFERIMENTO. LESÃO À ORDEM E SAÚDE PÚBLICAS. FORNECIMENTO INDISCRIMINADO DE PRÓTESES. POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE. COMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. O fornecimento genérico e indiscriminado de próteses não aprovadas por órgão especializado, a quem delas necessite, em detrimento da listagem oficial do Ministério da Saúde tem, de fato, potencial suficiente para inviabilizar a realização de outros tratamentos à população carente e o próprio sistema de saúde pública.

2. Compete à Administração Pública fixar as diretrizes da política social e econômica que visam à saúde de toda população.

3. Agravo Regimental não provido.

Brasília (DF), 29 de junho de 2005, Data do Julgamento."(destaquei)

Demais disso, com bastante propriedade, Ingo Wolfgang Sarlet aponta que, além do limite material, situa-se também a problemática da possibilidade

jurídica de disposição do Estado, sem a qual não é possível a proteção dos direitos fundamentais, mesmo se existentes os recursos. É dentro dessa perspectiva que o autor esclarece o seguinte:

"...há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentária, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativa; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional."

5. A QUESTÃO DA NECESSIDADE DE SE FAZER A PONDERAÇÃO DOS BENS EM CONFLITO – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Pelo quadro exposto, a solução para essa colisão de princípios (mínimo existencial x reserva do possível) parece mesmo sinalizar para o critério da ponderação, ou melhor, do princípio da proporcionalidade, que deverá ser feito nos contornos de cada caso concreto.

O Ministro Gilmar Mendes, ao manifestar-se sobre o assunto, assim consignou:

"(...) ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia. Há que se partir, de toda forma, do texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde" (Suspensão de Tutela Antecipada-STA 238-TO).

Assim, não há dúvida de que a ponderação de interesses, feita nas particularidades de cada caso concreto, é a melhor forma de se aferir o grau de imprescindibilidade da concessão da tutela pelo Poder Judiciário. Nos casos em que ficar constatada a necessidade da medida judicial, o argumento da reserva do possível poderá ser relevado para que a saúde e a integridade do paciente sejam preservadas.

O Judiciário não pode deferir tudo sob a justificativa de garantia do direito à saúde e do mínimo existencial, assim como também não pode negar tudo sob o pálio da limitação orçamentária. No caso concreto, deve o juiz fazer a ponderação dos direitos fundamentais em confronto e decidir com base no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

O Princípio da Proporcionalidade deve ser de observância obrigatória em qualquer Estado Democrático de Direito, o qual exige para o exercício das competências institucionais, que sejam observados os limites do ordenamento em face da realidade social, estando proibidos o excesso, a arbitrariedade e a irracionalidade.

Resulta ainda do referido princípio, a necessidade de sopesamento dos valores juridicizados em face das questões individualizadas.

O Princípio da Proporcionalidade é composto por três elementos, ou subprincípios que, aplicados em conjunto, lhe dão funcionalidade. Assim são: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O Princípio da Adequação ou Idoneidade pressupõe a adoção de medidas apropriadas à consecução dos fins da lei, isto é, o meio escolhido deve ser apto a produzir o resultado pretendido em lei, pois, do contrário, será inconstitucional.

Já o Princípio da Necessidade ou da Exigibilidade compreende a verificação se a medida tomada, dentre as aptas à consecução do fim pretendido, é a menos gravosa para o indivíduo ou para a sociedade. Traduz na escolha da menor restrição possível. Suzana de Toledo Barros (2000 : 135) dispõe que “o Princípio da Necessidade traz em si o requisito da adequação” (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000. p. 135.).

Por último, o Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito impõe a aplicação da técnica de ponderação de bens na resolução de conflitos, pois conforme brilhante lição da professora Suzana de Toledo Barros, “muitas vezes, o juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação,

precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a ideia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu*, complementando os Princípios da Adequação e da Necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A ideia de equilíbrio entre valores e bens é exaltada.” (Idem, p.82 e 83)

Nesse sentido, outra passagem importante da obra Curso de Direito Constitucional (MENDES, 2007. p. 114) também merece ser trazida à colação, *verbis*:

“No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando substancial à própria ideia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa independência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ao equilibrado, fazendo-se apelo ao subprincípio da proporcionalidade, em sentido estrito, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da adequação e da necessidade, compõe a proporcionalidade em sentido amplo”.

Paulo Bonavides afirma que “o princípio da proporcionalidade é (...) direito positivo em nosso ordenamento constitucional”, eis que flui do espírito do § 2º, artigo 5º, da Constituição Federal, que abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Carta Magna, isto é, aqueles direitos que decorrem “da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que esse consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição. (*Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. Revista e atualizada, p.396.)

Exaltando ainda mais o aludido princípio, Ernesto Pedraz Penalva, publicista espanhol, diz que se trata de cânone de grau constitucional com que os juízes corrigem o defeito da verdade da lei, bem como, as insuficiências legislativas provocadas pelo próprio Estado com lesão de espaços jurídico-fundamentais. (apud Paulo Bonavides, op. cit., p.359)

Paulo Bonavides diz ainda que a “proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar, todavia, a corroer ou abalar o princípio da separação dos

poderes.” (Ibidem, p.363). Explica o excelso autor que a faculdade política decisória se mantém resguardada, mas sob a regência dos valores e princípios da Constituição Federal. Afirma ainda, que o “legislador já não é, porém, o soberano das épocas em que o princípio da legalidade se sobrepunha, por ausência efetiva de controle, ao princípio da constitucionalidade”. Diante da absoluta supremacia da Constituição sobre a lei, está a primazia da proporcionalidade, reconhecida como cânone constitucional (Loc. cit).

Assim, o juiz antes de conceder uma liminar em caráter de urgência e a título de estar tutelando um direito social e/ou fundamental deverá fazer a ponderação dos bens em conflito.

Dessa forma, o direito ao fornecimento de medicamentos, por exemplo, deve levar em consideração a competência orçamentária do legislador, a reserva do possível e a eficiência do provimento jurisdicional, sem perder de vista a relevância primordial do direito à vida.

Nesse sentido, deve-se evitar que: i) eventual provimento judicial concessivo de tutela à saúde de um cidadão acabe prejudicando a saúde de toda a coletividade; ii) eventual concessão cause danos relevantes ao funcionamento do serviço público de saúde; iii) exista prevalência desproporcional do direito à saúde de um indivíduo sobre os princípios constitucionais da competência orçamentária do legislador e das atribuições administrativas do Poder Executivo, em contrariedade ao Princípio da Separação dos Poderes; e iv) não se faça a ponderação dos interesses em conflito.

Somente nessa perspectiva é que se poderia afirmar que o ativismo judicial não se contrapõe ao Estado Democrático de Direito.

6. CONCLUSÃO

Por derradeiro, no que pertence à atuação da Advocacia-Geral da União, em apertadíssima síntese, conclui-se que essa desempenha importante papel institucional no Estado Democrático de Direito, seja no exercício das atividades de assessoria e consultoria jurídicas ou quando faz o controle da legalidade e conformidade dos atos do Poder Público. Isto sob os aspectos da legitimidade, juridicidade, moralidade, constitucionalidade, seja na atividade de representação judicial, quando faz o controle de decisões judiciais desarrazoadas e desproporcionais, por intermédio das medidas judiciais cabíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONAVIDES, Paulo, 1987,. *Constituinte e Constituição, a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. 2ª. ed. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará.
- BONAVIDES, Paulo, 2003,. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição..
- BARROS, Suzana de Toledo, 2000 *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª edição Brasília: Brasília Jurídica.
- BARROSO, Luís Roberto, 2010, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Site: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, 29/07/2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2006, *Direito Administrativo*, 20ª edição, editora Atlas.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos,2006, *Manual de Direito Administrativo*, 16ª edição, Editora Lumen Júris.
- KELSEN, Hans, 1996, *O problema da Justiça*. Tradução: João Batista Machado. 2ª edição, São Paulo: editora Martins Fontes.
- LENZA, Pedro, 2008 *Direito Constitucional*. 12ª edição, revista, atualizada e ampliada. Editora Saraiva.
- MACEDO, Rommel, 2008, *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. LTR.
- MORAES, Alexandre, 2003, *Direito Constitucional*. 13 ed. Revista e ampliada. São Paulo. Atlas.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 1999, *Advocacia Pública e o princípio da eficiência*. Interesse Público, São Paulo, nº 4.
- MOREIRA, João Batista Gomes, 2003, *A nova concepção do princípio da legalidade no controle da administração Pública*. Interesse público, São Paulo, Notadez, nº 21, set/out.2003
- MELO, Raquel Melo, 2008, *Curso de Direito Administrativo*. Editora Jus Podium.
- MENDES, Gilmar Ferreira,2009 - *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva.

- SILVA, José Afonso da, 2002, *Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v.230, out/dez.2002
- NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira, 2002, *O princípio da boa fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. *Por uma Teoria dos Princípios - O Princípio Constitucional da Razoabilidade*, Rio de Janeiro: editora Lúmen Júris.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), 2008, *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- MOREIRA, João Batista Gomes. *A nova concepção do princípio da legalidade no controle da administração Pública*. Interesse Público, São Paulo, Nota-dez, n 21, p. 85, set/out. 2003.

CAPÍTULO IV

OCUPAÇÃO NO SETOR PÚBLICO BRASILEIRO: TENDÊNCIAS RECENTES E QUESTÕES EM ABERTO

José Celso Cardoso Jr.
Roberto Passos Nogueira

TPP Diest / Ipea, 23 de setembro de 2011

1. APRESENTAÇÃO E CONCLUSÕES GERAIS

Este Comunicado se baseia no livro *Burocracia e Ocupação no Setor Público Brasileiro*, que constitui o quinto volume da série Diálogos para o Desenvolvimento.⁹⁸

A proposta do livro surgiu em 2008 de parceria entre o Ipea e a Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SRH/MP). Naquela ocasião, o Governo Federal estava sob críticas severas, entre outros motivos, por causa da política que estava em curso de revalorização dos servidores públicos, recomposição de pessoal e de sua remuneração. Basicamente, os ataques focavam em duas questões: o suposto inchaço da máquina pública federal e o suposto descontrole fiscal advindo da mencionada política.

Transcorridos dois anos de pesquisa destinada a reunir e organizar informações de qualidade sobre o tema, bem como melhor entender e interpretar os resultados de inúmeras tabulações, que tiveram como fonte praticamente todas as principais bases de dados secundários disponíveis – vale dizer: os Censos Demográficos, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNA-Ds), a Relação Anual de Informações Sociais (Rais) e o Sistema Integrado de

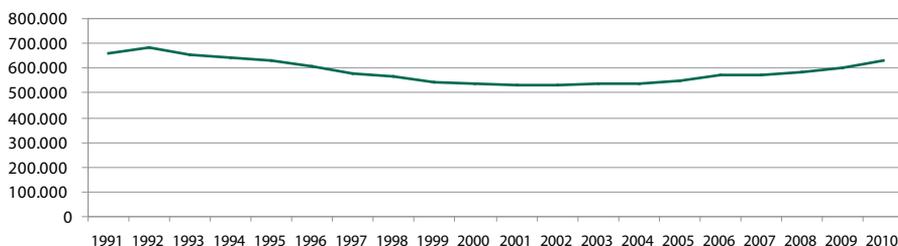
98 Para esse Comunicado, que se associa ao lançamento do livro *Burocracia e Ocupação no Setor Público Brasileiro*, volume 5 da série Diálogos para o Desenvolvimento, foi realizado esforço de atualização de dados que contemplasse o ano de 2010. Importante destacar que os Comunicados IPEA de números 19 (*Emprego Público no Brasil: comparação internacional e evolução recente, de 30 de março de 2009*) e 37 (*Salários no Setor Público versus Salários no Setor Privado no Brasil, de 10 de dezembro de 2009*) já trataram, sob outros recortes, do mesmo assunto.

Administração de Recursos Humanos (Siape) –, pode-se hoje afirmar com maior segurança que:

1. O movimento de recomposição de pessoal no setor público brasileiro, observado durante toda a primeira década de 2000, não só não foi explosivo como se mostrou apenas suficiente para repor praticamente o mesmo estoque e percentual de servidores ativos existentes, em meados da década de 1990.
2. Ao longo do período em estudo, houve, em particular, uma preocupação em conferir maior capacidade burocrática ao Estado brasileiro, mediante o reforço das carreiras em áreas estratégicas, tais como: advocacia pública, arrecadação e finanças, controle administrativo, planejamento e regulação.

Com a retomada dos concursos públicos, o número de servidores civis ativos da Administração Federal voltou ao patamar de mais de 600 mil, que vigia na primeira metade dos anos 1990, vindo a compensar, portanto, o número dos que se aposentaram anualmente ao longo dessas duas décadas (Gráfico I). Contudo, o pico de cerca de 680 mil servidores civis ativos de 1992 ainda não foi alcançado.

Gráfico I - Servidores Civis Ativos da Administração Federal, 1991-2010

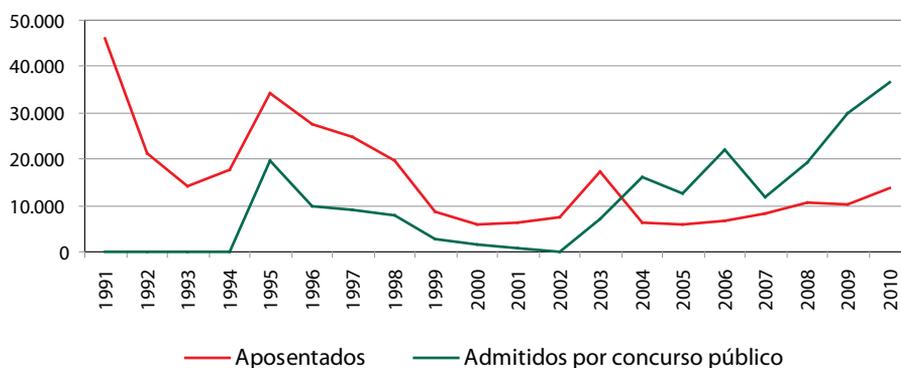


Fonte: Boletim Estatístico de Pessoal, SRH/MP. Elaboração própria.

O significado da retomada do concurso público para crescimento e fortalecimento da capacidade de Estado fica bem evidenciada no Gráfico II, que

consolida a série de admitidos anualmente a partir dos governos Collor e Itamar, durante os quais não houve admissão de servidores por esta via. Nada menos que 155 mil novos servidores foram admitidos entre 2003 e 2010. O número de servidores ativos civis em 2010 ainda era menor que no início da década de 1990, entre outros fatores, pelo fato de que houve ao menos três momentos importantes de corrida à aposentadoria. De modo geral, os anos com maior concessão de aposentadorias coincidem com três períodos que precederam ou acompanharam reformas previdenciárias. Foram eles: 1991, de 1995 a 1998, e 2003.

Gráfico II - Servidores civis federais: aposentados e admitidos por concurso

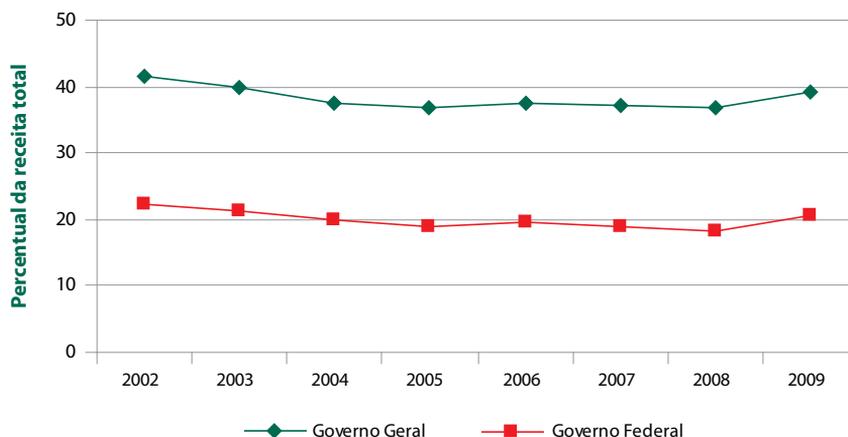


Fonte: Boletim Estatístico de Pessoal, SRH/MP. Elaboração própria.

Em 2010, pode-se perceber um prenúncio de nova elevação do número das aposentadorias, que se coloca acima de 10 mil por ano. Isto acontece devido ao fato de servidores em condições legais se aposentarem, retardarem ou anteciparem sua solicitação, conforme a conjuntura lhes pareça mais ou menos favorável ou desfavorável aos seus direitos.

3. Tampouco, deduz-se dos dados analisados que os gastos com pessoal tenham saído do controle do Governo Federal, pois, em termos percentuais (Gráfico III), esta rubrica permaneceu praticamente constante ao longo da primeira década de 2000, num contexto de retomada relativa do crescimento econômico e também da arrecadação tributária.

Gráfico III - Despesas de pessoal como percentual da arrecadação



Fonte: Tesouro Nacional

4. Do ponto de vista qualitativo, evidências da pesquisa indicam que o movimento atual de recomposição de pessoal no setor público deve trazer melhorias gradativas ao desempenho institucional, talvez ainda pouco perceptíveis em função do insuficiente tempo de maturação do novo contingente de força de trabalho a serviço do Estado, pois que:

- vem sendo selecionado a partir de critérios meritocráticos, por meio de concursos públicos, e mais para atividades-fim, que exigem nível superior de escolarização, do que para atividades-meio, indicando a possibilidade de maiores impactos sobre a produtividade agregada do setor público; e
- tem assumido a forma de vinculação estatutária, em detrimento seja do padrão celetista, seja de várias formas de contratação irregulares ou precárias, o que o coloca sob direitos e deveres comuns e estáveis, podendo com isso gerar maior coesão e homogeneidade no interior da categoria como um todo, aspecto considerado essencial para um desempenho satisfatório do Estado ao longo prazo.

2. DE QUE É COMPOSTO O ESTADO?

De que é composto o Estado? O que explica sua formação e sua composição em termos de recursos humanos, físicos, tecnológicos, normativos etc.? O que explica as mudanças nas formas de atuação e nas próprias áreas de atuação dos Estados modernos? Por que “tamanho” do Estado passou a ser uma obsessão da mídia e de determinados setores da sociedade, no Brasil e alhures?

Essas e outras questões não possuem respostas rápidas nem fáceis. De todo modo, em termos bastante gerais, seria possível dizer que respostas a essas intrincadas questões passam por entendimento de acordo com o chamado “tamanho” do Estado, a cada momento histórico e local geográfico específico, estaria a refletir uma somatória ampla e provavelmente contraditória de processos sociopolíticos simultâneos, destinados quase todos eles a tentar transformar o Estado, – melhor seria dizer os diferentes e heterogêneos segmentos, aparelhos e instituições do Estado, – em um agente de indução ou mesmo de transformação das estruturas econômicas e sociais de determinado país ou região. Transformações que historicamente assumiram os formatos e conteúdos mais variados, espelhando desde interesses particulares de determinada classe ou fração de classe em dominância no poder, como, talvez, interesses de fato nacionais a serviço do bem comum. Devemos lembrar, ainda, da possibilidade de que possam espelhar interesses autocentrados no próprio Estado, ou exclusivo de parte (também geralmente hegemônica), da burocracia estatal em cada caso.

Buscando, então, exemplificar um pouco o que foi dito no parágrafo anterior, e atendo-se – para facilitar e manter o foco no tema deste Comunicado – apenas à dimensão relativa à composição do pessoal ocupado no setor público em um caso imaginário qualquer, suponhamos configurações de Estado derivadas dos três casos hipotéticos citados.

No primeiro caso, em que o quantitativo de pessoal reflete decisões de um Estado voltado a satisfazer interesses particulares de determinada classe ou fração de classe hegemônica no poder, exatamente como em certos casos de Estados monárquicos e Estados mercantilistas despóticos dos séculos XVI ao XIX, é de se supor que, neste caso, haja muitas pessoas ocupadas em torno do cumprimento de funções ligadas à soberania externa (forças armadas e diplomacia), de segurança interna (polícias e demais aparatos de fiscalização e de repressão), em detrimento tanto de ocupações ligadas à provisão de bens e

serviços públicos ao conjunto amplo da população, como ao fortalecimento dos mercados econômicos domésticos, pois justamente se valorizam – regularmente, em tais casos – atividades conectadas com importações e exportações.

No segundo caso, em que o pessoal ocupado no setor público reflete interesses de fato nacionais ou universais a serviço do bem comum, é plausível assumir a existência de contingentes não desprezíveis de trabalhadores inseridos em atividades relacionadas à provisão de bens e serviços públicos à população, em áreas que são, por sua própria natureza, bastante intensivas em pessoas, tais como: saúde, educação, assistência social, segurança pública, transporte público, dentre outras. Também seria de se esperar, neste caso, que houvesse preocupação equivalente – e pessoal empregado – em áreas indelegáveis de atuação dos Estados capitalistas contemporâneos, sempre que interessados na sustentação intertemporal de estratégias de desenvolvimento ancoradas nos, ou mesmo voltadas aos, mercados e populações nacionais. Tais áreas ou atividades de atuação estatal estariam ligadas, *grosso modo*, ao desempenho das seguintes funções: *i*) o monopólio estatal da representação e da defesa nacional externa; *ii*) o monopólio do uso da violência para a segurança pública interna; *iii*) o monopólio da formulação e imposição das leis; *iv*) o monopólio da implementação e gestão da moeda; *v*) o monopólio da tributação; *vi*) a garantia e a proteção da propriedade privada; *vii*) a geração de confiança na validade e cumprimento dos contratos; *viii*) a estabilidade do valor real da moeda; *ix*) a regulação do conflito distributivo; e *x*) a garantia de previsibilidade para a rentabilidade empresarial privada.

Por fim, no caso em que o pessoal ocupado no setor público venha a espelhar interesses autocentrados no próprio Estado ou em parte, – normalmente hegemônica –, da burocracia estatal, não seria exagero concluir por uma concentração algo anômala ou desbalanceada proporcionalmente de servidores em atividades-meio, mais que nas atividades-fim. Adicionalmente, por um lado, haveria muitos funcionários, em geral menos qualificados e capacitados, como também menos motivados e mal remunerados, em um leque grande de atividades costumeiramente voltadas ao relacionamento direto com a população. Enquanto, por outro lado, poucos funcionários, em geral mais qualificados, capacitados, motivados e mais bem remunerados, em algumas atividades consideradas centrais pela burocracia hegemônica no poder. Historicamente, não é difícil identificar esta configuração como um caso clássico de criação e perpetuação – às vezes longa – de determinadas “ilhas de excelência” na administração pública, convivendo com vasta maioria de

servidores atuando em situação precária e em atividades de baixa qualidade e eficácia, como no caso de vários países subdesenvolvidos da América Latina (Brasil incluído); África, Leste Europeu e Sudeste Asiático, ao longo de, pelo menos, todo o século XX.

Em suma: ainda que no mundo concreto as situações reais devam de fato ser um *mix* dos três tipos ideais citados, modificando-se para dificultar as análises, ao longo do tempo e das circunstâncias históricas particulares, conclui-se aqui que não se pode sob hipótese alguma, falar de “tamanho” do Estado, ou mesmo de “quantitativo de pessoal ocupado no setor público”, em abstrato, pois justamente as variáveis que mais e melhor explicam determinado “tamanho” são o tempo e o espaço de cada caso ou experiência concreta. Em outras palavras: as diversas trajetórias históricas em curso e os diversos contextos e ambientes – territoriais, sociais, políticos, econômicos etc. – de que se está falando. No livro *Burocracia e Ocupação no Setor Público Brasileiro*, parte-se da premissa segundo a qual a história e as instituições importam, de modo que a configuração atual do Estado brasileiro é resultante de determinado contexto e momento histórico, portanto, incomparáveis – senão como recurso didático simplificador – a quaisquer outros casos concretos.

3. TENDÊNCIAS DA OCUPAÇÃO NO SETOR PÚBLICO BRASILEIRO

O marco de referência analítico para este estudo provém de uma interpretação de conjunto das políticas públicas adotadas no período e não só da descrição das políticas de administração de pessoal explicitadas em cada contexto governamental. Com isso, *o pressuposto aqui adotado é que as políticas econômicas e sociais têm bem maior potencial para gerar tendências e problemas peculiares à ocupação do setor público do que as políticas propriamente administrativas.*

Pode-se afirmar que as tendências de ocupação são expressões dessas políticas públicas amplas, embora em muitas situações faltam dados confiáveis para se chegar a uma conclusão a seu respeito e para se estabelecer qualquer relação de causalidade entre um aspecto e outro. Por outro lado, os problemas da ocupação pública devem ser entendidos como gerando impasses políticos que tampouco podem ser resolvidos mediante medidas derivadas unicamente da política administrativa de gestão de pessoal, visto que

tais problemas estão relacionados, fundamentalmente, ao cenário macroeconômico e às estratégias adotadas para o desenvolvimento do país.

Entre 1995 e 2010, os governos Fernando Henrique Cardoso (FHC) e Lula estabeleceram políticas de administração de pessoal cujos efeitos se desdobram para além da ocupação na esfera federal. Não só porque algumas dessas políticas se consubstanciaram em novas bases constitucionais e legais, como também deram origem a medidas e incentivos que afetaram o crescimento, a distribuição e o modo de vinculação de pessoal em todo o âmbito federativo.

No primeiro mandato do governo FHC, houve um esforço concentrado de produção de documentos e diretrizes explícitas que tinham sua fundamentação no Plano Diretor da Reforma do Estado de 1995. A administração gerencial, preconizada neste plano, apresenta um conjunto de diretivas bem conhecidas: autonomia financeira e administrativa de certas entidades públicas não estatais, retorno do regime contratual (celetista) para funções não essenciais de Estado, generalização da avaliação de desempenho dos servidores, possibilidade de demissão do servidor por insuficiência de desempenho e excesso de quadros, reorganização das carreiras especialmente nas funções essenciais do Estado etc. Algumas dessas diretivas foram inicialmente implementadas mediante a Emenda Constitucional nº 19, de 1998. De forma paralela e mais célere em seus efeitos institucionais, a política de desestatização levou à criação das agências reguladoras, inicialmente nas áreas de telecomunicações e de energia elétrica, mas logo se estendendo a áreas mais ou menos tradicionais como saúde e transportes.

Foram concebidos no mesmo período os planos de demissão voluntária (PDVs) dos servidores federais (e de outros níveis de governo), de acordo com modelo encetado no governo Collor. O Governo Federal buscou dar o exemplo para as demais esferas federativas, ativando seus planos de demissão em conformidade com seus objetivos de contenção global dos gastos públicos. No entanto, o resultado desses planos, em termos da diminuição do estoque de pessoal ativo, foi bem menor do que o esperado. A medida mais significativa para a redução do pessoal ativo deu-se simplesmente por meio da contenção do número de ingressados por concurso público e do aumento das aposentadorias em função da expectativa de perdas salariais por parte dos servidores.

No segundo mandato do governo FHC, num contexto de séria crise cambial, prevalece uma orientação fiscalista, caracterizada por fortes restrições ao gasto com pessoal. Tal orientação culminaria, em 2000, com a edição da Lei de

Responsabilidade Fiscal, que consolidou vários dispositivos legais anteriores, como a Lei Camata, em vigor desde 1995. De um modo geral, entre 1999 e 2002, as prioridades fiscais se impuseram no campo da gestão de pessoal do setor público e tiveram poder predominante em relação às propostas de modernização do aparato administrativo de Estado. Por exemplo, na esfera federal não houve praticamente admissão de novos servidores – nem mesmo para as carreiras essenciais de Estado, tão incentivadas pelo plano da reforma administrativa.

Assim, no segundo mandato de FHC, toda a ênfase política posta inicialmente na modernização gerencialista da Administração Pública se deslocou para duas outras prioridades: a contenção fiscal das despesas públicas, especialmente as de pessoal, e a desestatização modernizadora, acompanhada do fortalecimento do papel das agências reguladoras. Segundo dados da RAIS, existiam em 1991 mais de 20 mil trabalhadores celetistas contratados por empresas de economia mista do Governo Federal, que ficaram reduzidos, em 2003, a cerca de seis mil, graças ao processo de desestatização, que, na verdade não se constituiu numa medida de administração de empresas públicas pelo Estado, mas, sim, num componente estratégico da política de liberalização econômica, que visava transferir ao setor privado parte importante do estoque de ativos do setor público produtivo estatal.

Em contraposição ao primeiro mandato do governo FHC, as políticas de gestão de pessoal do setor público no governo Lula, não obstante terem trazido elementos novos e auspiciosos, foram tratadas de modo muito sumário e em escassos documentos, talvez como reflexo de certa ausência de consenso mais geral acerca de qual estratégia política seguir para o tema dos recursos humanos no setor público. Diversas medidas de modernização administrativa continuaram a ser praticadas, mas pouco se escreveu sobre o assunto e a todo custo se evitou o uso da expressão “reforma do Estado”. A política de gestão pública como um todo assumiu alguns contornos de continuidade, embora algumas vezes, tenha sido inovadora.

O aspecto de continuidade deve-se, sobretudo, à preservação da orientação fiscal, um dos três pilares essenciais da política macroeconômica, ao lado da manutenção do câmbio apreciado e do combate à inflação pelo regime de metas. Contudo, o novo cenário de crescimento da economia, que teve início em 2004, veio a favorecer o início de uma fase de expansão do quadro de pessoal da Administração Federal, bem como a política de ajustes graduais da remuneração dos servidores. Simultaneamente, decidiu-se pela reabertura dos concursos públicos dirigidos para pessoal permanente e temporário

em áreas prioritárias, incluindo carreiras estratégicas e as agências reguladoras. Esses concursos tiveram como objetivo adicional substituir os chamados “terceirizados”, ou seja, os contratados informais de cooperativas e entidades privadas diversas, bem como os contratados via agências internacionais. Em vários momentos, desde o final do governo FHC, o objetivo de substituir os terceirizados por concursados foi acertado com o Ministério Público (MP) e o Tribunal de Contas da União (TCU) mediante a assinatura de Termos de Ajuste de Conduta (TACs). Ainda assim, em 2009, o TCU produziu um relatório demonstrando a persistência de nada menos que 28.567 servidores em situação irregular na Administração Federal Direta e Indireta.

Um dos aspectos inovadores da política de pessoal do governo Lula veio mediante a adoção de mesas de negociação com servidores federais, no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP) que funcionaram com regularidade. Esse ministério também se dedicou a formular novas bases para a autonomia gerencial da Administração Pública Indireta. Para tanto elaborou um projeto específico em torno da figura jurídica da fundação pública de direito privado (conhecido como Fundação Estatal), já regulamentado por várias unidades federadas (UFs), mas ainda postergado *sine die* em sua votação pelo Congresso Nacional, devido a pressões exercidas pelas corporações de servidores. Seguindo em direção similar, de apoio ao crescimento do espaço de autonomia administrativa e financeira da administração pública, foram divulgadas as diretrizes produzidas por uma comissão de juristas que se prontificaram a colaborar com aquele ministério na montagem de uma proposta para o estabelecimento de uma nova Lei Orgânica da Administração Pública Federal.

Como síntese, o quadro 1 distingue as principais diretrizes de Administração Pública e de política de pessoal nos governos FHC e Lula.

Estreitamente relacionadas com os objetivos de contenção de gastos com pessoal, embora pelo lado do sistema de aposentadorias e pensões, as reformas do sistema previdenciário tiveram forte impacto sobre a estrutura da ocupação no setor público. Os períodos de discussão legislativa e de aprovação das reformas previdenciárias foram marcados por grande crescimento da demanda por aposentadorias, importando em diminuição considerável do número de servidores ativos. Para ilustrar os resultados desses fatores políticos, de acordo com quatro diferentes contextos governamentais, a tabela 1 apresenta a evolução anual do estoque de ativos, das aposentadorias e dos admitidos por concurso público.

Quadro 1: Governos FHC e Lula – Principais diretrizes nos campos da Administração Pública e das políticas de pessoal.

Governo FHC	Autonomia gerencial nas entidades públicas não estatais em contrato de gestão (organizações sociais são criadas pioneiramente pelo Estado de São Paulo em 1998)
	Demissão e licença temporária incentivadas
	Limites legais fixados para despesas com pessoal de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal de 2000
	Empregados celetistas admitidos por processo seletivo público
	Avaliação do desempenho individual do servidor ou empregado
	Possibilidade de demissão por insuficiência de desempenho e por excesso de quadros avaliado segundo limites fiscais
	Carreiras e concursos públicos organizados para as funções essenciais de Estado
	Criação das agências reguladoras e seu quadro de pessoal próprio
Governo Lula	Autonomia gerencial em entidades públicas da administração indireta (projeto de Fundações Estatais e proposta de Lei Orgânica da Administração Federal)
	Mesas de negociação para questões de gestão de pessoal
	Reabertura de concursos para servidores temporários e permanentes de órgãos públicos e agências reguladoras
	Realocação de pessoal na estrutura de carreiras e ordenamento das carreiras de Estado
	Substituição de pessoal ocupado em atividades-fins com contrato informal ou contratado via agências internacionais
	Limites legais fixados para despesas com pessoal de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal de 2000
	Reajustes graduais da remuneração, com destaque para carreiras de Estado

Fonte: Elaboração própria.

A despeito do discreto crescimento do estoque total de ativos obtido no período dos dois mandatos do governo Lula, o número de militares e servidores civis registrado em 2010 ainda era inferior ao de 1991. Percebe-se pelo quadro o efeito de diminuição do pessoal ativo ocasionado pela “corrida à aposentadoria”, que ocorreu associada às fases de votação das reformas previdenciárias nos anos 1991, 1995 a 1998, e 2003.

TABELA 1. Brasil, Administração Federal, 1991 a 2010: Evolução anual do estoque de ativos (militares e servidores civis), das aposentadorias e dos admitidos por concurso.

Contexto econômico e político	Ano	Total de Ativos (civis e militares)	Total de Ativos (apenas civis)	Aposentados no ano	Admitidos por concurso público no ano	Var. % Ativos (civis)
Crise e estagnação (Collor e Itamar)	1991	991.996	661.996	46.196	-	-2,8
	1992	998.021	683.618	21.190	-	
	1993	969.096	654.723	14.199	-	
	1994	964.032	641.564	17.601	-	
Reforma do Estado (FHC)	1995	951.585	630.763	34.253	19.675	-10,5
	1996	929.375	606.952	27.546	9.927	
	1997	900.128	578.680	24.659	9.055	
	1998	841.851	564.320	19.755	7.815	
Restrição fiscal (FHC)	1999	866.799	545.333	8.783	2.927	-2,7
	2000	864.408	536.321	5.951	1.524	
	2001	857.283	531.296	6.222	660	
	2002	809.975	530.662	7.465	30	
Fortalecimento da capacidade de Estado (Lula)	2003	856.236	534.392	17.453	7.220	7,3
	2004	884.091	538.077	6.486	16.122	
	2005	873.447	548.210	5.789	12.453	
	2006	887.579	573.341	6.658	22.112	
	2007	896.333	573.727	8.156	11.939	4,8
	2008	913.417	583.367	10.654	19.360	
	2009	926.799	601.117	10.384	29.728	
	2010	970.605	630.542	13.722	36.600	

Fonte: Boletim de Recursos Humanos, Ministério do Planejamento. Elaboração própria.

Sabe-se que o principal determinante da ocupação no setor público está constituído pela disponibilidade orçamentária para custeio e investimento. No entanto, a dimensão financeira da manutenção de pessoal ativo e inativo depende das três dimensões de políticas públicas, já mencionadas, que interagem entre si: políticas administrativas, previdenciárias e fiscais. Essas dimensões estiveram longe de ser congruentes entre si e geraram problemas

diversos, tais como a corrida para a aposentadoria e a utilização de pessoal irregular. A partir de 2003, o número de admitidos por concurso, a despeito dos compromissos assumidos perante o MP e o TCU, nunca foi suficiente para acabar com o problema do pessoal irregular, que é uma situação grave do ponto de vista do Princípio da Legalidade da ação do Estado.

É evidente que as esferas administrativas dos estados e municípios são afetadas por cada uma das conjunturas mencionadas do Governo Federal, como também o são por determinantes gerais que se situam nos planos das políticas públicas, especialmente nas políticas fiscais e previdenciárias. Quando se examina o conjunto da ocupação no setor público brasileiro a partir de 1995, destacam-se várias tendências que a seguir serão identificadas por meio de dados procedentes da RAIS, e comentadas de forma bastante sintética.

3.1. ENQUADRAMENTO METODOLÓGICO E PRINCIPAIS TENDÊNCIAS A PARTIR DE DADOS SUMÁRIOS

Metodologicamente, a ocupação no setor público está constituída pela somatória dos que mantêm vínculo institucional direto e indireto com a administração pública. O vínculo direto corresponde ao pessoal militar, aos estatutários e aos não estatutários, que por sua vez, incluem os celetistas e os informais, ou seja, os que estão em situação irregular. O contrato de trabalho para prestação de serviços finais de uma dada instituição é caracterizado como irregular pelo Ministério Público (MP), sempre que contraria a norma constitucional que requer a admissão por intermédio de concurso. Neste caso, a categoria de informalidade ou precariedade do trabalho não implica necessariamente a não observância de direitos do trabalhador, mas, sim, condição que contraria o Princípio da Legalidade da ação do Estado. Deve ser observado, ademais, que o conceito de ocupação direta na Administração Pública exclui os vínculos de trabalho com empresas estatais e de economia mista, embora tais vínculos possam ser considerados para efeito de comparação.

Por sua vez, o vínculo indireto resulta de relações contratuais criadas pelas instituições de Estado com entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, que colaboram para o alcance de suas funções. Pode se originar por meio de empresas que fornecem mão de obra para serviços gerais (copeiros, serventes, porteiros etc.), bem como pela interveniência de fundações de apoio, organizações sociais e entidades similares que compõem o setor “público não estatal”, conforme a nomenclatura adotada pelo projeto de Reforma

Administrativa de 1995. A distinção é relevante neste contexto de discussão, porque, em anos recentes, verifica-se a tendência a substituir os ocupados com vínculo direto pelos ocupados com vínculo indireto, embora essa tendência só seja identificada mediante estudos de áreas específicas, como, por exemplo, a de gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), ou de modo mais geral, em estudos que se debruçam sobre o nível municipal.

Do modo como aqui foi definido, o conceito de ocupação no setor público busca evitar conflito e contradição de acepções, representando alternativa ao conceito de “emprego público”, utilizado em outros capítulos do livro. É que, no contexto jurídico-administrativo nacional, emprego público corresponde ao vínculo celetista, segundo consta da Constituição, por contraposição ao vínculo estatutário. O servidor estatutário, que hoje é a grande maioria, não é um empregado no sentido estrito da palavra, porque ele se caracteriza por submeter-se a um estatuto que descreve seus deveres e direitos e, portanto, juridicamente não mantém relação contratual de emprego com a Administração Pública.

3.2. EVOLUÇÃO DA OCUPAÇÃO NO SETOR PÚBLICO EM COMPARAÇÃO COM OUTROS SETORES DA ECONOMIA

Entre 2003 e 2010, a ocupação na Administração Pública brasileira registrou um acréscimo de 30,2%, de acordo com os dados da RAIS/MTE (tabela 2). O maior crescimento ocorreu no setor municipal (39,3%), seguido do federal (30,3%) e do estadual (19,1%). Por sua vez, as empresas estatais registraram neste período um modesto aumento (11,5%), o que vem a demonstrar que persiste a diretriz política de baixa estatização do setor produtivo estatal, implantada na década de 1990.⁹⁹

Pelo lado do setor organizacional privado, observa-se que o número de vínculos em empresas aumentou em 62,3%, alcançando mais que o dobro do crescimento da ocupação da Administração Pública, desempenho que seguramente resulta da significativa expansão das atividades produtivas ocorrida nesse período.

Desta forma, pode-se afirmar que o aumento dos vínculos no setor público está longe de ser exorbitante, por motivos que transparecem igualmente na tabela 2:

99 A classificação de natureza jurídica das organizações públicas e privadas aqui utilizada foi introduzida na RAIS em 2003 e, portanto, impossibilita comparações com períodos anteriores.

1. o percentual de vínculos nas três esferas públicas em relação ao total de vínculos formais da economia diminuiu, passando de 25,2 a 21,8%;
2. a taxa de crescimento da ocupação da Administração Pública (25,2%) é bem menor que a taxa do conjunto do setor privado (58,6%);
3. a taxa de crescimento da ocupação da Administração Pública (25,2%) é comparável à taxa de crescimento dos vínculos das entidades sem fins lucrativos (28,1%);
4. em 2010, os três setores da Administração Pública acumulavam somente 21,8% do total de vínculos, enquanto o setor privado representava 76,3%.

Tabela 2. Brasil, 2003 e 2010: evolução dos vínculos de trabalho nos setores público e privado da economia

Natureza Jurídica	2003	2010	Var (%) 2003-10	Part. (%) 2003	Part. (%) 2010
Administração Pública	7.221.733	9.399.738	30,2	25,2	21,8
Setor Público Federal	727.547	947.936	30,3	2,5	2,2
Setor Público Estadual	2.946.374	3.508.835	19,1	10,3	8,1
Setor Público Municipal	3.547.812	4.942.967	39,3	12,4	11,5
Empresas Estatais	738.424	823.341	11,5	2,6	1,9
Setor Privado Organizacional	20.734.028	32.887.395	58,6	72,3	76,3
Empresas Privadas	18.489.218	30.012.389	62,3	64,4	69,6
Entidades Sem Fins Lucrativos	2.244.810	2.875.006	28,1	7,8	6,7
Total dos Setores Organizacionais	28.694.185	43.110.474	50,2	100,0	100,0

Fonte: RAIS /MTE

3.3. FORTE PROCESSO DE MUNICIPALIZAÇÃO DA OCUPAÇÃO PÚBLICA

De acordo com a tabela 3, em 2010, os vínculos municipais passaram a representar nada menos que 52,6 % do total do setor público. A desconcentração desses vínculos no período examinado se deu, principalmente, a partir

dos estados para os municípios, criando uma nova realidade para as políticas de controle do gasto público, assim como benefícios consideráveis para a efetividade das políticas sociais.

Envolvendo atualmente um contingente muito expressivo de cerca de cinco milhões de vínculos, a expansão da ocupação no setor municipal é a principal tendência observada na Administração Pública, constituindo-se em evidência de que a prestação de serviços aos cidadãos é cada vez mais realizada pelas prefeituras municipais, envolvendo áreas intensivas de geração de vínculos de trabalho tais como educação, saúde e assistência social. No período analisado, as ocupações que mais cresceram foram: psicólogos, professores do ensino fundamental, técnicos de programação, enfermeiros, fisioterapeutas e advogados.

Tabela 3. Brasil, 1995, 2002 e 2010: Percentual de vínculos diretos da ocupação do setor público, segundo esfera administrativa

Ocupação no setor público	1995	2002	2010
Número de vínculos diretos	5.515.594	6.998.140	9.399.738
Federal (%)	15,6	11,5	10,1
Estadual (%)	45,3	41,5	37,3
Municipal (%)	39,1	47,0	52,6

Fonte: RAIS . Exclui empresas estatais e entidades públicas autônomas. Elaboração própria

3.4. AUMENTO PROPORCIONAL DOS VÍNCULOS ESTATUTÁRIOS

No período situado entre 1995 e 2010, ao contrário do que pregavam as diretrizes da Reforma Administrativa, os vínculos estatutários - que melhor traduzem os ideais da burocracia weberiana - afirmaram-se como sendo os preferenciais no setor público brasileiro. Por sua vez, os empregados celetistas se tornaram uma parcela reduzida, representando cerca de 10% dos estatutários. Processos seletivos públicos para contratação de celetistas, conforme previstos na Emenda Constitucional nº 19, não foram aplicados e a queda no número desses vínculos se deu de forma inexorável por efeito da aposentadoria de seus ocupantes. Assim, o percentual de estatutários em relação a celetistas cresceu de 78,5% para 90% nesse período (tabela 4).

Entre 1995 e 2002, verificam-se a diminuição acentuada do número de celetistas (-29,3%) e a diminuição discreta dos estatutários (-2%). Mas na segunda fase, entre 2002 e 2010, a expansão do estoque de ativos do setor público se fez mediante um acentuado crescimento do número de estatutários (19,7%). De sua parte, os celetistas mantiveram-se em seu processo de redução (-33,3%).

TABELA 4. BRASIL, 1995, 2002 e 2010: Percentual de vínculos celetistas e estatutários no conjunto setor público

Tipo de vínculo	1995	2002	2010	Var. 95-02	Var. 02-10
Celetistas permanentes	1.235.540	873.583	582.673	-29,3	-33,3
Estatutários	4.516.170	4.427.177	5.300.760	-2,0	19,7
% Estatutários	78,5	83,5	90,0	-	-

Fonte: RAIS. Exclui empresas estatais e entidades públicas autônomas. Elaboração própria

3.5. ELEVAÇÃO DO NÍVEL DE ESCOLARIDADE DA FORÇA DE TRABALHO NO SETOR PÚBLICO

Com o propósito de avaliar o nível de educação geral é utilizado aqui o indicador que consiste no percentual dos vínculos com escolaridade acima do nível médio. O indicador compõe-se pela proporção de todos os vínculos com curso superior incompleto e completo e, ainda, os com pós-graduação, em relação ao total de vínculos de cada esfera administrativa.

As informações da RAIS para o período evidenciam uma considerável melhoria da educação geral nas três esferas administrativas, registrada especialmente no período 2002 a 2010 (tabela 5). No âmbito federal, chama atenção o fato de que houve uma queda do nível de educação geral, entre 1995 e 2002, de 46,1% para 38,9%. Isto significa que foram justamente os trabalhadores com maior nível de escolaridade que mais se aposentaram neste período. Contudo, no período seguinte, eleva-se o nível de escolaridade, alcançando 50,7% em 2010.

Por sua vez, os municípios conseguiram uma melhoria de 100% nesse índice de escolaridade geral, que entre 1995 e 2010, passou de 27% para 41,3%. Em 2010, os que trabalhavam na esfera estadual apresentavam praticamente

o mesmo nível de escolaridade dos que se situavam na esfera federal. De sua parte, os municípios obtiveram os avanços mais significativos, neste quesito, entre 2002 e 2010, tendo o indicador passado de 15,6% para 33,7%.

Tabela 5. BRASIL, 1995, 2002 e 2010 – Percentual de vínculos diretos da ocupação do setor público com educação maior que ensino médio por esfera administrativa

Esfera	1995	2002	2010
Federal	46,1	38,9	50,7
Estadual	29,7	39,7	49,4
Municipal	15,6	21,6	33,7
Total	27,0	31,1	41,3

Fonte: RAIS . Exclui empresas estatais e entidades públicas autônomas. Elaboração própria

3.6. DIMINUIÇÃO DE OCUPADOS EM FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS (ATIVIDADES-MEIO)

A tendência à diminuição dos ocupados em funções administrativas intermediárias é um fenômeno bem conhecido e que certamente decorre da utilização crescente de tecnologias da informação (TI). Uma série de atividades que antes tinham o caráter de apoio administrativo e eram exercidas tipicamente por secretários, escriturários, datilógrafos, auxiliares administrativos, dentre outras, puderam ser incorporadas ao perfil dos diferentes tipos de profissionais ocupados em cargos de direção, assessoria e controle, que são obrigados a lidar cotidianamente com a TI para o exercício de suas tarefas.

Todavia, segundo os dados da RAIS, as afirmações acima são validadas apenas para as esferas federal e estadual, nas quais houve um decréscimo dos vínculos de serviços administrativos, respectivamente, de 9,1% e 21,8%, entre 2002 e 2010 (tabela 6). Já nos municípios, o número de trabalhadores administrativos cresceu em 11,4% nesse período. Uma hipótese a considerar diante deste resultado é que o processo de difusão da TI tem sido mais lento na administração municipal, por fatores diversos.

De outro lado, vem crescendo a demanda por pessoal técnico-profissional para apoio às funções de TI. A diminuição do número de pessoal administrativo corresponde, assim, uma tendência em sentido inverso, que é o aumento dos profissionais e técnicos de informática, em ritmo bastante

acelerado. O número do pessoal especializado em TI é mais elevado na esfera estadual, mas a taxa de crescimento maior dá-se no âmbito federal. Por outro lado, verifica-se um número ainda reduzido de técnicos de TI nos municípios.

Tabela 6. BRASIL, 2002 e 2010. Trabalhadores de serviços administrativos por esfera administrativa

Esfera	2002	2010	% Var.
Federal	250.493	227.753	-9,1
Estadual	844.906	660.583	-21,8
Municipal	836.180	931.630	11,4
Total	1.931.579	1.819.966	-5,8

Fonte: RAIS . Elaboração própria.

3.7. TENDÊNCIAS DE GÊNERO

A ocupação do setor público se faz de modo diferenciado quanto ao gênero, sendo que as mulheres constituem minoria na Administração Federal e maioria nos estados e municípios (tabela 7). O que explica tal participação diferenciada é possivelmente o fato de que o número de mulheres é predominante nas funções de saúde, assistência social e educação, as quais, como já referido, são assumidas em maior parte pelos estados e municípios. A tendência evidenciada pelos dados dá-se no sentido de que a participação feminina diminua nos estados e aumente nos municípios e na esfera federal.

Tabela 7: BRASIL, 1995, 2002 e 2010 - Participação percentual feminina por esfera administrativa do setor público

Esfera	1995	2002	2010
Federal	31,9	32,1	35,1
Estadual	59,6	58,4	57,3
Municipal	61,7	62,4	64,0
Total	56,6	57,2	58,6

Fonte: RAIS . Elaboração própria.

A despeito de a participação feminina total na esfera federal ser menor do que a dos homens registra-se um percentual maior de mulheres ocupando cargos superiores e de direção em comparação com os homens. Nos estados, os homens têm uma participação semelhante à das mulheres e, nos municípios, os homens têm uma participação relativa maior nessas funções hierarquicamente diferenciadas.

Outro resultado interessante em relação a gênero é que, medida por salários mínimos, a renda média mensal das mulheres ultrapassa a dos homens na esfera federal, acontecendo o inverso nas duas outras esferas (tabela 8). Portanto, no Governo Federal, as mulheres, proporcionalmente ao seu número, ocupam funções mais elevadas na hierarquia e têm renda maior que a dos homens.

TABELA 8. Brasil, 2010: Renda média mensal (em salários mínimos) por gênero e por esfera administrativa do setor público

Ano	2010	
	Homens	Mulheres
Esfera		
Federal	11,1	12,2
Estadual	6,2	4,6
Municipal	3,0	2,7
Total	5,5	3,9

Fonte: RAIS. Elaboração própria.

3.8. DIMENSÃO E CONTROLE DAS DESPESAS COM PESSOAL

A questão sobre a supostamente elevada magnitude dos gastos públicos com pessoal suscita muito interesse devido ter se tornado um divisor de águas entre diferentes visões políticas acerca do papel do Estado no processo de desenvolvimento. Desde o início da década de 1990, marcado por uma postura governamental thatcheriana de combate à burocracia de Estado, a cada informação que a imprensa divulga sobre o número de servidores ou do montante do gasto público com pessoal, determinadas correntes de economistas tentam impingir o diagnóstico de que a máquina administrativa está “inchada” e que o gasto com pessoal é excessivo.

Ocorre que, na verdade, não está disponível qualquer parâmetro consensual para validar tal diagnóstico. A única regra que se observa na história recente é que em momentos de expansão da atividade econômica e da concomitante arrecadação tributária, os governos sentem-se mais estimulados para aumentar os gastos com o aparato administrativo como um todo e, portanto, não só com pessoal. Em momentos de crise fiscal, por outro lado, impõem ou acatam medidas legais de limitação desses gastos.

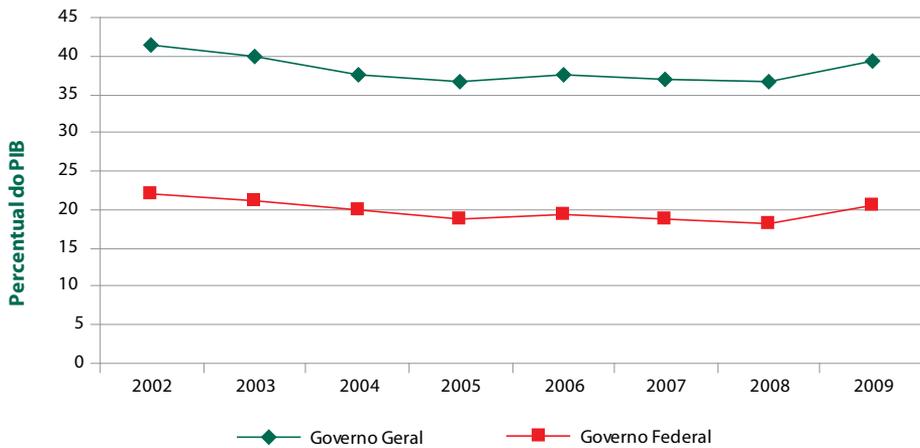
Em conclusão, a ocupação do setor público só pode ser considerada excessiva quando avaliada em cotejamento com os resultados de uma conjuntura de crescimento econômico reduzido e queda da arrecadação. Mas uma teoria econômica como a keynesiana afirma que gastos do Estado são importantes para reativar o crescimento em tal conjuntura, especialmente em face de um mercado de trabalho com ampla parcela informal e baixa renda, como é o caso do Brasil. Deste modo, o diagnóstico de excesso de pessoal não dá base suficiente de conhecimento para amparar uma política administrativa de gestão da força de trabalho no setor público.

Outra advertência diz respeito às comparações internacionais. O Brasil tem um excelente sistema de monitoramento de gastos com pessoal, mas comparações internacionais só deveriam ser realizadas se a metodologia comparativa conseguir descontar as peculiaridades da composição desses gastos e do próprio mercado de trabalho brasileiro. Como esta é uma tarefa que extrapola os objetivos sintéticos deste estudo, aqui só será empreendida uma breve descrição das dimensões e das tendências do gasto com pessoal e dos problemas relacionados com seu controle pelas políticas fiscais.

Para fins de monitoramento das despesas de pessoal do governo geral no Brasil, pode-se recorrer a duas fontes de dados: o Sistema Nacional de Contas (SNC) do IBGE e a Secretaria do Tesouro Nacional (STN). O primeiro informa as despesas com salários e benefícios, enquanto os dados da STN apresentam em forma agregada as despesas com ativos e inativos, na medida em que estão voltados para o acompanhamento do cumprimento da LRF.

A partir dessas duas fontes (Gráfico IV) conclui-se que as despesas com pessoal das três esferas administrativas (governo geral) decresceram relativamente a partir de 2002, mas voltaram a aumentar a partir de 2005, sem, contudo, alcançar o patamar de 2002. Há uma tendência similar para o Governo Federal, quando se consideram as despesas com ativos e inativos como percentual do Produto Interno Bruto (PIB).

Gráfico IV - Despesas com pessoal como percentual do PIB



Fonte: Tesouro Nacional

As despesas com pessoal, como percentual do PIB, foram mais elevadas no ano final do governo FHC. No governo Lula, houve um aumento em 2005, mas a partir de então se observa uma discreta diminuição desses gastos, tomando como referência o PIB do ano corrente.¹⁰⁰

Um retrato da situação atual quanto ao conjunto dessas despesas aparece na tabela 9, para 2009 (último dado disponível), um ano de mau desempenho da economia, havendo o PIB se retraído em 0,2%. O governo geral, composto pelas três esferas administrativas, apresentou despesas com pessoal que equivalem a 41,2% do total de despesas e a 42,1% do total das receitas.

Por fim, com base no gráfico V, verifica-se que a massa salarial no setor público em relação ao setor privado não apresenta uma tendência clara de crescimento. Com efeito, a massa salarial nas três esferas da Administração Pública e, isoladamente, na esfera federal, elevou-se a partir de 2006, mas voltou a cair em 2010, mantendo aproximadamente a mesma fração, ou seja, sem gerar qualquer descompasso flagrante com a dinâmica do setor privado.

100 Um fator que tem pesado nos custos salariais é a média elevada de idade da força de trabalho ativa federal que se encontra em grande parte nas classes mais altas das carreiras e, portanto, usufruindo de níveis salariais mais elevados. Além disso, a reorganização e expansão das carreiras de Estado pressupõem oferta de cargos com salários competitivos em relação ao mercado de trabalho do setor privado, o que também implica maiores despesas dessa natureza.

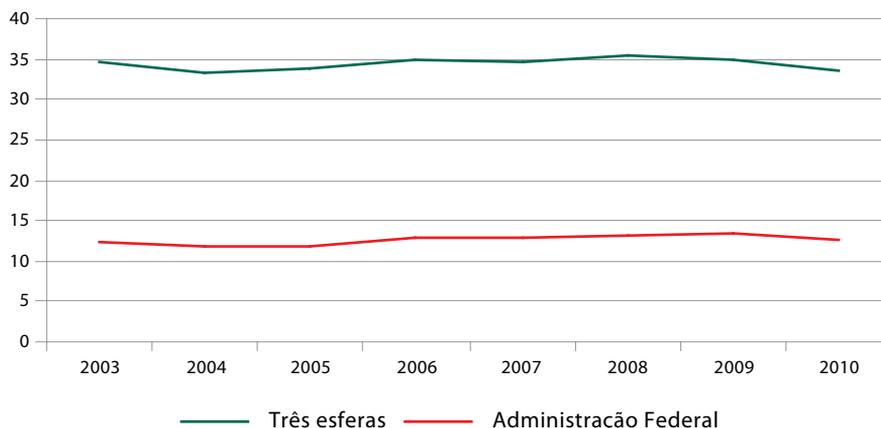
TABELA 9. Brasil, 2009: Despesas nominais do governo geral (Em R\$ mil) – último dado disponível.

TIPO DE DESPESA	Governo geral (três esferas)	Federal	Estadual	Municipal
Total das receitas	1.226.901.202	737.062.261	424.915.547	256.910.195
Total das despesas	1.162.752.222	696.996.253	406.439.348	251.303.423
Pessoal (valor)	482.549.217	151.652.813	207.934.962	122.961.442
Pessoal (% das receitas)	42,1	24,9	50,9	44,7
Pessoal (% das despesas)	41,5	21,8	51,2	48,9
Pessoal (% do PIB)	14	4,3	6,2	3,5

Fonte: STN e Banco Central do Brasil (BCB).

Isto quer dizer que os gastos com pessoal no setor público vêm acompanhando o ritmo de crescimento do emprego e, portanto, da massa salarial, do setor privado. É um indício de que o ciclo econômico é um determinante poderoso do ritmo e magnitude de crescimento do emprego público como um todo, bem como dos gastos públicos relacionados a ele.

Gráfico V - Evolução da massa salarial do setor público como percentual do setor privado



Fonte: RAIS . Elaboração própria

4. RECOMENDAÇÕES DE PESQUISA A FUTURO

Para além das informações e conclusões resumidas acima, inúmeras outras podem ser extraídas do livro *Burocracia e Ocupação no Setor Público Brasileiro*, a saber: i) aquelas a respeito da formação histórica da burocracia pública no país; ii) das diretrizes recentes em termos tanto de salários e vencimentos quanto da ocupação em cargos comissionados no poder público federal; iii) de fenômenos sociais e demográficos importantes em curso dentro do Estado, como, por exemplo, as tendências de municipalização da ocupação no setor público, de maior escolarização e profissionalização, de ampliação da presença feminina e de rejuvenescimento da força de trabalho, sobretudo em âmbito federal, entre outras.

Por outro lado, importa registrar abaixo algumas importantes lacunas do referido livro, as quais, não obstante, constituem-se em novas pautas de pesquisa aplicada e assessoramento governamental por parte do Ipea:

- Em que condições vêm se dando os processos seletivos nas três esferas de governo, em especial no nível federal? Os atuais formatos de seleção por concursos públicos padronizados vêm conseguindo atrair e filtrar candidatos com perfis adequados à natureza pública da ocupação e ao cumprimento das exigências institucionais do Estado, em todos os seus níveis?
- Há nas diversas instâncias do Estado, planos de cargos ou carreiras, progressão funcional e vencimentos, capacitação permanente, flexibilização funcional e preparação para a aposentadoria, considerados adequados e satisfatórios aos diversos objetivos estratégicos do Estado no médio e longo prazo?
- Como instaurar e cultivar ou desenvolver uma cultura de aprimoramento permanente de desempenho institucional do setor público, inclusive passível de ser monitorado ao longo do tempo por meio de indicadores (quantitativos e qualitativos) de desempenho (efetividade, eficácia e eficiência), aplicáveis aos três níveis federativos e também aos três grandes Poderes da República?

Enfim, quais as questões merecem esforços institucionais de pesquisa e

assessoramento governamental por parte do Ipea (e outros órgãos), visando mais bem qualificar a discussão corrente sobre temas tão complexos e intrincados, mas absolutamente fundamentais para o Estado brasileiro nesta sua atual quadra histórica de retomada de posturas e atitudes mais ativas em prol do desenvolvimento nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARDOSO JR., J. C. (Org.) *Burocracia e ocupação no setor público brasileiro*, volume 5. Brasília: Ipea, 2011 (Série Diálogos para o Desenvolvimento).

CAPÍTULO VI

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NO CONTEXTO DA INOVAÇÃO E MELHORIA DA GESTÃO PÚBLICA

Heloisa Garcia Pinto

Julho de 2012

RESUMO

O Departamento de Inovação e Melhoria da Gestão (Denov), inserido na Secretaria de Gestão Pública (Segep) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP), tem como uma de suas atribuições gerenciar recursos externos provenientes de contratos e cooperações técnicas assinados com instituições financeiras internacionais. Essa tarefa inclui coordenação de execuções centralizadas no próprio departamento e/ou ministério, bem como aquelas descentralizadas aos demais ministérios e aos estados do Brasil.

Os benefícios dos diversos projetos financiados com recursos externos, portanto, podem se estender aos órgãos e entidades do Governo Federal, Estadual e, em alguns casos, indiretamente, aos municípios brasileiros. Assim, metas são definidas de forma conjunta entre os beneficiários, com o apoio e a coordenação/supervisão do Denov/Segep/MP, permitindo alto grau de uniformização de procedimentos e de compartilhamento de soluções em diversas áreas da gestão pública.

Embora lotados em esferas distintas do governo, servidores públicos têm o privilégio de trocar experiências já vivenciadas e também de opinar na construção de novos instrumentos jurídicos, os quais, sendo federais, impactarão nas atividades estaduais e municipais e/ou vice-versa. Durante a execução dos produtos, a serem concluídos no âmbito dos projetos cofinanciados, vários fóruns de discussões se formam, fortalecendo as relações interinstitucionais entre os estados e o Governo Federal, sempre em benefício das melhorias e inovações na gestão pública.

Esse trabalho visa compartilhar as lições aprendidas na experiência da Denov/Segep/MP em coordenar e supervisionar aplicações de recursos, decorrentes de contratos de empréstimos externos e de cooperações técnicas e financeiras, na modernização administrativa, com vista à melhoria da qualidade dos gastos públicos. Além disso, se propõe a demonstrar os resultados já alcançados pelos órgãos e entidades públicos federais e estaduais, participe nos projetos administrados por essa unidade.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta dois Programas coordenados pela Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão do Brasil, ambos voltados para a melhoria da gestão pública e executados sob a forma de cooperação internacional: (i) Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios Brasileiros – Promoex e (ii) Programa Nacional de Apoio a Modernização da Gestão e do Planejamento dos Estados Brasileiros e Distrito Federal - Pnage.

As informações foram obtidas por meio de pesquisas efetuadas nos arquivos da Direção Nacional do Promoex e Pnage, pertencente ao Departamento de Inovação e Melhoria da Gestão (Denov), unidade da citada Secretaria de Gestão Pública (Segep); nas publicações das duas principais entidades ligadas ao Controle Externo Brasileiro, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon) e o Instituto Rui Barbosa (IRB); em materiais e sítios eletrônicos de divulgação dos Tribunais de Contas Brasileiros; e nos Relatórios de Progresso desses programas, os quais são apresentados semestralmente ao Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID.

Além dos resultados alcançados até o momento, serão comentadas as lições aprendidas ao longo da implantação e execução do Promoex e do Pnage, com a pretensão de repassá-las visando contribuir para a melhoria na aplicação, por meio de transferências voluntárias de recursos da União para os estados, recursos obtidos junto a agentes financiadores externos.

1.1. HISTÓRICO PROMOEX

O marco sobre o qual o Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios Brasileiros – Promoex

foi criado é a Lei Complementar nº 101/2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal.

Aos Tribunais de Contas Brasileiros foram atribuídas competências, as quais traziam inovações às atividades por eles então exercidas, havendo necessidade de que fossem reaparelhados, em termos de tecnologia da informação e da comunicação, e modernizados em seus processos de trabalho, incluindo também melhoria na gestão de seus recursos humanos.

Um diagnóstico situacional foi contratado, no ano de 2001, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão junto à Fundação Instituto de Administração da Universidade de São Paulo (FIA/USP), objetivando conhecer os pontos fortes e as necessidades dos Tribunais de Contas (TCs). Também, naquele ano, os presidentes dos TCs criaram um Grupo Técnico, composto por oito servidores de TCs, que, em colaboração com a ATricon e o IRB, acompanharam e avaliaram as conclusões dos trabalhos da consultoria contratada pelo Ministério. Posteriormente, o Grupo Técnico contribuiu enormemente em todas as fases de negociação do contrato de empréstimos, de elaboração dos projetos para aprovação, da implantação e da execução do Promoex.

A Carta-Consulta para o financiamento do programa foi aprovada em dezembro de 2002, momento em que o Governo Federal assumiu oficialmente o compromisso de apoiar um programa de modernização dos Tribunais de Contas.

Em maio do ano seguinte, foram definidas pelos representantes do MP e dos Tribunais importantes pautas relacionadas à elaboração do Marco Lógico e Institucional do Programa, às negociações com o BID, às orientações para elaboração dos projetos e ao cronograma das atividades. Nasce assim, em 2003, o Promoex.

A elaboração dos projetos de cada TC, definindo a aplicação dos recursos, aconteceu durante o exercício de 2004, quando também foram negociados os termos do contrato de financiamento BID/MP e dos convênios para repasse dos recursos entre o ministério e os TCs.

O ano de 2005 foi muito importante na história do Promoex. O Senado Federal editou a Resolução nº 48, autorizando a operação de crédito BID/República Federativa do Brasil, fundamentando a assinatura, em setembro, do Contrato de Empréstimo nº 1628 com o Banco Interamericano de Desenvolvimento. Ato contínuo, o Presidente da República sancionou a Lei nº 11.131/2005, autorizando a União, por meio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a prestar assistência técnica e financeira aos estados, Distrito Federal e municípios com o objetivo de promover o fortalecimento institucional de seus Tribunais de Contas para cumprimento do estabelecido

na Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, por intermédio do Promoex.

No início de 2006, o MP como órgão executor do Promoex assinou cooperação técnica com a Atricon e com o IRB, e termos de convênio com os Tribunais de Contas, com o objetivo de implantar definitivamente o programa, tendo os TCs como seus subexecutores.

A execução do Promoex continua, desde então, com a realização de vários eventos de discussão, capacitação e compartilhamento de soluções, visando o cumprimento dos objetivos definidos nos projetos aprovados.

O encerramento dos convênios assinados no âmbito do Promoex entre o MP e os TCs está previsto para 31 de março de 2013, restando ainda para 2013, a finalização das análises das prestações de contas e os procedimentos de conclusão dos desembolsos junto ao BID, conforme prazo definido pelo Contrato de Empréstimo nº 1628/OC-BR.

1.2. HISTÓRICO PNAGE

Seguindo a experiência de apoio às Secretarias Estaduais de Fazenda, o Governo Federal decidiu também promover a modernização das áreas de planejamento e gestão dos estados e do Distrito Federal, por meio de contrato de empréstimo junto ao Banco Interamericano de Desenvolvimento.

Um diagnóstico situacional foi contratado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão junto à Fundação Instituto de Administração da Universidade de São Paulo (FIA/USP), com o objetivo de conhecer os pontos fortes e as necessidades dos Estados.

Os principais problemas levantados:

- políticas do sistema de informação excessivamente descentralizadas e falta comunicação entre bancos de dados;
- dificuldades no controle do inventário e dos investimentos em informática;
- capacitação dos servidores para utilizar as ferramentas de informática, mas não para operacionalizar e atuar estrategicamente a partir dos sistemas de gestão;
- carência de estrutura de gestão da memória administrativa;
- inadequação entre as estruturas administrativas existentes e as ações regionalizadas;

- estruturas regulatórias frágeis ou inexistentes (privatização, concessão, publicização e terceirização);
- inadequação entre estruturas e competências das organizações;
- inadequação dos critérios da concessão de “gratificações” e seus efeitos na estruturação da remuneração e na previdência;
- ausência de política de avaliação de desempenho e obstáculos para implantação de uma gestão voltada para resultados;
- legislação de pessoal antiquada e não consolidada;
- descolamento das decisões do ciclo de planejamento com a política de RH;
- insuficiência de quadros técnicos permanentes nas áreas de planejamento e administração;
- defasagem e inadequação das estruturas de cargos e carreiras;
- falta da definição estratégica das competências requeridas para os servidores;
- dificuldade de articular as metas com a gestão por programas;
- inexistência ou insuficiência dos indicadores de desempenho;
- deficiência na coordenação entre o planejamento geral, setorial e regional;
- integração entre plano e orçamento fortemente centralizado;
- desarticulação entre formulação e implementação de políticas públicas;
- insuficiência no monitoramento e avaliação de políticas públicas;
- falta de sistemas de informação e gestão para o patrimônio imobiliário e mobiliário.

Em seguida, foram definidas pelos representantes dos Estados e do MP importantes pautas relacionadas à elaboração do Marco Lógico e Institucional do Programa, às negociações com o BID, às orientações para elaboração dos projetos e ao cronograma das atividades.

A elaboração dos projetos de cada estado e do DF, definindo a aplicação dos recursos, aconteceu durante os exercícios de 2004 e 2005, quando também foram negociados os termos do contrato de financiamento BID/MP e dos contratos de repasses entre o Ministério e os estados, com a interveniência da Caixa Econômica Federal. A modalidade contrato de repasse também é utilizada, assim como o convênio, para transferência voluntária da União aos entes subnacionais.

A mesma Resolução nº 48, editada pelo Senado para o Promoex, também autorizou a operação de crédito BID/República Federativa do Brasil para o Pnage, fundamentando a assinatura, em maio de 2006, do Contrato de Empréstimo nº 1718 com o Banco Interamericano de Desenvolvimento. A Lei nº 11.131/2005 autorizou a União, por meio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a prestar assistência técnica e financeira aos estados, Distrito Federal e Municípios com o objetivo de promover o fortalecimento institucional de seus Tribunais de Contas para cumprimento do estabelecido na Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, por intermédio do Promoex, e também promover a modernização das áreas de planejamento e gestão dos Estados e DF, por meio do Pnage.

Em 2006, o MP, como órgão executor do Pnage, firmou contrato administrativo com a Caixa Econômica Federal para as assinaturas dos contratos de repasses com os estados e DF, com vistas à implantação definitiva do programa.

A execução do Pnage continua desde então, e o encerramento das aplicações de recursos no âmbito dos contratos de repasses está previsto para 28 de fevereiro de 2013, restando ainda para os primeiros meses de 2013, a finalização das prestações de contas e os procedimentos de conclusão dos desembolsos junto ao BID, conforme prazo definido pelo Contrato de Empréstimo nº 1718/OC-BR.

2. ARRANJO INSTITUCIONAL

O órgão executor do Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios Brasileiros (Promoex) e do Programa Nacional de Apoio a Modernização da Gestão e do Planejamento dos Estados Brasileiros e Distrito Federal (Pnage) é o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP), por intermédio do qual a República Federativa do Brasil contratou empréstimo com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) para financiamento das aquisições, contratações e demais gastos dos citados programas.

Os estados, o Distrito Federal e os Tribunais de Contas estaduais e municipais recebem os recursos do MP, com base em contratos de repasses e convênios, cujas cláusulas preveem, entre outros procedimentos relativos às transferências voluntárias, o aporte de contrapartida financeira em percentual de aproximadamente 40% (quarenta por cento) do total conveniado.

A Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon) e o Instituto Rui Barbosa (IRB) são instituições com as quais, por força de cláusula contida no Contrato de Empréstimo e nos Convênios que suportam o Promoex,, os TCs devem assinar Termos de Cooperação Técnica. O objetivo de tal comando é a coordenação, por parte dessas duas entidades, da execução dos produtos comuns estabelecidos nos projetos dos TCs, a exemplo da lei processual e do portal dos tribunais.

No caso do Pnage, não existe a obrigatoriedade de formalização de cooperação com os Conselhos dos Secretários Estaduais de Administração (Consad) e dos Secretários Estaduais de Planejamento (Conseplan). Mas essas entidades participam das definições relevantes para o andamento do programa.

A coordenação geral dos programas, ora comentados, está a cargo da Direção Nacional do Promoex e Pnage (DN-Promoex/Pnage), unidade presente na estrutura do Departamento de Inovação e Melhoria da Gestão (Denov), vinculado à Secretaria de Gestão Pública (Segep) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP). A sua gestão financeira também é atribuição da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração (SPOA) do MP. E, no tocante ao Pnage, há ainda a participação da Caixa Econômica Federal, instituição financeira brasileira que atua no monitoramento da execução de contratos de repasses.

No âmbito dos estados e dos Tribunais de Contas, subexecutores dos programas, a execução fica sob a responsabilidade das unidades locais, constituídas em cada um deles, com a composição de, no mínimo, três funções de coordenação: geral, administrativo-financeira e técnica.

Tanto para o Promoex como para o Pnage, as instâncias superiores de articulação estratégica são os respectivos Comitês Deliberativos, instituídos com as atribuições de deliberar sobre suas diretrizes estratégicas, ações e atividades de caráter nacional e de aprovar os respectivos planos operativos anuais. Deles participam, além de representantes do Governo Federal (Presidência da República, Secretaria do Tesouro Nacional e Ministério do Planejamento), as entidades Atricon, IRB, Consad e Conseplan.

Comitês Técnicos também foram criados com a finalidade de prestar apoio à Direção Nacional dos Programas sobre a execução dos projetos e os planos operativos anuais apresentados pelos estados e Tribunais de Contas participantes do Pnage e do Promoex. As entidades parceiras citadas indicam representantes para os Comitês Técnicos e levam em consideração suas sugestões nas decisões dos Comitês Deliberativos.

3. OBJETIVOS E COMPONENTES DOS PROGRAMAS

Os componentes dos programas são as divisões principais dos projetos, que mantêm uma mesma estrutura, diferenciando-se, entre os estados ou entre os Tribunais de Contas, apenas na escolha quanto aos montantes a serem aplicados. As decisões sobre quanto e em qual componente se aplicam os recursos se basearam nas necessidades levantadas pelos diagnósticos efetuados pela FIA/USP, assim como os próprios componentes e o Marco Lógico.

3.1. PROMOEX

O Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios Brasileiros (Promoex) consiste em fortalecer o sistema de controle externo como instrumento de cidadania, incluindo a intensificação das relações intergovernamentais e interinstitucionais, com vistas ao cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

Nesse contexto,, a meta geral do Promoex foi definida em todos os projetos do TCs partícipes, como “melhoria, ao final da execução do projeto, da percepção das instituições e grupos sociais relevantes sobre a contribuição dos Tribunais de Contas para a efetiva, transparente e regular gestão dos recursos públicos”.

Uma meta cujo alcance depende de terceiros em relação aos subexecutores do programa não poderia deixar de estar atrelada a um pressuposto relevante: “instituições e grupos sociais interessados no controle social e na atuação dos Tribunais de Contas como meio de consolidação da democracia”.

Para melhor visualização da citada estrutura de projeto, lista-se a seguir os componentes/subcomponentes bem como seus respectivos objetivos e metas estratégicas:

Componente Nacional - FORTALECIMENTO E INTEGRAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO ÂMBITO NACIONAL

Objetivo: ampliar a integração entre os tribunais e o Governo Federal, promovendo a criação de uma Rede Nacional da Lei de Responsabilidade Fiscal e desenvolvendo a política e a gestão de soluções compartilhadas de Tecnologia de Informação.

Meta: rede nacional dos TCs com o Governo Federal, utilizando 50% dos conceitos e procedimentos comuns, referentes a LRF e a outros gastos, pactuados, implementada até o final da execução dessa fase do programa.

Subcomponente Nacional 1 - Desenvolvimento de vínculos interinstitucionais entre os Tribunais de Contas e o Governo Federal

Objetivo: fortalecer os mecanismos de transparência administrativa, de comunicação, de parceria, de intercâmbio e de integração entre os Tribunais e o Governo Federal.

Meta: 50% dos TCs interligados à Rede Nacional dos TCs e integrados ao Portal coordenados pelo IRB e Atricon até o final da execução dessa fase do programa.

Subcomponente Nacional 2 - Redesenho dos procedimentos de controle externo contemplando, inclusive, o cumprimento da LRF

Objetivo: modernizar os Tribunais de Contas por meio do redesenho e implementação dos procedimentos do Controle Externo, contemplando o desenvolvimento de uma Rede Nacional da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Meta: 50% dos conceitos e procedimentos utilizados pelos TCs (referentes à LRF e a outros gastos públicos) harmonizados/redesenhados e implantados até o final da execução dessa fase do programa.

Subcomponente Nacional 3 - Desenvolvimento de política e gestão de soluções compartilhadas e de cooperação técnica (de TI e outras)

Objetivo: garantir a definição e implementação de política e gestão de soluções compartilhadas de Tecnologia de Informação de acordo com as prioridades do Controle Externo e de integração com atores internos e externos.

Meta: 30% dos TCs com soluções técnicas compartilhadas até o final da execução dessa fase do programa.

Componente Local - MODERNIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS

Objetivo: fortalecimento institucional dos tribunais por meio: (i) da ampliação da sua integração com o ambiente externo; (ii) da institucionalização do planejamento estratégico; (iii) do aperfeiçoamento dos seus processos; (iv) da modernização da tecnologia de informação; e, (v) da melhoria da gestão de seus recursos humanos.

Meta: 5% de redução anual do tempo médio transcorrido entre a autuação do processo e a deliberação final do Tribunal, até o final da execução dessa fase do programa, tendo como linha de base o ano do redesenho dos processos de trabalho.

Subcomponente Local 1 - Desenvolvimento de vínculos interinstitucionais com outros poderes e instituições dos três níveis de governo e com a sociedade

Objetivo: fortalecer os mecanismos de transparência administrativa, de comunicação, de parceria, de intercâmbio e de integração com outros poderes e instituições e com a sociedade, visando melhorar a eficácia e efetividade do Controle Externo.

Meta: seis ações de interação/articulação com os poderes, Ministério Público, cidadãos e/ou sociedade organizada promovidas, até o final da execução dessa fase do programa.

Subcomponente Local 2 - Integração dos Tribunais de Contas no ciclo de gestão governamental

Objetivo: ampliar as auditorias de resultados, a apreciação dos relatórios de gestão fiscal e da execução orçamentária e a capacitação normativa do Controle Interno e dos Gestores, visando ampliar a qualidade e efetividade do planejamento de governo.

Meta: duas auditorias para avaliação de programa de governo realizadas até o final da execução dessa fase do programa.

Subcomponente Local 3 - Redesenho dos métodos, técnicas e procedimentos de Controle Externo

Objetivo: redesenho e implementação dos novos processos organizacionais dos tribunais, simplificando o trabalho para obtenção de uma qualidade superior, melhores resultados para os clientes e melhoria da efetividade das ações de gestão.

Meta: 4 processos de trabalho finalísticos do Tribunal redesenhados e manualizados até o final dessa fase de execução do Programa.

Subcomponente Local 4 - Planejamento estratégico e aprimoramento gerencial

Objetivo: fortalecer a capacidade institucional dos tribunais por meio do planejamento estratégico e da modernização das suas estruturas organizacionais para melhoria da efetividade de sua gestão.

Meta: planejamento estratégico criado e implantado até o final da execução dessa fase do programa.

Subcomponente Local 5 - Desenvolvimento da política e da gestão da tecnologia de informação

Objetivo: definir e implementar a política e a gestão da tecnologia de informação para melhorar a qualidade e efetividade da informação de acordo com as prioridades do Controle Externo e de integração com atores internos e externos.

Meta: planejamento estratégico de TI criado e implantado até o final da execução dessa fase do programa.

Subcomponente Local 6 - Adequação da política e gestão de pessoal.

Objetivo: fortalecer os mecanismos de gestão de pessoal para melhorar a qualidade das políticas de alocação, cargos e salários, avaliação e capacitação das pessoas.

Meta: política de gestão de pessoas implantadas até o final dessa fase de execução do programa.

Componente ADMINISTRAÇÃO

Objetivo: administração, monitoramento e avaliação do programa, por meio das Unidades Executoras Locais.

Meta: 100% dos integrantes da UEL capacitados em administração do projeto em um ano.

3.2. PNAGE

O objetivo do Programa Nacional de Apoio a Modernização da Gestão e do Planejamento dos Estados e Distrito Federal (Pnage) é melhorar a efetividade e a transparência institucional das administrações públicas dos estados e do Distrito Federal, a fim de alcançar uma maior eficiência do gasto público.

Os princípios que orientam o Pnage são:

1. conceito de modernização (pessoas - organizações – processos – tecnologias);
2. transversalidade e integração sistêmica no ciclo da gestão pública (planejamento, execução, controle/avaliação);
3. compartilhamento de soluções visando graus de padronização e redução de custos;

4. transferência de conhecimento; e
5. foco no cidadão, ética e transparência administrativa.

Lista-se a seguir os componentes que compõem a estrutura dos projetos aprovados para execução no Pnag, com suas respectivas metas:

Componente 1 - Fortalecimento da capacidade de planejamento e de gestão de políticas públicas

Meta: 27 sistemas de planejamento revisados e/ou implantados

Componente 2 - Desenvolvimento de políticas e da capacidade de gestão de recursos humanos

Metas: 27 planos de capacitação de pessoal implementados e 27 sistemas de gestão de RH desenvolvidos ou atualizados

Componente 3 - Modernização de estruturas organizacionais e de processos administrativos

Meta: 60 estruturas organizacionais redesenhadas

Componente 4 - Fortalecimento de mecanismos de transparência administrativa e de comunicação

Meta: 27 códigos de ética no setor público implantados

Componente 5 - Modernização da gestão da informação e integração dos sistemas de informação

Metas: 27 planos de gestão de TI desenvolvidos e implementados e 16.914 postos de trabalho equipados com TI

Componente 6 - Desenvolvimento de uma cultura de promoção e implantação de mudança institucional

Meta: 27 planos de mudança da cultura institucional implantados

Componente 7 – Apoio à cooperação em gestão

Meta: 6 Estados com soluções compartilhadas

Componente Administração – Gestão do Projeto

Meta: 27 Unidades de Coordenação Estaduais (UCE) criadas e implantadas

4. RESULTADOS ALCANÇADOS

4.1. PROMOEX

Componente nacional - Fortalecimento e integração dos Tribunais de Contas no âmbito nacional

Sob a coordenação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil e do Instituto Rui Barbosa, a execução global do componente está atingindo o objetivo esperado: a interação dos Tribunais com o Governo Federal. A rede de relacionamentos ampliou-se ao corpo técnico dos tribunais. As soluções desenvolvidas de forma compartilhada procuram contemplar as distintas realidades organizacionais sem perder de vistas os resultados. Entende-se que há hoje uma base de interação instalada com o portal e a rede. A atenção passa a ser com sua evolução imediata, agregando-se produtos que ampliem seu uso entre os TCs, e para o Governo Federal, jurisdicionados e sociedade.

Com a realização de fóruns e reuniões temáticas, o Portal e a Rede Nacional dos TCs foram democraticamente concebidos e estão implantados, em primeira versão, cujas principais características são a utilização de softwares livres e da capacidade tecnológica e intelectual instalada nos tribunais. Assim, as aquisições de software ou hardware, inicialmente previstas para a aderência à rede ou ao Portal, não foram necessárias.

Registra-se neste componente o maior ganho do programa até o momento – a formação de uma rede de técnicos e conselheiros dos Tribunais de Contas, os quais já por iniciativa própria se comunicam, debatendo conceitos e trocando experiências e soluções. Antes do Promoex era praticamente nula a interação entre os técnicos dos TCs. Essa rede de pessoas nascida em meio aos fóruns, seminários e reuniões técnicas, mostrando a importância dessas iniciativas, certamente será um legado eterno do programa e continuará oferecendo bons frutos após seu encerramento.

O Portal dos Tribunais de Contas (www.contrôlepublico.org.br) é hoje uma realidade, com informações disponíveis aos quatro atores que definiu atender: a sociedade, a União, os jurisdicionados e os Tribunais de Contas. Algum trabalho de sensibilização dos membros do TCs ainda é necessário para que 100% desses órgãos de controle disponibilizem a totalidade dos dados e informações de gestão fiscal recebidos de seus órgãos jurisdicionados, isto é,

órgãos e entidades estaduais e municipais, incluindo as prefeituras. Para que o nível de informações disponíveis no citado Portal seja cada dia maior, o Promoex conta com a parceria da Atricon e do IRB, entidades com grande poder de articulação junto aos Tribunais de Contas e, por essa razão, responsáveis pela coordenação de vários produtos previstos nesse programa.

Para a sociedade, o Portal dá transparência aos atos da Administração Pública, relacionados à aplicação dos recursos públicos, possibilitando ao cidadão e à sociedade, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante os Tribunais de Contas (§ 2º, art. 74, CF), praticando com isso o controle social, que tem como finalidade impedir abusos praticados pelos gestores. O Portal oferece à sociedade uma ferramenta de busca por termos de interesse para os quais terá as informações desejadas em termos de legislação, notícias, julgados, auditorias etc.

Para a União, é oferecida no Portal dos TCs a possibilidade de integração entre os dados de gestão fiscal dos demais entes da federação, no esforço de tornar mais eficaz o acompanhamento da gestão dos recursos públicos por meio dos critérios definidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Descobriu-se, no decorrer da implantação desse Portal que, em decorrência da obrigatoriedade de múltiplos envios de dados por parte dos governos estaduais e municipais, aos vários órgãos federais, não há garantias de que as informações remetidas são as mesmas encaminhadas aos Tribunais de Contas como órgãos de controle. Esse é um aspecto que precisa ser pactuado e que o Portal dos TCs tem a condição de intermediar favoravelmente, no momento em que se transforma em um único destino de dados dessa natureza. Assim, o Portal dos TCs já disponível para acesso, encontra outras metas estratégicas que não somente aquelas previstas no Promoex, em sua fase inicial.

Foi desenvolvido e implantado o Sistema de Acompanhamento da Gestão Fiscal - SAGF, em versão preliminar, disponibilizando-se, através do Portal dos TCs, www.controlepublico.org.br, os dados mínimos necessários à verificação. Inicialmente de 14 dos pontos de controle preconizados pela LRF, quais sejam:

- meta fiscal da receita;
- meta fiscal da despesa;
- resultado primário estabelecido na LDO;
- resultado nominal estabelecido na LDO;
- aplicação de 25% da receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino;

- aplicação do percentual mínimo de 60% dos recursos oriundos do Fundeb na remuneração dos profissionais do magistério;
- demonstrativo para verificação do percentual mínimo de aplicação em ações e serviços públicos de saúde;
- despesa com pessoal;
- limite máximo de 5% da receita do município para a remuneração total dos vereadores;
- limite máximo de 5 a 8% da receita tributária e das transferências constitucionais, efetivamente realizadas no exercício anterior, para o total da despesa do poder legislativo municipal, excluindo-se os inativos;
- limite máximo de 70% da receita da câmara para o total da despesa relativa à folha de pagamento, inclusive dos vereadores;
- remuneração máxima dos vereadores de 20 a 75% daquela estabelecida para os deputados estaduais;
- dívida;
- receita corrente líquida.

A harmonização conceitual dos pontos de controle da LRF, iniciada em 2006, com a realização do II Fórum IRB-Promoex, vem sendo paulatinamente concretizada nos demais Fóruns Técnicos realizados pelo Instituto Rui Barbosa no âmbito do Promoex. Dos 28 pontos definidos para uniformidade quanto à interpretação, por parte dos Tribunais de Contas, 23 já estão praticamente consenso entre os técnicos desses órgãos de controle, após grandes debates sobre o assunto, levados a efeito em Fóruns IRB-Promoex que acontecerem entre 2007 e 2008.

Os próximos passos deste programa vão, novamente, demandar engajamento ainda maior dos membros dos Tribunais de Contas, a exemplo do que ocorreu quando da redação da Lei Processual Única dos TCs, produto previsto, concluído e entregue ao Tribunal de Contas da União, competente para sua remessa ao Congresso Nacional. No tocante à harmonização dos conceitos da LRF, as próximas discussões a serem organizadas e realizadas, devem contar com a participação ampla dos senhores conselheiros. A validação das conclusões técnicas sobre os pontos de controle da LRF, pelos membros dos Tribunais de Contas é de extrema importância para a conclusão eficaz dos objetivos planejados por este Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios Brasileiros.

Como reflexo dessa pactuação quanto à LRF, visualiza-se a harmonização de procedimentos em outras áreas, alcançando também as discussões sobre as novas normas sobre a contabilidade pública nacional, editadas pelo Conselho Federal de Contabilidade.

Ainda em relação à criação dos vínculos interinstitucionais, marca-se também a valiosa colaboração de vários técnicos dos TCs, patrocinada com os recursos do Promoex, em todas as discussões sobre procedimentos contábeis e relatórios de gestão fiscal promovidas pela Secretaria do Tesouro Nacional, inaugurando uma participação dos Tribunais de Contas Brasileiros no processo de elaboração das normas de administração orçamentária, financeira e patrimonial, a serem observadas por todas as esferas de governo.

Pensado inicialmente para servir de impulso ao compartilhamento de soluções de informática, dado a disparidade entre os TCs na aplicação da TI sobre o processo de trabalho e à comunicação institucional, esse sub-componente adquiriu uma nova feição. O período entre o diagnóstico dos TCs, incluindo a concepção dos projetos e o início de sua implementação, mostrou uma outra agenda de compartilhamento. Um elemento crucial do processo de trabalho precisava urgentemente ser compartilhado, inclusive por exigência na execução do Promoex: o conhecimento. Diversos seminários, reuniões e visitas técnicas propiciaram tal compartilhamento e a disseminação das boas práticas de gestão.

Conforme levantamento efetuado, em função de uma das metas do PROMOEEX - 40% dos TCs com os padrões de interoperabilidade incorporados em suas políticas de TI, as tecnologias em uso atualmente pelos TCs, já preveem interoperabilidade.

O III Fórum Promoex referendou uma solução compartilhada com a finalidade de criar condições para a implantação das Auditorias Operacionais em pelo menos 75% dos Tribunais de Contas, meta do programa nos termos do Contrato de Empréstimo nº 1628/OC-BR. No final de 2007 foi realizada, na sede da Escola de Administração Fazendária (ESAF), em Brasília, sob a coordenação do Instituto Rui Barbosa (IRB), uma capacitação composta por quatro módulos, totalizando 184 horas/aula, da qual participaram 148 servidores dos 34 Tribunais de Contas que existem no Brasil, além de oito técnicos dos Tribunais de Contas de Angola e de Moçambique. Como etapa seguinte à capacitação, 29 Tribunais de Contas realizaram auditorias operacionais na área de educação: formação de professores do ensino fundamental, no exercício de 2008, com monitoria de técnicos dos TCs que já realizavam essa modalidade de auditoria. Os resultados foram consolidados em publicação divulgada aos

órgãos de educação e à sociedade. Outras auditorias compartilhadas foram executadas nas áreas de saúde, saneamento e meio ambiente.

Outros eventos de capacitação aconteceram de forma presencial e à distância, beneficiando ampliando o número de servidores de TCs com o conhecimento sobre as técnicas de auditoria operacional. Acrescenta-se, como resultados compartilhados dentro do PROMOEX:

- capacitação básica sobre planejamento estratégico e sobre gestão de pessoas, patrocinada, em seu arranjo pedagógico, pelo Tribunal de Contas da União, da qual participaram representantes da área de RH e de planejamento da maioria dos TCs Estaduais e Municipais;
- acordos de cooperação formalizados para transferência, entre os TCs, de metodologias sobre planejamento estratégico e de soluções de TI nas diversas áreas de gestão e de captura de dados orçamentários, financeiros e pessoal dos jurisdicionados;
- harmonizações conceituais em várias áreas do controle externo, em virtude de deslocamento de servidores, entre os TCs, para proferirem palestras e ministrarem cursos em eventos de capacitação;
- divulgação a todos os TCs de documentos, elaborados individualmente, previstos nas normas de aquisições e contratações do BID, parâmetro obrigatório para a aplicação dos recursos por ele financiados, facilitando e agilizando os processos licitatórios e de seleção de consultorias no âmbito do programa;
- elaboração de um plano nacional de comunicação institucional, com a participação de membros e servidores de várias Cortes de Contas, pautado na necessidade de divulgação de suas ações e respectivos resultados, com vistas ao fortalecimento contínuo do Portal dos TCs e à melhoria da percepção das instituições e grupos sociais relevantes sobre a contribuição dos Tribunais de Contas para a efetiva, transparente e regular gestão dos recursos públicos.

Importante salientar a relevância, para a eficiência, eficácia e economicidade na execução do Promoex, do compartilhamento de soluções, sejam elas relativas a TI ou a gestão administrativa, a documentos básicos ou de conhecimentos complexos.

Enfim, as ações efetivadas em nome do componente nacional do Promoex conseguiram e estão conseguindo alcançar as metas idealizadas, inclusive

com redução nos custos inicialmente estimados, devido ao compartilhamento de conhecimento entre os membros e técnicos dos Tribunais de Contas.

Registra-se que o compartilhamento de soluções vivenciado pelo Promoex extrapolou o espaço dos Tribunais de Contas em um evento organizado em conjunto com o Programa Nacional de Apoio a Modernização da Gestão e do Planejamento dos Estados Brasileiros e do Distrito Federal - Pna-ge. No II Seminário Nacional de Ações Compartilhadas – Pna-ge/Promoex (novembro/2009) foram apresentadas, aos servidores dos Tribunais de Contas e das Secretarias Estaduais de Planejamento e de Administração, soluções desenvolvidas e implantadas nesses órgãos, relativas a planejamento e gestão de políticas públicas, política e gestão de recursos humanos, estrutura organizacional e processos administrativos.

Componente Local - Modernização dos Tribunais de Contas dos Estados, Distrito Federal e Municípios

Relata-se a seguir, por subcomponente, as principais atividades já realizadas localmente pelos Tribunais, as quais contribuem para o alcance individualizado das metas estratégicas do Promoex.

Desenvolvimento de vínculos interinstitucionais com outros poderes e instituições dos três níveis de governo e com a sociedade:

- elaboração e publicação de sumários, em linguagem simplificada, de relatórios emitidos pelos TCS, sobre as contas anuais dos governos estaduais e municipais;
- realização de eventos de interação com a participação de diversos órgãos dos Poderes e do Ministério Público;
- elaboração e divulgação de cartilhas e informativos institucionais e sumários executivos sobre as atuações dos TCs;
- criação e implantação de ouvidorias para atender às demandas do público interno e externo aos Tribunais de Contas;
- criação e implantação de planos de comunicação interna e institucional;
- realização de pesquisas de imagem;
- produção de vídeos institucionais para divulgação junto aos demais órgãos e entidades da Administração Pública e à sociedade;
- formalizações de termos de cooperação com outros órgãos da Administração Pública local e federal, inclusive órgãos do controle interno;

- realização de eventos de interação com a sociedade, a exemplo de visitas escolares e de ONGs aos Tribunais; e
- reformas de auditórios para ampliação do número de eventos de interação e de capacitação.

Integração dos Tribunais de Contas no ciclo de gestão governamental:

- consolidação da cultura de realização de auditorias operacionais;
- elaboração e divulgação de sumários executivos, em linguagem simplificada, contendo os resultados das auditorias efetuadas;
- capacitações em metodologias de pesquisas e em análises estatísticas, melhorando a qualidade das auditorias que os TCs realizam;
- capacitações de número elevado de servidores dos órgãos e entidades jurisdicionados (servidores municipais e estaduais), patrocinadas pelos TCs, inclusive por meio de parcerias com órgãos federais e com o Conselho Federal de Contabilidade;
- criação e impressão de material didático para divulgação aos jurisdicionados, contemplando orientações quanto à correta aplicação dos recursos públicos em termos das normas orçamentárias, financeiras, patrimoniais, assim como para as transições de governos estaduais e municipais e para o cumprimento da LRF;
- implantação de programa de incentivo à criação e manutenção de sistema de controle interno nos municípios; e
- implantações de sistemas e programas de capacitações vinculados à remessa eletrônica de dados orçamentários, financeiros, patrimoniais e de pessoal, por parte dos jurisdicionados, aos TCs, visando às auditorias, os acompanhamentos da receita e da despesa previstos na LRF e os julgamentos das contas anuais.

Redesenho dos métodos, técnicas e procedimentos de Controle Externo:

- desenvolvimento e implantação de sistema de gerenciamento de auditorias e de sistema de auditoria eletrônica;
- aquisições de livros técnicos;
- desenvolvimento e implantação de sistemas informatizados de captura de dados dos jurisdicionados;
- redesenho dos métodos e procedimentos de análises de contas;

- adequações de espaços físicos para atividade fim dos TCs e para treinamento de servidores;
- redesenho dos métodos e procedimentos chaves dos TCs;
- elaboração e impressão de jurisprudência de TCs, para distribuição interna e aos jurisdicionados;
- aquisições de softwares e equipamentos para apoio à realização de auditorias (notebooks, máquinas fotográficas, GPS, gravadores de CD, scanners e impressoras);
- capacitações, em nível de pós graduação, para os servidores dos TCs; e
- outras capacitações nas diversas áreas atuação dos TCs, ampliando e atualizando os conhecimentos legais e técnicos dos servidores incumbidos das análises formais e das auditorias sobre os atos de gestão pública.

Planejamento estratégico e aprimoramento gerencial:

- capacitações em gerenciamento de projetos, gerência estratégica e desenvolvimento organizacional;
- aquisições de mobiliários para melhoria do ambiente de trabalho e dos próprios processos de trabalho;
- implantação de gerenciamento eletrônico de documentos, visando maior controle e agilização nas tramitações e instruções processuais;
- realização de oficinas de implantação e de revisão de planejamento estratégico, naqueles TCs que já possuíam essa ferramenta de gestão antes do programa;
- elaboração e implantação de planejamento estratégico naqueles TCs que ainda não utilizavam essa ferramenta de gestão;
- confecção de material de divulgação interna do planejamento estratégico; e
- implantação de sistemas informatizados integrados de gestão, visando facilitar e fundamentar as tomadas e decisões, bem como agilizar processos de trabalho.

Desenvolvimento da política e da gestão da tecnologia de informação:

- elaboração de planejamento estratégico de TI para otimizar e tornar mais eficiente e eficaz a gestão de TI;

- capacitação dos servidores usuários de TI, visando ampliação e atualização de conhecimento;
- capacitação especializada de servidores responsáveis pela área de TI; desenvolvimento de softwares de gestão de documentos e de gestão de pessoas;
- ampliação do parque tecnológico mediante aquisições de equipamentos (servidores, nobreaks, scanners, computadores, impressoras, swiches, storage, conectores, racks etc);
- aquisições de licenças de uso de softwares para os equipamentos adquiridos e voltados para as atividades que o tribunal realiza;
- aquisições de equipamentos para desenvolvimento de sistemas e para infraestrutura de rede;
- aquisições de sistemas de back up;
- adequações de espaços físicos para melhor aproveitamento e para segurança dos equipamentos de TI; e
- capacitação em desenvolvimento de sistemas, necessários à realização das atividades meio e fim dos TCs.

Adequação da política e gestão de pessoal:

- capacitações especializadas em gestão de pessoas e outras ligadas à administração de recursos humanos;
- aquisições de kit-vídeo aula e de equipamentos para salas de aula (notebooks, projetor multimídia, filmadoras e acessórios);
- elaboração de política de recursos humanos, programas de capacitação e sistemas de avaliação de produtividade e desempenho dos servidores dos TCs;
- capacitações sobre fortalecimento de equipes;
- capacitações nas áreas de auditoria, jurídicas, contábeis, financeiras e administrativas, voltadas para os servidores dos TCs e de seus órgãos e entidades jurisdicionados;
- estruturação e fortalecimento das escolas de contas, como meio de manter programa permanente de capacitação;
- aquisição de equipamento de videoconferência, visando o ensino à distância e o compartilhamento de conhecimento com outras instituições; e
- adequações de espaços físicos para salas de aula.

4.2. PNAGE

Os resultados alcançados pelo Pnage ainda não foram detalhadamente identificados, razão pela qual se apresenta um panorama mais genérico dos produtos já finalizados por alguns estados:

1. Desenvolvimento e implantação de sistemas de gestão de RH, de planejamento integrado e regionalizado, de monitoramento e avaliação de ações do PPA, de atendimento integrado aos cidadãos, de gerenciamento de documentos, de compras, de materiais, de perícias médicas, de avaliação de desempenho.
2. Capacitações de servidores em diversas áreas – planejamento, RH, TI, processos, monitoramento e avaliação de programas, auditoria governamental, controle interno, contábil, compras, patrimônio, atendimento ao cidadão.
3. Aquisições de equipamentos de TI, softwares, multimídia, fotográficos, sonorização, avaliação ambiental, climatização, mobiliário.
4. Reformas em instalações físicas de salas para treinamento, de atendimento integrado ao cidadão, ambientes de perícias médicas, ambientes de trabalho em geral.

As diversas alterações nos projetos, realizadas em função das mudanças nos governos dos estados e DF e, conseqüentemente, nas decisões estratégicas de investimento, contribuiram para as dificuldades e demora na execução dos recursos do Pnage.

5. ADMINISTRAÇÃO DOS PROGRAMAS

Foram criadas e implantadas Unidades Executoras Locais do Promoex e do Pnage em todos os estados e Tribunais de Contas subexecutores, as quais são responsáveis pela coordenação da execução dos recursos do programa nos respectivos TCs e secretarias de estado. Observa-se que, praticamente todas essas unidades, dispõem de espaço físico especialmente a elas destinado dentro dos edifícios.

A capacitação dos membros das Unidades Executoras Locais é contínua, desde as assinaturas dos convênios e contratos de repasses entre o MP e os

TCs e entre a CAIXA e os estados, viabilizando a execução do Promoex e do Pnage. Os treinamentos, nacionais e regionais, têm como escopo o gerenciamento, execução e prestação de contas dos recursos dos programas, sendo, em sua maioria, patrocinados pela Direção Nacional, incorrendo os TCs e estados somente nos custos com as diárias e passagens dos membros das UELs. Destacam-se as capacitações sobre as Normas para Aquisições e Contratações do BID e sobre as elaborações dos relatórios e demonstrativos obrigatórios, regras que devem ser obedecidas na aplicação dos recursos por ele financiados.

Além dos eventos de capacitação organizados para as citadas unidades, também ocorreram, na medida da necessidade, individualmente por subexecutor. Orientações também são passadas via e-mail e telefone. Várias dessas orientações acontecem quando da análise dos pedidos de não objeção enviados à Direção Nacional, cumprindo o rito da revisão prévia às aquisições e contratações definido, contratualmente, pelo BID. A análise é efetuada pela DN-Promoex e seu resultado é posteriormente endereçado ao BID para a avaliação de sua competência.

A Direção Nacional do Promoex e Pnage coordena, supervisiona e avalia a execução, juntamente com a Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração - SPOA do Ministério e, no caso do Promoex, com a colaboração da ATricon e do IRB e, no caso do Pnage, com a colaboração da CAIXA, do Consad e do Conseplan.

6. ARRANJO FINANCEIRO

O Contrato de Empréstimo nº 1628/OC-BR, assinado entre a República Federativa do Brasil e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) para financiar as ações do Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios Brasileiros (Promoex), estimou a quantia equivalente a US\$ 64.400.000 (sessenta e quatro milhões e quatrocentos mil dólares) como custo total, assim distribuída:

US\$

FONTES	MP	TCs	TOTAIS
Financ. BID	5.150.000	33.450.000	38.600.000
Contrapartida	3.860.000	21.940.000	25.800.000
TOTAIS	9.010.000	55.390.000	64.400.000

O Contrato de Empréstimo nº 1718/OC-BR, assinado entre a República Federativa do Brasil e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), para financiar as ações do Programa Nacional de Apoio a Modernização da Gestão e do Planejamento dos Estados, Brasileiros e do Distrito Federal – Pnage, estimou a quantia equivalente a US\$ 155.000.000 (cento e cinquenta e cinco milhões de dólares) como custo total, assim distribuída:

US\$

FONTES	MP	TCs	TOTAIS
Financ. BID	5.000.000	88.000.000	93.000.000
Contrapartida	10.200.000	51.800.000	62.000.000
TOTAIS	15.200.000	139.800.000	155.000.000

7. LIÇÕES APRENDIDAS

Desde a fase de negociação dos arranjos institucionais e financeiros do Promoex e do Pnage até a execução atual dos mesmos identificam-se obstáculos, cujas transposições demandaram atitudes tempestivas, as quais modificavam, em menor ou maior grau, procedimentos e decisões anteriormente definidos. Ainda que devidamente pactuadas entre os atores dos programas, o impacto de tais alterações implicou em reedição de normativos, novas capacitações e algum retrabalho.

Coordenação nacional

A importância da tempestividade das medidas adotadas, em função dos eventos negativos que aconteceram, foi a primeira lição aprendida. Corrigir os rumos do programa nos momentos certos, com vistas a evitar sua paralisação, era sempre imprescindível, mas não foi tarefa fácil, devido ao grande número de partícipes. Nesse aspecto, a existência de uma coordenação nacional, tanto do lado concedente dos recursos (MP), como do lado dos seus beneficiários (Estados e TCs), contribuiu muito para o consenso e implantação imediata das soluções encontradas.

Por outro lado, essas duas coordenações, trabalhando de forma integrada, puderam também colaborar para uma execução mais harmoniosa, qualidade que não poderia faltar em um programa de modernização que envolve

vários órgãos, pertencentes aos diferentes entes da federação, mas que possuem atribuições e competências constitucionais comuns.

Padronização da estrutura dos projetos

O marco lógico do Promoex foi pensado por representantes de todos os Tribunais de Contas, em função de problemas individualmente identificados no início, mas que, ao final, reconhecidos como de naturezas comuns.

Assim, em meio a reuniões técnicas com participação, por vezes, de até 60 pessoas, nasceu uma árvore de problemas e soluções única, contemplando as áreas que deram origem aos componentes, subcomponentes e produtos nos quais se estruturam os projetos aprovados para as aplicações dos recursos do Promoex.

A padronização da estrutura básica dos projetos fez com que todos os TCs se voltassem para um único objetivo, utilizando-se dos mesmos meios. As análises iniciais dos projetos foram bastante facilitadas, além das análises posteriores das prestações de contas e das medições de cumprimento das metas.

Número de produtos razoável

A ausência de cultura de elaboração de projetos cofinanciados, por parte dos subexecutores do Promoex e do Pnag, aliada à grande vontade de provocar uma melhoria nos procedimentos, levou os elaboradores dos projetos a fracionarem excessivamente a aplicação dos recursos, prevendo um número não factível de produtos a serem executados e respectivos itens de despesa com detalhamentos desnecessários a um planejamento. Para essa situação também pesou o fato de as pessoas designadas pelo agente financiador e pelo concedente, como monitores para montagem dos projetos, não terem conhecimento suficiente sobre as atividades de Tribunais de Contas, isso no caso do Promoex.

Como consequência da pulverização das previsões dos recursos no projeto, verificou-se a dificuldade na execução concomitante de diversos produtos por um mesmo subexecutor, considerando, principalmente, que dependiam da realização de procedimentos licitatórios.

O detalhamento excessivo dos itens e quantitativos de despesas vinculados aos produtos a serem cumpridos (ex: notebooks, microcomputadores, pen drives, servidores, roteadores, monitores, no-breaks, quando seria mais

apropriado equipamentos de TI) limitou as aquisições, posto que essas aconteceram bem depois da elaboração dos projetos, em um momento de mercado diferenciado.

A solução encontrada foi a atualização dos projetos, tornando-os mais factíveis, porém sem prejudicar o alcance das metas estratégicas inicialmente definidas (Promoex). Entretanto, alterações em projetos demandam termos aditivos aos convênios, com tramitação processual mais demorada, tornando morosa a execução do programa. Lição aprendida no sentido de que, na previsão do volume e amplitude dos produtos a serem financiados por meio de convênios, há que se levarem em conta as maiores necessidades, o tempo para os procedimentos legais relativos às aquisições e contratações, os recursos humanos e materiais disponíveis, além do mercado local existente de fornecedores e prestadores de serviço. Esse último aspecto, se não bem estudado, impacta negativamente no tempo de execução, pois provoca cancelamentos de licitações por ausência de proponentes ou altos preços.

Prazo para aprendizado

No prazo inicialmente contratado com o BID para a execução desses programas não se considerou o tempo necessário ao aprendizado dos seus arranjos, tampouco das normas de aquisições e contratações expedidas pelo BID às quais se subordinam as suas execuções.

Percebeu-se a insegurança na aplicação das citadas Normas do BID e a reversão desse quadro foi demorada, principalmente considerando que eram novas também no âmbito do próprio Banco. Vários foram os eventos de capacitação organizados pela Direção Nacional do Promoex e Pnage, com o apoio do BID e também dos próprios estados e TCs, mas a rotatividade dos servidores e o cotidiano com a legislação nacional impediram a completa efetividade dessas iniciativas.

Justamente o tempo de demora desse aprendizado no sentido da segurança legal e prática na utilização das Normas do BID foi a prorrogação do prazo de execução obtida junto ao BID, viabilizando aditivos aos convênios com a mesma finalidade.

Mais uma lição a ser observada quando da definição de prazos de execução – considerar um período inicial importante para o conhecimento prático de todas as normas que envolvem a execução e o objeto conveniado.

Lembrar que antes do início das realizações das despesas acontecem os procedimentos licitatórios e outros específicos do programa, e, antes desses, o aprendizado de suas regras.

Equipes comprometidas e capacitadas

Uma das exigências do Contrato de Empréstimo para o financiamento é a constituição de uma Unidade Executora Local em cada subexecutor, bem como a criação no ministério executor da Unidade de Coordenação do Programa, com pessoal adequado para integrá-las.

A criação e a implantação dessas unidades de gerência mostraram-se relevantes para o bom andamento do programa. Entretanto, a rotatividade do pessoal nelas lotados inibiu a eficácia e eficiência no cumprimento de suas atribuições. Cada mudança vinha acompanhada de uma parada na execução, até que o novato se situasse e capacitasse.

Os integrantes das Unidades Executoras Locais (UEs), em função da citada mobilidade, perdiam parte da autoridade junto às unidades administrativas, crucial para o desenrolar das ações do Programa que delas dependiam. A outra parte da autoridade das UEs deveria ter sido delegada pela alta administração, de modo formal e presencial, visando o empoderamento dessas unidades, porque necessitam de solicitar trabalhos às demais, no escopo do alcance das metas previstas para seus próprios benefícios.

Para a maioria das UEs não houve designação de pessoal com exclusividade para o gerenciamento local, fazendo com que os coordenadores acumulassem suas atividades no órgão subexecutor com aquelas desse programa. A lição vem dos subexecutores que, de pronto, constituíram suas UEs por servidores designados exclusivamente para o gerenciamento. Suas execuções foram as mais ágeis e seguras em relação às regras a serem obedecidas.

Sistema informatizado de gerenciamento, monitoramento e avaliação

Um programa com obrigações a serem cumpridas junto a vários órgãos, como é o caso do Promoex e do Pnage, não pode prescindir de um sistema informatizado de gerenciamento, monitoramento e avaliação. Os relatórios e demonstrativos exigidos não devem ocupar todo o tempo do pessoal lotado nas unidades gerenciais, principalmente considerando sua escassez.

A construção de um sistema informatizado deve ocorrer antes mesmo do início da execução do programa, restando para depois apenas ajustes pontuais. Dessa maneira, podem ser evitados os registros *a posteriori* que desestimulam qualquer tipo de monitoramento e avaliação, atividades imprescindíveis ao bom andamento e à eficácia de um programa.

Manter um acompanhamento sistemático e tempestivo das realizações de licitações, das despesas decorrentes e dos avanços alcançados é lição primordial, especialmente nos casos de execução descentralizada. Todas as atividades de coordenação e supervisão ficam bastante facilitadas, quando embasadas em informações atuais e corretas, não havendo atrasos nas análises e envios dos relatórios e demonstrativos definidos nos contratos e convênios.

Comunicação

Diversas unidades dos subexecutores são beneficiadas pelos resultados dos produtos inseridos nos projetos aprovados. Por essa razão, as UELs devem buscar o engajamento dos servidores dessas áreas, objetivando o alcance efetivo das metas pactuadas com o ministério.

Percebeu-se, em visitas a alguns, que os trabalhos efetuados pelas equipes das UELs não eram divulgados aos demais servidores da Casa, situação que originava descrédito quanto aos seus resultados.

Uma das formas eficazes de chamamento e sensibilização para as ações de programas é a correta informação sobre o assunto. Desenvolver e implantar um plano de divulgação dos objetivos do projeto e de seus resultados é fundamental para conseguir a colaboração de todos os servidores-chave, nos momentos das elaborações de termos de referência, para contratação de consultorias, de especificações técnicas de equipamentos, para as aquisições, e da realização de eventos.

Não somente a comunicação interna é importante na execução de um programa de modernização, mas também a comunicação externa. A divulgação das boas práticas e soluções encontradas gera mais contribuições, ampliando os seus resultados.

8. CONCLUSÃO

Considerando os resultados alcançados pela aplicação dos recursos destinados ao Promoex e ao Pnage, ora apresentados, conclui-se que essa forma

de promoção pelo Governo Federal da melhoria da gestão pública no âmbito de entes subnacionais, pode ser uma solução a ser considerada nas próximas agendas federativas.

Entretanto, alguns pontos negativos na implementação de programas como o Promoex e o Pnage devem ser melhor estudados, com vistas à mitigação.

Apesar da complexidade do arranjo institucional e financeiro, e das dificuldades enfrentadas, esses programas mostraram que o apoio à melhoria da gestão dos entes subnacionais, pelo Governo Federal, é possível e, mais do que isso, é relevante para a uniformização e melhoria de procedimentos, o compartilhamento de boas práticas, a disseminação da legislação de âmbito nacional, as relações interinstitucionais, o aprimoramento e ampliação da gestão participativa.

Importante ressaltar que programas como esses, embora com recursos direcionados diretamente para o nível estadual, os benefícios podem ser verificados também nas gestões municipal e federal.

A melhoria da gestão, estampada na eficácia, eficiência e efetividade da aplicação dos recursos públicos, é o objetivo não somente dos gestores, mas também de todos os cidadãos. Portanto, a cooperação entre os entes da federação é fundamental e qualquer iniciativa nesse sentido deve ser considerada e levada a efeito com técnicas e procedimentos devidamente estudados e suportados por ferramentas adequadas e suficientes. Mas para surtir os efeitos desejados e entrar-se em um ciclo de melhoria contínua, a execução de projetos que envolvam modernização de gestão precisa ser monitorada tempestivamente e seus resultados avaliados nos detalhes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SENADO FEDERAL. Resolução nº 48, de 30 de junho de 2005.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 11.131, de 1º de julho de 2005.

_____. Contrato de Empréstimo nº 1628/OC-BR, República Federativa do Brasil e Banco Interamericano de Desenvolvimento, setembro de 2005.

_____. Contrato de Empréstimo nº 1718/OC-BR, República Federativa

- do Brasil e Banco Interamericano de Desenvolvimento, maio de 2006.
- MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Termos de Convênios e respectivos Termos Aditivos, assinados com os Tribunais de Contas, abril de 2006 a julho de 2012.
- MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Termos de Contratos de Repasses e respectivos Termos Aditivos, assinados com os Estados e DF, maio de 2006 a julho de 2012.
- INSTITUTO RUI BARBOSA. *Cartilha Sistema de Acompanhamento de Gestão Fiscal* – SAGF, 2009.
- INSTITUTO RUI BARBOSA. *Cartilha Portal e Rede dos Tribunais de Contas*, 2009.
- INSTITUTO RUI BARBOSA. *Cartilha Auditorias Operacionais Área de Educação: Formação de Professores do Ensino Fundamental*, 2009.
- PROMOEX. Folders de divulgação do Portal dos Tribunais de Contas www.controlepublico.org.br, 2009.
- _____. Artigo: Promoex A Construção de um Novo Modelo de Gestão Pública e outros. *Revista da ATRICON*. Ano 1 – nº 01 – biênio 2006/2007.
- PROMOEX. Revista nº 01. Edição Atualizada 2009.
- PROMOEX. Revista nº 02. Edição 2010.
- PROMOEX. Revista nº 03. Edição 2011.
- _____. Relatórios semestrais de progresso PROMOEX e PNAGE, 2009 a 2011.

CAPÍTULO VII

DESAFIOS DA INOVAÇÃO E MELHORIA DA GESTÃO PÚBLICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Valéria Alpino Bigonha Salgado

RESUMO

A inovação e a melhoria dos métodos e instrumentos de governança pública tem assumido crescente importância nas agendas políticas dos governos. No Brasil, ao longo dos últimos 15 anos, foram implementados ciclos de reforma e modernização da gestão pública que culminaram, em um processo amadurecido, ora em curso, no âmbito do Governo Federal. Considerada a experiência democrática ainda recente, a atual estratégia brasileira de inovação dos modelos e instrumentos de gestão pública tem foco na ampliação da participação social nos processos de formulação de políticas públicas; substituição de controles burocráticos por controles de resultados; no fortalecimento da capacidade de coordenação política e condução de políticas públicas; na profissionalização da burocracia pública e na integração das funções do ciclo de gestão pública.

Um dos principais focos das estratégias de inovação e melhoria é a instrumentalização das instituições públicas para a prestação de serviços públicos sociais mais eficazes, com ampliação da capacidade pública de atender às necessidades e expectativas dos cidadãos. A busca da eficiência tem favorecido medidas de racionalização de recursos e de gestão sustentáveis que visam, reduzir o gasto público e promover o desenvolvimento nacional sustentável.

O presente trabalho apresenta os principais norteadores do esforço do Governo Federal Brasileiro de inovar no seu modelo de gestão pública, com foco nos desafios e avanços alcançados.

1. INTRODUÇÃO

Na última década, o Brasil avançou significativamente em direção ao ideal político de nação democrática, justa e solidária, estabelecido na Constituição Federal de 1988. Houve cinco eleições presidenciais no país, vivenciadas em normalidade democrática¹⁰¹. O desenvolvimento foi retomado em bases sustentáveis e com respeito às instituições democráticas. O país investiu na redução das desigualdades, por meio da implantação de uma série de políticas sociais e de distribuição de renda, dentre as quais destaca-se o Programa Bolsa-Família, voltado ao combate à indigência e à pobreza.

A política de expansão das oportunidades de emprego e renda conseguiu baixar a taxa de desemprego de 8,5% para 7,7%¹⁰². O número de crianças e adolescentes entre sete e 14 anos que frequentam a escola aumentou, especialmente nas regiões norte e nordeste¹⁰³. Foram criadas na Presidência da República as Secretarias de Políticas para as Mulheres; de Políticas de Promoção da Igualdade Racial; de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente; e de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, para coordenarem políticas de cunho afirmativo, voltadas ao resgate político, social e econômico desses grupos sociais em situação de desvantagem, dentro da sociedade brasileira.

Em meio à crise financeira internacional que abalou economias no mundo inteiro, o país alcançou a estabilidade econômica, estimulou a

101 Houve, inclusive, um impeachment, que resultou no primeiro presidente na América Latina a ser destituído do cargo por este processo.

102 Em 2012, registrou-se o nível mais baixo de desemprego da história nacional (6,5% em março). O incentivo estatal à formalização dos empregos resultou no aumento do percentual de trabalhadores com carteira assinada que, de 54,4% saltou para 65,2%. (cf. Notícia publicada na página da Revista Carta Capital, denominada “Os avanços do Brasil nos últimos dez anos”, em 17.11.2011 16:36, endereço www.cartacapital.com.br).

103 Conforme dados levantados pelo IBGE, o percentual de crianças e adolescentes de sete a 14 anos que não frequentam a escola caiu de 5,5% para 3,1%. Também houve recuo na participação das crianças e adolescentes não alfabetizados. Em 2000, na faixa de 10 a 14 anos, elas representavam 7,3% do total. Uma década depois caiu para 3,9%. Entre os meninos desta faixa etária, o peso dos não alfabetizados diminuiu de 9,1% para 5% e entre as meninas de 5,3% para 2,7%. Na faixa de 15 a 19 anos, a taxa de analfabetismo recuou de 5% para apenas 2,2%. Já taxa de analfabetismo da população com 15 anos ou mais caiu de 13,6% para 9,6% entre 2000 e 2010. Regionalmente, as maiores quedas em pontos percentuais se deram no Norte (de 16,3% em 2000 para 11,2% em 2010) e Nordeste (de 26,2% para 19,1%). (Conforme notícia da Agência Brasil, da Empresa Brasileira de Comunicações – EBC, de 17.11.2011, de autoria de Flávia Vilella, publicada no site da Revista Carta Capital, em www.cartacapital.com.br)

indústria, o mercado interno e a agricultura, sobretudo a agricultura familiar e adotou uma política externa que tem garantido reconhecimento e respeito internacional. A percepção internacional sobre a seriedade e a consistência das políticas internas brasileiras melhorou. Em junho deste ano, a mídia nacional divulgou que a agência de classificação de risco Standard & Poor's elevou em um degrau a nota de crédito soberano do Brasil, sob a justificativa de que o governo tem demonstrado seu compromisso de atingir as metas fiscais. A Standard & Poor's elevou, ainda, o rating¹⁰⁴ de longo prazo em moeda estrangeira do Brasil de BBB- para BBB, com perspectiva estável. A nota representa o segundo degrau na escala considerada "grau de investimento", dada a países avaliados como investimento seguro pelas agências. Conforme destaca a notícia veiculada no site de economia do jornal eletrônico, a Standard & Poor's é a terceira das grandes agências de classificação de risco a colocar o Brasil no segundo degrau do grau de investimento. Em abril, a Fitch já havia elevado a posição brasileira, de BBB- para BBB, também um nível acima do grau de investimento por essa agência. Em junho, foi a vez da Moody's.

É importante notar que a melhora no desempenho nacional, percebida pelas agências internacionais, foi anunciada em um momento em que a incerteza sobre a capacidade dos países de pagarem suas dívidas é o centro da crise financeira mundial, e a falta de confiança na saúde financeira dos governos europeus tem afugentado investidores acostumados a investir em títulos dessas nações.¹⁰⁵

Estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA (2010) destaca que, sob a perspectiva histórica, o Brasil assumiu, nos últimos anos, uma estratégia política peculiar, ao conduzir, de forma quase simultânea, investimentos na: a) economia, com ampliação da atividade econômica, por intermédio do resgate do gasto em investimento do Governo Federal e, em particular, de suas empresas estatais, o que resultou em crescimento do nível de atividade com estabilidade macroeconômica; b) área social, por meio de projetos e ações que visaram privilegiar os mais vulneráveis entre aqueles a serem protegidos, mediante ampliação dos gastos sociais em meio

104 No mercado financeiro, o rating de um país funciona como um "certificado de segurança" que as agências de classificação dão a países que elas consideram que são bom pagadores de seus compromissos.

105 Em www.globo.com.br; 17/11/2011 17h31 - Atualizado em 17/11/2011 20h08

às dificuldades fiscais que se apresentaram, sobretudo, nos momentos mais agudos da crise; e c) na esfera política, por meio da abertura e da expansão dos espaços institucionais participativos e do esforço para manter e acelerar os já existentes. Fortaleceram-se os institutos de cooperação federativa e de participação social no processo de planejamento e avaliação de políticas públicas. Houve, também, o esforço no sentido de dar maior transparência às informações do Estado Brasileiro, que resultou na criação dos portais da transparência pelo Governo Federal e de entes subnacionais; na promulgação da Lei de Acesso à Informação, que amplia os direitos dos cidadãos perante a sua Administração Pública e a recente e polêmica decisão do Governo Federal, seguida pelo Poder Judiciário, de publicar, na Internet, os salários de todos os seus servidores públicos.

Apesar dos avanços, que produziram redução no índice Gini¹⁰⁶, que mede a distribuição de renda, entre 2000 e 2010¹⁰⁷, o país ainda está muito distante da realidade social dos países desenvolvidos, sendo a erradicação da extrema pobreza existente no Brasil uma das grandes mazelas e desafios a serem vencidos pelo Estado Brasileiro¹⁰⁸.

As diversas frentes de atuação, abertas pelo Governo Brasileiro, ricas em inovação na política de desenvolvimento social e econômico adotada pelo país, levantam uma questão fundamental a ser resolvida: como proteger (e até mesmo ampliar) o montante que tem sido gasto nas políticas sociais e garantir uma progressiva ampliação da proteção social ofertada pelos projetos e atividades de assistência social, segurança alimentar e transferência

106 Segundo dados do Censo do IBGE, houve redução do Índice Gini, entre 2000 e 2010, de 0,608 para 0,526.

107 Informações apresentadas pela Revista Carta Capital, na reportagem Os avanços do Brasil nos últimos dez anos carta capital - Metade da população brasileira vivia com menos de um salário mínimo em 2010, de 17.11.2011, inserida no endereço eletrônico www.cartacapital.com.br, na mesma data, às 16:36. Matéria publicada originalmente na Agência Brasil.

108 Segundo levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 2010, metade da população recebeu mensalmente, durante o ano, até 375 reais – valor inferior ao salário mínimo, de 510 reais, pago na época. No que se refere ao rendimento médio mensal domiciliar, os 10% com os rendimentos mais elevados ganhavam 9.501 reais, enquanto as famílias mais pobres viviam com apenas 225 por mês reais. As áreas de maior desigualdade são as urbanas, embora as áreas rurais detenham a maioria das pessoas sem rendimento ou com rendimento até 510 reais (85,4%). Além disso, os 10% mais ricos da população brasileira ganharam, em 2010, 44,5% do total de rendimentos, enquanto os 10% mais pobres, 1,1%. (cf. Notícia publicada na página da Revista Carta Capital, denominada “Os avanços do Brasil nos últimos dez anos”, em 17.11.2011 16:36, endereço www.cartacapital.com.br).

de renda, especialmente àqueles em situações de extrema pobreza e vulnerabilidade (IPEA, 2010).

Relacionado a essa reflexão, estudo do IPEA (2010)¹⁰⁹ destaca que é preciso considerar as insuficiências existentes na Sociedade Brasileira, quanto à exigibilidade e à justiciabilidade dos direitos dos cidadãos brasileiros. Falta, à grande parcela da população, o conhecimento quanto aos seus direitos legais e constitucionais e o acesso à Justiça – obstáculos efetivos à defesa e reivindicação dos direitos, perante o Estado. Outro elemento complicador é a natureza transversal das medidas necessárias ao resgate social que precisam ser adotadas de forma integrada, o que exige uma difícil sintonia política entre as diversas autoridades de governo. Finalmente, o estudo identifica os obstáculos culturais a serem transpostos, particularmente no que se refere aos direitos de grupos sociais específicos e, as características hierárquicas, autoritárias e discriminatórias de muitos dos referenciais culturais brasileiros – amplamente sustentadas pelas grandes desigualdades econômicas e sociais do país – vislumbra-se um longo caminho ainda por ser percorrido nessa área.

Em sociedades altamente estratificadas como a brasileira é comum o acirramento de posições em defesa de privilégios já alcançados e o surgimento de novas formas de opressão, mais sofisticadas, que visam, em verdade, preservar a preponderância de interesses e a manutenção das desigualdades sociais e econômicas.

A globalização das disputas por recursos e da complexidade dos problemas, a preocupação com a eficiência na aplicação de recursos e com a contenção de gastos, em que bens e serviços têm agregado valor na perspectiva da sua escassez, conduzem a reflexões sobre os desafios para a real implantação da experiência democrática, sobretudo no sistema capitalista. A opção de se tornar democrático, não torna o estado, de fato, democrático, mesmo quando essa decisão é um desejo social, cristalizado na Constituição. É preciso alterar o *modus operandi dos atores e das forças políticas nacionais e, especialmente, os seus vínculos de poder e de autoridade*.

Por essas razões, os programas e ações de governo que visem implantar modelos mais igualitários de distribuição de recursos e benefícios públicos, apesar de defensáveis no plano ideológico, são frequentemente percebidos como ameaça à estabilidade das estruturas de poder e aos privilégios já

109 Políticas sociais – acompanhamento e análise | 13 | edição especial IPEA

adquiridos e consolidados e, por isso, não recebem o devido acolhimento e apoio social. Em alguns casos são alvos de questionamentos sobre sua pertinência, eficácia ou, mesmo, sobre os reais objetivos de seus patrocinadores. Esses questionamentos podem ser registrados no âmbito de quase todas as ações afirmativas promovidas pelo Governo, a exemplo do Programa Bolsa Família, de distribuição de renda e da política de fixação de cotas em instituições de ensino superior para afrodescendentes.

Em sociedades despreparadas para o exercício efetivo da cidadania, com baixo interesse e ativismo político entre os cidadãos, esse fenômeno agrava-se e, muitas vezes, representa um fator de repressão à mudança cultural em favor da pluralidade e do respeito à diversidade e à evolução em direção ao ideal democrático. Esses são ambientes propícios à adoção de estratégias de depreciação do controle político dos cidadãos e de seus representantes diretos sob argumentações de que os primeiros são inabilitados ao exercício da sua própria cidadania (o cidadão não sabe votar!) e os outros (parlamentares e autoridades de governo) são, por natureza, corruptos e ineptos a tratar dos interesses públicos. Restaria, nesse caso, aos especialistas, técnicos iluminados pela academia e pelo conhecimento, dirigir a massa acéfala e apática em direção ao desenvolvimento e à igualdade. Se depreciarmos nossas autoridades políticas, a partir do entendimento de que não estamos aptos a realizar escolhas em nome próprio, ou ainda, que não há em quem confiar, a quem vamos delegar a defesa de nossos interesses?

*Nada obstante a Constituição Federal de 1988 haver cristalizado o desejo nacional por um sistema político nacional, democrático de direito, fundado no pluralismo e no respeito à diversidade*¹¹⁰, a concretização dessa opção requer o fortalecimento das instituições democráticas e a mudança nos processos

110 Aprovada após a retomada do processo de redemocratização da política nacional, ao término do período de regime autoritário no país, a Constituição Federal legitima e elege a igualdade política como garantia fundamental dos cidadãos – igualdade material, bem entendida - o que significa que, embora não sejam formalmente iguais e não recebam o mesmo tratamento do Estado, no território nacional todo e qualquer brasileiro têm direitos e deveres iguais de influir politicamente nos rumos do Estado (CF, art. 5º) - esses, definidos pela decisão da maioria (CF, art. 1º) e controlados pela lei (Estado de Direito). O art. 3º do texto constitucional, ao dispor os objetivos fundamentais da República Federativa, evidencia o reconhecimento da sociedade do quão distante está do almejado ideal político de igualdade, justiça e solidariedade, como também da sua dívida histórica para com a parcela de brasileiros que vivem à sombra da cidadania, imersos em pobreza, marginalização e violência.

políticos de distribuição da riqueza e dos benefícios, o que ainda não ocorreu no caso brasileiro.

(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (Bobbio, 1992).

Sob muitos pontos de vista a sociedade brasileira continua ancorada no passado, apegada a velhos costumes autoritários, em clara falta de sintonia com os seus ideais políticos democráticos. Em reflexo, também a trajetória das instituições nacionais, e em especial a estrutura executiva do Estado, tem permanecido em descompasso com os objetivos para elas estabelecidos, o que prejudica um avanço real em direção à democracia. (Rizotti).

2. UMA PROBLEMATIZAÇÃO SOBRE CIDADANIA, DEMOCRACIA E GESTÃO PÚBLICA

As políticas adotadas pelo Governo Federal, na última década, tiveram como objetivo aproximar duas realidades tão distintas. Ao tempo em que visaram promover o resgate político e social da camada da população abaixo do índice de pobreza, buscaram resguardar a capacidade estatal de dar respostas adequadas e tempestivas às demandas do mercado, promovendo o desenvolvimento econômico e inserção estratégica do país nos mercados globalizados.

O desafio é histórico, porquanto as disparidades, contradições e antagonismos existentes na sociedade brasileira remontam ao seu processo de formação e constituem as bases sobre as quais foi construído o sistema político nacional, democrático de direito. Mello (2002) destaca a singularidade dos processos de constituição do Estado Brasileiro, no qual a organização da Administração Pública precedeu à formação da própria sociedade; predominou sobre ela e a moldou, impedindo-a de se desenvolver na direção de um sistema autenticamente representativo. Passados cento e noventa e um anos de sua constituição como nação independente; cento e vinte

e quatro anos de república e vinte e quatro anos de democracia, persistem, no Brasil ainda traços do regime patrimonialista, clientelista e cartorial, que, aliados à estrutura social estratificada pela exclusão e refém de uma Administração Pública desassociada das necessidades da população, contribuíram para que as diversas reformas constitucionais e da administração pública, embora registrassem saltos relevantes em direção à cidadania e aos direitos sociais, não tenham logrado implantar efetivamente no país um regime democrático de direito.

Na visão crítica do grande sociólogo brasileiro Darcy Ribeiro (1995), a dívida social brasileira a ser resgatada decorre dos resquícios do período de escravidão dos negros e índios e resulta numa forma de estruturação societária singular – de organização socioeconômica, fundada num tipo renovado de escravismo e numa servidão continuada ao mercado mundial, evidenciados nas desigualdades sociais e regionais. Em suas palavras:

“Surgirmos da confluência, do entrechoque e do caldeamento do invasor português com índios silvícolas e campineiros e com negros africanos, uns e outros aliciados como escravos.

(...) A unidade nacional, viabilizada pela integração econômica sucessiva dos diversos implantes coloniais, foi consolidada, de fato, depois da independência, como um objetivo expresso, alcançado através de lutas cruentas e da sabedoria política de muitas gerações. Esse é, sem dúvida, o único mérito indiscutível das velhas classes dirigentes brasileiras.

(...) O povo-nação não surge no Brasil da evolução de formas anteriores de sociabilidade, em que grupos humanos se estruturam em classes opostas, mas se conjugam para atender às suas necessidades de sobrevivência e progresso. Surge, isto sim, da concentração de uma força de trabalho escrava, recrutada para servir a propósitos mercantis alheios a ela, através de processos tão violentos de ordenação e repressão que constituíram, de fato, um continuado genocídio e um etnocídio implacável”.

Essa é uma reflexão fundamental, especialmente se considerado que a natureza dos vínculos que uma sociedade mantém com suas figuras de autoridade determina a orientação e a organização de seu sistema político.

Segundo Richard Sennett (1984)¹¹¹, sociólogo americano, dentro do sistema político de uma determinada sociedade, os vínculos de autoridade constroem-se a partir das imagens de fraqueza e força dos atores políticos que nele atuam, e se constituem a expressão emocional do poder¹¹². Dessa forma, a análise da natureza e dos contornos desses vínculos, conduz a interpretação de como o poder, o controle e a influência se dão entre os atores políticos e conformam a estrutura do Estado.

Em seu ensaio sobre a evolução histórica dos vínculos de autoridade, dentro das sociedades e dos regimes políticos que esses vínculos influenciaram, Sennett faz uma classificação dos vínculos como: a) de autoridade ilegítima, baseados na rejeição e no esforço de superação, os quais se relacionam com regimes de dominação; b) os vínculos paternalistas de autoridade legítima; c) os vínculos instituídos sob o conceito de cadeia de comando; e, d) os vínculos de autoridade do regime democrático, ancorados em relações de igualdade política. Esse último mais estreitamente vinculado com o conceito de regime democrático idealizado pelas nações, no mundo contemporâneo.

111 Sennett faz referência às duas principais escolas de pensamento social que trataram das relações de poder e do conceito de autoridade. A primeira escola é a que pertencia Max Weber, que acredita que a percepção de autoridade e poder estava relacionada ao tipo de controle por ela exercido: tradicional; legal/racional e carismático. Para Sennett, o mais importante aspecto da abordagem de Weber é a sua identificação da autoridade com a legitimidade: as pessoas se recusam a obedecer àqueles que consideram ilegítimos. Segundo essa escola, existiria o vínculo de autoridade, em uma sociedade, quando as pessoas obedecessem *voluntariamente* a seus governantes, sem haver necessidade de coação, porque esses são considerados legítimos. A autoridade seria, portanto, medida pela obediência voluntária.

A outra escola, cujo expoente era Freud, acreditava que o processo de formação do vínculo de autoridade ocorre ainda na infância e se cristaliza, determinando os vínculos de autoridade da vida adulta. Max Horkheimer, da "Escola de Frankfurt" combina o pensamento psicanalítico freudiano com uma sofisticada crítica social marxista e dispõe que as pessoas acreditam não apenas porque o que lhes é apresentado é crível e legítimo, mas acreditam por uma carência. Elas precisam de uma autoridade tanto quanto a autoridade precisa delas. E essa carência é moldada pela história e cultura, assim como pela predisposição psicológica.

A importância dessa abordagem é a explicação de que aquilo que as pessoas se dispõem a acreditar não é uma simples questão da credibilidade ou legitimidade das idéias, regras e pessoas que lhes são apresentadas. É também uma questão de sua própria carência de *crer*. O que elas querem de uma autoridade é tão importante quanto o que a autoridade tem a oferecer. A própria carência da autoridade é moldada pela história e pela cultura, assim como pela predisposição psicológica.

Apesar da importância das duas escolas, Sennett considerava as visões por elas defendidas ainda incompletas, por não responderem adequadamente ao questionamento de como se constituem os vínculos de autoridade. E nesse caso, nenhuma delas responde, por exemplo, ao dilema do vínculo com a autoridade que, mesmo sendo percebida como ilegítima, provoca medo e atração.

112 Nesse contexto, autoridade e poder não se confundem: autoridade é o ator social investido de poder.

Dessa forma, as sociedades com alto grau de desigualdade, com baixo nível de cidadania e informação política e histórico de regimes autoritários, como a brasileira, estão relacionadas a conformações socioculturais fundamentadas em vínculos de autoridade ilegítima, baseados no medo da autoridade e em laços de rejeição, mantidos com autoridades, mas fundados no medo e na rejeição do poder (Sennet, 1984). Sennet destaca que, especialmente em regimes autoritários ou mesmo em ambientes de grande concentração de autoridade estatal, é peculiar observar que os poderes formalmente legítimos das instituições dominantes inspiram forte sentimento de ilegitimidade entre os que estão submetidos a elas. E, no entanto, esses poderes também se traduzem em imagens de força humana: de autoridades seguras, julgadas superiores, que exercem a disciplina moral e inspiram medo. Essas autoridades atraem outras pessoas para sua órbita, como mariposas atraídas a contragosto pela chama.

Nas sociedades justas e igualitárias, próprias dos regimes democráticos, o vínculo de autoridade é legítimo e está baseado na cooperação e na tomada mútua de decisões. Os cidadãos *se reconhecem como iguais*, são detentores de mesmos direitos e deveres e o pressuposto é de que quem está nos patamares superiores da hierarquia estatal não tem poderes superiores. As decisões que afetam o sistema político como um todo devem ser codeterminados por representantes de todos os setores.

Da visão psicanalítica oferecida por Sennett, tem-se a importante lição de que a conformação do sistema político nacional é um processo histórico, com elementos culturais que devem ser analisados adequadamente, a fim de serem superados. A evolução de uma estrutura de poder autoritária para uma democrática depende da capacidade dos atores do sistema político em promover a igualdade de direitos e deveres, internamente, como também de vencer os medos, as próprias neuroses e obsessões geradas no processo histórico de formação da personalidade estatal.

O Brasil é uma nação dividida entre realidades claramente demarcadas, entre diferentes Brasis – um sintonizado aos modernos paradigmas de desenvolvimento econômico, preparado para assumir, com protagonismo, desafios no cenário mundial, e outro, preso às correntes do atraso social e da exclusão política. Para unificar esses dois Brasis e resgatar, de fato, a dívida histórica com a sociedade brasileira, é preciso compreender, adequadamente, o processo histórico de sua formação, as suas fraquezas e forças, para poder migrar, com propriedade, para outro estágio de evolução.

3. ORIENTAÇÕES PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA AGENDA DE FORTALECIMENTO DA GESTÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Melhorar e inovar o modelo de gestão pública adotado pela Administração Pública Brasileira implica adotar práticas e tecnologias gerenciais que contribuam, por um lado, para a ampliação da capacidade de governança e governabilidade das suas estruturas executivas, dentro de um contexto de globalização da economia e da internacionalização do direito; e, por outro lado, promovam o aprofundamento dos princípios democráticos da Constituição Federal, dentro da sociedade e do mercado brasileiros.

O modelo de gestão pública requerido, com capacidade para atender a esses dois grandes desafios precisa ser forjado em solo nacional, a partir da experiência, do conhecimento, da cultura e das tradições do povo brasileiro. Nesse processo, é preciso buscar referenciais externos relevantes, de êxito e de insucesso e, principalmente, estar sintonizado com os novos paradigmas internacionais de inovação na gestão pública. Mas é fundamental respeitar o processo de aprendizagem e maturidade dos agentes políticos nacionais e da própria sociedade brasileira e buscar soluções que possam, de fato, responder aos problemas internos.

As bases desse modelo já estão dadas pela Carta Magna e pela lei. É inerente ao modelo de gestão pública de um governo democrático, voltado para resultados a observância dos fundamentos que a Constituição Federal, estabelece para a atuação da Administração Pública. Dentre eles, cabe destacar os seguintes:

- a.** a soberania popular e a moralidade, que submetem as estruturas do Poder Executivo e a Justiça à orientação e ao controle do Poder Político;
- b.** a legalidade, segundo o qual o poder e a atividade estatais são regulados e controlados pela lei (regime administrativo), entendendo-se à lei, nesse contexto, como a expressão da vontade geral (por ser democrático);
- c.** a separação dos poderes de legislar, executar e judiciar, em garantia à segurança democrática;
- d.** a autonomia dos entes federados, com ênfase na capacidade formuladora e coordenadora da esfera federal; do potencial de articulação dos estados e da execução de políticas públicas em nível municipal, onde estão, de fato, os cidadãos;

- e.** a atuação das instituições públicas no estrito limite das suas competências e poderes constitucionais ou legais. É importante atentar que a Administração Pública não tem vontade, nem poderes, senão aqueles que lhes foram delegados pela Constituição e pela Lei para serem aplicados na realização dos interesses públicos;
- f.** o pluralismo e o respeito às diferenças;
- g.** o respeito ao pacto federativo e à autonomia política dos entes federados;
- h.** a segregação das funções normativas, executivas e de julgamento dentro de suas estruturas; a descentralização federativa; a cooperação estado-sociedade;
- i.** a participação e o controle social;
- j.** o foco em resultados e na eficiência da ação pública;
- k.** a impessoalidade; e
- l.** a publicidade e a transparência dos atos públicos. As políticas de transparência tendem, normalmente, a ser dramáticas e resistentes dentro da burocracia pública. Transparência não implica e não impacta a participação social. São duas dimensões importantes, mas que não necessariamente têm relação de causa e efeito.

A evolução da gestão pública brasileira para um modelo que atenda a todos esses requisitos constitucionais requer a superação de grandes desafios. O primeiro é o da reorientação política e técnica das estruturas executivas do Estado para a atuação centrada no controle de resultados, o que exige a superação do atual modelo autocentrado da burocracia pública, baseado, fundamentalmente, no controle de meios¹¹³, assim como a remoção de obstáculos culturais e comportamentais existentes no corpo burocrático, como o apego a velhos costumes, o burocratismo desnecessário, a submissão formalista a normas, o ritualismo exagerado e o receio à mudança, à experimentação de novas práticas abertas à participação e ao controle social.

Outro desafio é a inserção ativa do cidadão no Estado, o que não pode ser resolvido, apenas, por meio das políticas de transferência de renda e de redução das desigualdades. É preciso estimular, educar e instrumentalizar os

113 O controle da Administração Pública brasileira é, essencialmente, de natureza institucional e incide *a posteriori* sobre os atos administrativos, desempenhado por órgãos cujo foco é o controle da lei pelos órgãos de controle como CGU, TCU, Ministério Público e Tribunais. Praticamente não existem mecanismos que privilegiem o controle social efetivo da ação, exercido *ex ante*.

cidadãos brasileiros para o efetivo exercício de sua cidadania e, especialmente, orientá-los quanto ao uso dos mecanismos de defesa desses direitos. A inclusão social e participação dos cidadãos na vida pública e, especialmente, nos processos decisórios do governo, notadamente no planejamento, avaliação e controle das políticas públicas é fator crucial para o amadurecimento da sociedade brasileira e para a transposição do modelo político nacional para um modelo com características mais democráticas.

As dificuldades nacionais em ampliar o nível de cidadania e diminuir os índices de exclusão social são fatores de relevância à implementação de reformas na gestão pública. A ausência de uma sociedade atuante e preparada para exercer o controle social favorece posturas autocentradas na burocracia nacional e impede o enleio entre interesses privados e os interesses públicos. Como consequência, tem-se uma natural desconfiança no gestor público, que se consolida como uma cultura geral, vigente dentro e fora da administração. Esse espírito de desconfiança na discricionariedade do administrador, além de fomentar a mentalidade de cerceamento e de criminalização do agente público, conduz à lógica do imobilismo, do “não fazer”, visto que, em ambiente caracterizado por um arcabouço legal limitado “não há como fazer” e, conseqüentemente, “quem se aventura e faz” assume muita responsabilidade e fica mais sujeito à penalização.

A bandeira da corrupção é frequentemente levantada como argumento para a retração dos espaços e institutos públicos permeáveis à decisão política. No Brasil, as denúncias de corrupção que envolvem autoridades governamentais vêm normalmente acompanhadas de engessamento da ação executiva dos órgãos e entidades e de opiniões de que seriam melhor “para a “eficiência” do Estado, se o quadro de servidores públicos fosse de carreira, estável e “intelectualmente preparado” para operar a máquina extremamente complexa do Estado”. O crescente sentimento pejorativo, em relação à política e à capacidade discricionária das autoridades públicas, é preocupante porque pode gerar a inviabilização do exercício das escolhas políticas e fazer retroceder os avanços políticos já alcançados – especialmente no que tange à separação e a harmonia entre os Poderes Públicos e a soberania popular como valor supremo da sociedade brasileira. No lugar de denegrir o exercício político dentro da máquina pública e colocar em suspeição permanente os atos dos administradores e agentes públicos, mais proveitoso para a democracia seria envidar esforços para melhor qualificar esse exercício e preparar a autoridade pública para um modelo de atuação mais democrático, aberto ao controle social.

Outra área de investimento importante para a gestão pública é o fortalecimento da capacidade governamental de coordenação política interna e de articulação juntos aos demais atores públicos e privados do sistema político nacional. Os marcos legais que orientam organização da Administração Pública estão desatualizados e não atendem às necessidades dos atuais sistemas federativos de implantação das políticas públicas. Urge investir em mecanismos de concertação interna e externa, de resolução de conflitos e tomada de decisão célere e negociada.

Finalmente, e não menos fundamental, os atos da Administração Pública precisam de segurança jurídica. Essa segurança deve ser garantida por uma base jurídica segura para a formulação, implementação e defesa das políticas públicas; da diminuição do contencioso e do processo de judicialização da ação do Poder Executivo; e da paralisação e reversão do processo de criminalização do gestor público, com a construção de novas bases jurídicas e políticas para a ação pública que favoreçam a obtenção dos resultados esperados pela sociedade.

Ampliar a capacidade de regulação estatal exige que se fortaleça a soberania nacional, por meio da internalização cultural e comportamental, junto às forças políticas nacionais, dos princípios do regime democrático estabelecido pela Constituição de 1988, com a garantia da independência e da articulação dos poderes estatais; o equilíbrio da coordenação política com a autonomia político-administrativa dos entes federados e, especialmente, o investimento na cidadania nos instrumentos de representação democrática e de participação social direta.

Para isso, é preciso estancar o processo de erosão na capacidade regulatória do estado, agravado, dentre outros fatores, por privatizações e concessões mal conduzidas; pelo crescente movimento de descrédito social na atividade política e na legitimidade dos membros do Parlamento; na desqualificação e penalização da atividade executiva do Estado, especialmente em função do fenômeno da corrupção.

Na Administração Pública brasileira, a grande inovação necessária e esperada pela sociedade é a de redirecionar as instituições públicas e seus recursos para o atendimento efetivo das demandas sociais e do mercado. É viabilizar um novo modelo de organização e funcionamento para as estruturas públicas, aberto à participação e ao controle social, que contemple o monitoramento e a avaliação de seu desempenho, a partir dos resultados por elas obtidos.

Para isso, é preciso alterar os atuais vínculos de autoridade existentes entre os homens públicos, a burocracia, as elites e os cidadãos, ainda eivados de traços de submissão e de dominação, fazendo-os evoluir para vínculos de cooperação e de delegação entre iguais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto (1992). *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus.
- BOBBIO, Norberto (1999), *As Ideologias e o Poder em Crise*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 4ª Edição
- BOBBIO, Norberto (2001). *Entre duas Repúblicas – Às origens da democracia italiana*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, Brasília.
- DAHL, Robert A. (2001), *Sobre a Democracia, Brasília*, Editora Universidade de Brasília.
- DE ARAGÃO, Alexandre Santos (2006), "A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras", em *Agências Reguladoras e Democráticas*, Gustavo Binenbojm (coord.), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris.
- DA SILVA, José Afonso, (2007), *Curso de Direito Constitucional Positivo*, MALHEIROS EDITORA, 28ª EDIÇÃO
- DE MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira, *Princípios gerais de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense
- FILGUEIRAS, Fernando (2008), *Corrupção, Democracia e Legitimidade*, Belo Horizonte, Editora UFMG
- MONTESQUIEU (1748), *Do Espírito das Leis*, São Paulo, Editora Martin Claret Ltda., impressão 2007
- MOREIRA, Luiz (2007), *A Constituição como Simulacro*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris.
- RIBEIRO, Darcy, (1995), *O Povo Brasileiro*, Companhia de Bolso, 2006, Brasil
- RIZOTTI, Maria Luiza Amaral, Artigo: "A construção do sistema de proteção social no Brasil: avanços e retrocessos na legislação social"

SENNETT, Richard (2001), *Autoridade*, Rio de Janeiro, Record.

Caderno Políticas Sociais – *Acompanhamento e Análise*, 13, edição especial
IPEA

Brasil em Desenvolvimento 2010 – *Estado, Planejamento e Políticas Públicas*,
Edição IPEA - 2010

Revista Carta Capital, Notícia: “*Os avanços do Brasil nos últimos dez anos*”, em
17.11.2011 16:36, endereço www.cartacapital.com.br.

Revista Carta Capital, Reportagem *Os avanços do Brasil nos últimos dez anos
carta capital - Metade da população brasileira vivia com menos de um
salário mínimo em 2010*, de 17.11.2011, inserida no endereço eletrônico
www.cartacapital.com.br, na mesma data, às 16h36. Matéria publicada
originalmente na Agência Brasil.

Site do Jornal O Globo: www.globo.com.br; 17/11/2011 17h31 - Atualizado
em 17/11/2011, às 20h08

CAPÍTULO VIII

A PREVIDÊNCIA SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO: DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 À CRIAÇÃO DA FUNPRESF

Valéria Porto¹¹⁴

RESUMO

As principais regras de funcionamento dos regimes próprios de Previdência Social estão contempladas no artigo 40, da CF de 1988 e começaram a ser modificadas com o surgimento da EC 20, de 1998, para alguns anos mais tarde, sofrerem alterações ainda mais profundas com a edição da EC 41, de 2003, e da EC 47, de 2005. Embora implementado na grande totalidade dos Estados, e em aproximadamente dois mil municípios, ainda pende de regulamentação o Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos da União. Por outro lado, a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais e autorizou a criação de entidade fechada de previdência complementar, a denominada Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal – Funpresf.

O objetivo do trabalho é, a partir de um olhar nas soluções adotadas para os sistemas previdenciários em países estrangeiros, analisar a legislação pátria e sugerir um debate mais aprofundado sobre a questão, que passa inclusive por alterações de caráter cultural, no sentido da necessidade de se abandonar

114 Valéria Porto é bacharel em Direito e em Relações Internacionais, e Mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília – UnB. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal, entre 2002 e 2009, Diretora de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal na Secretaria de Gestão Pública (Segep) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP), entre 2009 e 2012, e atualmente é a Gerente de Aperfeiçoamento dos Modelos jurídicos-institucionais no Departamento de Inovação e Melhoria da Gestão da Segep do MP. O presente texto foi inicialmente apresentado no V Congresso Consad de Gestão Pública, realizado em Brasília, de 4 a 6 de junho de 2012, e foi devidamente atualizado, depois da criação da Funpresf-Exe, aprovação de seu Estatuto e nomeação dos Conselhos Deliberativo e Fiscal, em novembro de 2012.

velhas crenças, para que estejamos aptos a enfrentar, a tempo e a contento, os diversos percalços ainda por serem superados sobre a questão.

1. INTRODUÇÃO

As principais regras de funcionamento dos Regimes Próprios de Previdência Social estão contempladas no artigo 40, da CF de 1988, e começaram a ser modificadas com o surgimento da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, para alguns anos mais tarde, sofrerem alterações ainda mais profundas com a edição das Emendas Constitucionais nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e a de nº. 47, de 5 de julho de 2005.

Embora implementado na grande totalidade dos Estados e em aproximadamente dois mil municípios, ainda pende de regulamentação o Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos da União.

Por outro lado, a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, acaba de instituir o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais e autorizar a criação de entidade fechada de previdência complementar, a denominada Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (Funpresp) para administrar e executar os planos de benefícios do novo regime complementar.

Vê-se, portanto, que o sistema previdenciário do servidor público foi mais uma vez modificado, e de forma profunda. A instituição do regime complementar de previdência aproximará o regime próprio - RPPS do regime geral de previdência social - RGPS, na medida em que o teto do valor da aposentadoria a ser concedida no âmbito do RPPS será o mesmo daquele adotado pelo RGPS.

Com base em rápida análise das soluções adotadas por países estrangeiros para atender crises que colocavam seus sistemas previdenciários em desequilíbrio, é possível perceber que caminhos estamos trilhando, e vislumbrar se a solução adotada entre nós atenderá as necessidades de um sistema previdenciário que urge por aperfeiçoamentos.

2. OBJETIVOS

O objetivo do trabalho é analisar o sistema de regimes próprios de previdência, ora em vigor em nosso sistema pátrio e, a partir de uma análise das

soluções adotadas por países estrangeiros, sugerir um debate mais aprofundado sobre a questão, que passa, inclusive por alterações de caráter cultural, no sentido da necessidade de se abandonar velhas crenças para que estejamos aptos a enfrentar, a tempo e a contento, os diversos percalços ainda por serem superados sobre a questão.

Isso porque nossa população está envelhecendo, e conseqüentemente nossos servidores públicos. Se não construirmos uma efetiva estratégia de recomposição da força de trabalho em curto espaço de tempo e não reformularmos nossa própria concepção de sistema previdenciário, logicamente considerando as questões atuariais e a necessidade de se ter uma *accountability* financeira, sem olvidar de enfrentar questões que envolvem a proteção social dos servidores, estaremos, ademais de comprometendo as contas do Estado, colocando em risco o desenvolvimento das políticas públicas entre nós, e o mais grave, correndo o risco de descumprir preceitos fundamentais postos em nossa Carta Maior.

3. A PREVIDÊNCIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As principais regras de funcionamento dos Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS estão contempladas no art. 40, da Constituição Federal de 1988¹¹⁵, e começaram a ser modificadas com o surgimento da EC 20 de 1998, para alguns anos mais tarde, sofrerem alterações ainda mais profundas com a edição da EC 41, de 2003, e a EC 47, de 2005.

O art. 40 da Constituição Federal de 1988, em sua redação original, trazia as regras para que servidores titulares de cargos efetivos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, ademais de suas autarquias e fundações, pudessem aposentar-se voluntariamente com proventos integrais. Voluntariamente por idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, ou ainda compulsoriamente aos 70 anos de idade. Regra especial foi concedida aos professores da educação infantil, do ensino fundamental e médio, que

115 A Lei nº. 9.717, de 27 de novembro de 1998, dispõe sobre as regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Embora a maioria dos estados da federação já tenha instituído seus regimes próprios de previdência, a União ainda não logrou instituí-lo, pois a matéria encontra-se pendente de regulamentação.

tinham direito à aposentadoria voluntária e proventos integrais, com tempo de serviço reduzido.

A EC 20, de 1998, revestiu o regime previdenciário do servidor público de caráter contributivo, observados critérios que preservassem o equilíbrio financeiro e atuarial.¹¹⁶ Portanto, a partir do advento da referida Emenda Constitucional, o tempo de serviço, que era o mote para a concessão de aposentadoria, deu lugar à contribuição ao sistema dos regimes próprios de previdência social do servidor público.¹¹⁷

O artigo 3º da EC 20, de 1998, assegurou o direito adquirido à aposentadoria, conforme as regras do art. 40 da CF/1988, em sua redação original, àqueles servidores públicos que, até 16 de dezembro de 1998, data da publicação da referida emenda constitucional, tivessem cumprido todos os requisitos exigidos nos termos dos diplomas legais até então vigentes.

A EC 20, de 1998, trouxe as seguintes modalidades de aposentadoria: a) voluntária com proventos integrais atendidos os requisitos, cumulativos, de 35 anos de contribuição e 60 anos de idade no caso dos homens, e 30 anos de contribuição e 55 anos de idade, no caso das mulheres; b) voluntária por idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, atendidos os requisitos de 65 anos de idade se homem e 60 anos de idade, se mulher; e c) compulsória aos 70 anos de idade, com proventos proporcionais.

Ademais, fez-se necessário comprovar 10 anos de serviço público e cinco anos de exercício no cargo efetivo. A base de cálculo para os proventos era a última remuneração percebida pelo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.

Tratamento especial foi dado aos professores da educação infantil, do ensino fundamental e médio, que podiam aposentar-se voluntariamente, com proventos integrais, atendidos os requisitos de 30 (trinta) anos de efetivo exercício em funções de magistério, se homem, e 25 (vinte e cinco) anos, se mulher.

A EC 20 trouxe, ainda, em seu art. 8º, as regras de transição para o novo regime, que agora tinha como base a contribuição ao regime.

Importante ressaltar, neste ponto, que aos servidores ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, bem como àqueles que possuem contrato

116 Cf. art. 40 da CF/1988, *caput*.

117 Tendo em vista que o Regime Próprio de Previdência do Servidor Público – RPPS ainda não foi instaurado, as contribuições atualmente são feitas ao Plano de Seguridade do Servidor Público – PSS, instituído pela Lei nº 8.112/1990, em seus artigos 183-185.

temporário com a Administração Pública ou emprego público, decidiu-se pela aplicação, nesses casos, do regime geral de previdência social.¹¹⁸

Em 19 de dezembro de 2003, com a edição da EC 41, a solidariedade foi agregada ao caráter contributivo do novo regime previdenciário do servidor público e a base de cálculo dos proventos, que era a remuneração do servidor, passou a ser a média aritmética da remuneração.¹¹⁹

Referida emenda estabeleceu a contribuição do ente público, dos servidores ativos, aposentados e pensionistas, cujos percentuais foram fixados pela Medida Provisória nº 167, de 19.2.2004, convertida na Lei nº 10.887, de 2004, tendo determinado que a contribuição social do servidor público ativo da União para fins de manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, incluídas suas autarquias e fundações, será de 11% sobre a totalidade da base de contribuição.

Os aposentados e os pensionistas contribuirão também com os mesmos 11% incidentes sobre a parcela dos proventos de aposentadorias e pensões que excederem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs nºs 3105¹²⁰ e 3128¹²¹.

Por sua vez, a contribuição da União, de suas autarquias e fundações para o custeio do referido regime de previdência será o dobro da contribuição aportada pelo servidor ativo. Assim, a EC 41, de 2003, ressaltou a necessidade de cotização também do ente federativo, que passou a assumir a condição de patrocinador do regime dos servidores, semelhante ao que ocorre no Regime Geral de Previdência Social.

Exceção a essa regra foi estabelecida pela EC 47, de 2005, determinando que a contribuição dos aposentados e pensionistas incida apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da CF/1988, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante.¹²²

118 Art. 40, § 13 da CF/1988.

119 Cf. a Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004.

120 ADI nº 3105, Red. para o acórdão Min. Cezar Peluso, DJ de 18.2.2005.

121 ADI nº 3128, Red. para o acórdão Min. Cezar Peluso, DJ de 18.2.2005.

122 Cf. § 21 do art. 40 da CF/1988, acrescentado pela EC 47/2005.

O art. 3º da referida EC 41, de 2003, assegurou o direito adquirido àqueles que já haviam implementado as condições de aposentadoria nos regimes anteriores. Assim, passaram a ter direito adquirido os que implementaram as condições para aposentadoria, conforme os ditames: a) do art. 40 da CF/1988, em sua redação original, vigente até o dia 15.12.1998 (art. 3º da EC 20/1998); b) do art. 40 da CF/1988 com a redação dada pela EC 20/1998 e; c) do art. 8º da EC 20/1998.

Com vigência a partir de 31 de dezembro de 2003, data da publicação da referida EC 41, a base de cálculo para os proventos de aposentadoria passou então a ser a média aritmética das maiores remunerações utilizadas como base para a contribuição do servidor aos regimes de previdência, aos quais esteve vinculado.

Instituiu-se a figura do abono de permanência, o que permitiu ao servidor a opção por permanecer em atividade após haver completado as exigências para aposentadoria voluntária, desde que contasse com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, até o dia 31.12.2003. Atendidos esses requisitos, o servidor fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária, até completar as exigências para aposentadoria compulsória.¹²³

Referido abono de permanência será devido a partir do cumprimento dos requisitos para a obtenção do benefício. Os períodos de licença-prêmio adquiridos e não usufruídos somente serão considerados, para fins do referido abono, mediante manifestação irretratável do servidor.¹²⁴

A EC 41, de 2003, trouxe importantes regras de transição em seus arts. 2º e 6º, a saber:

Regra do art. 2º da EC 41, de 2003

O artigo 2º da EC 41, de 2003, assegurou o direito de opção pela aposentadoria voluntária àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública Direta, suas autarquias e fundações, até a data de publicação da EC 20/98 (16.12.98), com proventos calculados de acordo com os §§ 3º e 17 do art. 40, da CF/1988.

123 Cf. § 1º, do artigo 3º, da EC 41, de 2003.

124 Os requisitos para o abono de permanência encontram-se no § 19 do art. 40 da CF/1988, no § 5º do art. 2º da EC 41/2003, e no § 1º do art. 3º da EC 41/2003.

Assim, no cálculo dos proventos da aposentadoria, por ocasião de sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam o artigo 40 (Regime Próprio de Previdência Social - RPPS), e o artigo art. 201 (Regime Geral da Previdência Social - RGPS), ambos da Carta Magna de 1988, quando o servidor, cumulativamente, atender os requisitos de aposentadoria previstos.

O parágrafo 5º, do art. 2º, da EC 41, de 2003, estabelece que o servidor que tenha completado as exigências para a aposentadoria voluntária estabelecidas nesta regra de transição fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária, até completar as exigências para aposentadoria compulsória.

Nesta regra, não há paridade entre os proventos da aposentadoria e a remuneração dos servidores ativos para fins de reajuste, pois o § 8º do art. 40 da CF/1988 foi alterado, e recebeu nova redação dada pela EC 41/2003, regulamentado pelo art. 15 da Lei nº 10.887/2004, vigente a partir de 20.2.2004 (data de publicação da Medida Provisória nº 167, convertida na Lei nº 10.887/2004), que determina que o reajuste dos proventos de aposentadoria ocorra na mesma data e índice em que for concedido o reajuste dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

Regra do art. 6º da EC 41, de 2003

O artigo 6º da EC 41/2003 estabelece que, ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da CF/1988 ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação da referida Emenda (31.12.2003), poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei.

Conforme disposto no art. 2º, da EC 47, de 2005, aplica-se aos proventos de aposentadorias dos servidores públicos que se aposentarem na forma do caput do art. 6º da EC 41, de 2003, o disposto no art. 7º da mesma Emenda, o qual determina:

Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo

efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, estados, Distrito Federal e municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º da referida emenda, serão revistos na mesma proporção e mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade. Inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

A EC 47, de 2005, a chamada “PEC paralela”, trouxe nova regra de transição, estampada em seu art. 3º, tendo conferido o direito à aposentadoria com proventos integrais e paridade com os servidores ativos àqueles que ingressaram no serviço público até 16 de dezembro de 1998. Nesse caso, o servidor deverá comprovar 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos, se mulher; 25 anos de efetivo exercício no serviço público, 15 anos de carreira e cinco anos no cargo efetivo.

No que se refere à idade mínima para a aposentadoria, essa será diminuída em um ano, a cada período de doze meses que ultrapassar o tempo de contribuição mínima.

Regra do art. 3º da EC 47, de 2005 (vigência a partir de 31.12.2003)

O artigo 3º da EC 47, de 2005, estabelece que, ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º da EC 41, de 2003, o servidor da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação da EC 20/1998 (16.12.1998) poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

De todo o exposto, vê-se, pois, que o art. 40 da CF/1988, com a redação dada pelas Emendas Constitucionais 20, de 1998, 41, de 2003 e 47, de 2005, rege a previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias

e fundações, no qual é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos, aposentados e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Vale acrescentar que o § 1º do referido artigo 40 da CF/1988, determina que esses servidores serão aposentados, e os seus proventos calculados a partir dos valores fixados na forma do § 3º do mencionado artigo, ou seja, os cálculos dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, levarão em conta as remunerações utilizadas como base nas contribuições aos regimes próprios de previdência do servidor público e no art. 201 da CF/1988 (Regime Geral da Previdência Social), na forma da lei.

Ainda, com relação às remunerações contributivas, essas serão atualizadas de acordo com o índice a ser estabelecido em lei, pois assim, dispõe o § 17 do artigo em espécie, atualmente regulamentado pela Lei nº 10.887, de 2004, em seu artigo 15, como mencionado acima.

No que se refere às aposentadorias especiais, a EC 47, de 2005, introduziu o § 4º ao art. 40 da CF/1988, estabelecendo outros casos de aposentação a receber tratamento especial, ademais dos professores da educação infantil, do ensino fundamental e médio:

Art. 40.

(...)

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

I portadores de deficiência;

II que exerçam atividades de risco;

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

Os projetos de lei complementar que regulamentarão os incisos II e III se encontram em análise no Congresso Nacional. No que se refere ao inciso I, a matéria ainda está em discussão no âmbito do Poder Executivo.

Ressalte-se ainda o regime da previdência complementar, previsto nos §§ 14, 15, 16 e 17 do art. 40 da CF/1988. Instituído pela Lei nº 12.618, de 30 de abril (publicada no D.O.U.) de 2 de maio de 2012, de 2012, seus planos

de benefícios serão administrados e executados por entidades fechadas de previdência complementar, estruturadas na forma de fundação de natureza pública com personalidade jurídica de direito privado, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios na modalidade de contribuição definida.¹²⁵ Importante lembrar que ao servidor público somente será instituído plano de caráter complementar se assim optar, prévia e expressamente. É o que determina o § 16 do artigo, ora em comento.¹²⁶

No que se refere às pensões estatutárias, encontram-se regidas pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em seus arts. 215 a 225.

A regra anterior¹²⁷, que estabelecia que o valor da pensão seria igual ao valor da remuneração ou ao provento do servidor falecido, foi alterada pela EC 41, de 2003¹²⁸, que fixou que a pensão equivalerá à remuneração ou ao provento do servidor falecido até o limite estabelecido no Regime Geral de Previdência Social e acrescido de 70% da parcela excedente ao limite.

As pensões estatutárias poderão ser vitalícias, e nessa modalidade se enquadram como beneficiários o cônjuge, a pessoa separada judicialmente ou divorciada com pensão alimentícia, o companheiro ou a companheira, a mãe e o pai dependentes economicamente e, ainda, pessoa designada, maior de 60 anos e pessoa com deficiência e com dependência econômica¹²⁹. Ou, ainda, temporárias, destinadas aos filhos ou enteados, que perceberão a pensão somente até os 21 anos de idade ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez, irmão órfão até 21 anos de idade e o inválido, enquanto durar a invalidez, ou que viva sob dependência econômica do instituidor da pensão¹³⁰.

Ainda pendente de regulamentação o Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos da União, a previdência do servidor público da

125 O controle, a regulamentação e a fiscalização do segmento fechado de previdência complementar estão a cargo da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, autarquia de natureza especial, vinculada ao Ministério da Previdência Social.

126 Cf., sobre o regime de previdência completar, as Leis Complementares nº 108 e 109, de 29 de maio de 2001.

127 Art. 215 da Lei nº 8.112/90, em sua redação original.

128 O art. 40, § 7º, da CF/88, com a redação dada pela EC 41/2003, foi regulamentado pelo art. 2º da Lei nº 10.887/2004, que dispôs sobre os critérios para a concessão do benefício da pensão por morte aos dependentes dos servidores titulares de cargo efetivo e dos aposentados de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, falecidos a partir de 20.2.2004.

129 Art. 217, I, da Lei nº 8.112, de 1990.

130 Art. 217, II, da Lei nº 8.112, de 1990.

União está a carecer de modificações a aperfeiçoamentos, de um olhar mais aprofundado nas soluções previdenciárias adotadas por países estrangeiros, sob pena de seu sistema sucumbir frente aos diversos percalços ainda por serem superados.

4. A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO SERVIDOR PÚBLICO E A CRIAÇÃO DA FUNPESP

A Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive para os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União, previsto nos §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da CF/1988, e autorizou a criação da Funpresp – Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal.¹³¹

O objetivo primordial da lei foi o de regulamentar o regime de previdência complementar para o servidor público federal, e permitir a recomposição do equilíbrio da previdência pública, garantindo sua solvência em longo prazo.

O que se espera, como evidenciado na Exposição de Motivos Interministerial do PL no. 1992/2007, é que o regime de previdência complementar do servidor público reduza a pressão dos recursos públicos crescentemente alocados à previdência, possibilitando a recomposição do gasto público em áreas essenciais à retomada do crescimento econômico e em programas sociais.

Ainda, a criação do regime de previdência complementar do servidor público estabelece o tratamento isonômico entre os trabalhadores do setor público e da iniciativa privada, uma vez que todos estarão sujeitos ao teto de benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Isso porque o servidor que agora ingressar no serviço público contribuirá com 11% do valor do teto do INSS, e não mais sobre o total de sua remuneração. Outras contribuições por parte do servidor serão feitas pela via do regime complementar, em que a União poderá aportar igual alíquota àquela aportada pelo servidor, até o limite de 8,5%. Além da contribuição normal, o servidor poderá contribuir facultativamente, sem a contrapartida da União, na forma do regulamento do plano.

131 Cf. art. 4º da Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012.

Com isso, viabilizar-se-á a gradual desoneração de obrigações da União, tendo em vista os valores de benefícios superiores ao teto do RGPS advirem agora do regime complementar de previdência, e não mais do Tesouro Nacional.

A referida Exposição de Motivos explicita que a implantação do regime de previdência complementar no serviço público terá um duplice caráter.

A curto prazo, que provocará um impacto negativo nas contas públicas, na medida em que o governo deixará de receber a contribuição sobre a parcela da remuneração do servidor que exceder o limite do teto do RGPS e, ao mesmo tempo, enfrentar gasto adicional com as contribuições para o regime complementar na capitalização de reservas individuais para cada servidor participante.

E outro alongo prazo, em que a mudança promoverá a redução das despesas públicas, uma vez que o Poder Público ficará responsável apenas pelo pagamento do valor dos benefícios até o teto estabelecido para o regime, o que refletirá positivamente na manutenção do equilíbrio atuarial do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos (RPPS).

A Funpresp pretende ser a maior entidade fechada de previdência complementar presente no mercado brasileiro, tanto em quantitativo de participantes como em volume de recursos administrados.

5. OS DESAFIOS DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO E AS SOLUÇÕES ENCONTRADAS NOS PAÍSES ESTRANGEIROS

De maneira geral, os países estrangeiros têm resolvido seus déficits nos sistemas de proteção social previdenciária a partir de reformas estruturais. Iniciadas nas décadas de 80 e 90 do século passado, diversos países modificaram de forma profunda seus sistemas públicos de previdência, tendo, simplesmente, os substituídos por um sistema privado, ou introduzido um sistema privado, para conviver com o público.

Para implementar suas reformas, vários países lançaram mão de modelos preexistentes, principalmente aquele proposto pelo Banco Mundial e o denominado Social Europeu.

Enquanto o Modelo Social Europeu tem como foco o direito à cobertura como direito fundamental, a velhice assistida e protegida, a dignidade e a solidariedade como bases para o desenvolvimento socioeconômico, o Modelo do Banco Mundial baseia-se na sustentabilidade e na viabilidade fiscal do sistema previdencial, na poupança e no crescimento econômico.

O Modelo do Banco Mundial sugeria, como forma de enfrentamento dos desafios do sistema previdenciário e das crises fiscais, a adoção de regime de três pilares: o primeiro, custeado com impostos gerais que financiam um benefício básico; o segundo, obrigatório e capitalizado (mutualismo fechado); e o terceiro, voluntário, subordinado à capitalização aberta e individual.

Assim, o grau de intervenção do Estado no primeiro pilar e o nível de solidariedade do sistema garantiram a aproximação ao Modelo do Banco Mundial, como foi o caso dos Países Baixos, do Reino Unido e dos países latino-americanos que promoveram reformas estruturais.

Diversos países da Europa e da América Latina acompanharam o exemplo chileno e passaram do modelo PAYG-PD (repartição, *pay-as-you-go*) ao CDC (contribuições definidas capitalizadas), ou a um modelo misto, que incluía um pilar CDC e outro PAYG-PD, ou, ainda, à adoção de pilares múltiplos.

Exemplo marcante de país que adotou múltiplos pilares é a Dinamarca que, com sua *flexicurity*, logrou implementar modelo interessante. Adotou um primeiro pilar, financiado por impostos, para oferecer aposentadoria pública de velhice; e um segundo e terceiros pilares de base profissional, com características de obrigatoriedade, capitalização e contribuição definida, adotados em acordos coletivos, e administrados por sindicatos.

Nos Estados Unidos, o sistema previdenciário dos servidores públicos, que funcionava na modalidade de benefício definido, foi substituído, na década de 80 do século passado, pelo Federal Employees Retirement System (FERS), na busca de compensar o grave desequilíbrio que vinha enfrentando o regime anterior¹³².

Obrigatório para os novos servidores que ingressaram no serviço público americano, o plano oferece benefícios a partir de três pilares: um sistema público de seguridade social; um plano de benefício definido e um plano complementar de contribuição definida.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) desenvolveu no Brasil, entre 2009 e 2010, uma *Avaliação da Gestão de Recursos Humanos no Governo – Relatório da OCDE – BRASIL 2010 – Governo Federal*¹³³, na forma de *peer review* – revisão por pares.

132 Cf. MENEGUIN, Fernando. *Previdência Complementar dos Servidores Públicos. Centro de Estudos da Consultoria do Senado. Textos para Discussão 88*. Março de 2011.

133 OECD. *OECD Reviews of Human Resource Management in the Federal Government of Brazil*. Paris:OECD, 2010.

O estudo sobre a gestão de recursos humanos no governo brasileiro contou com a participação do Secretariado da OCDE e de especialistas de cinco países pares, – a Espanha, a França, o Canadá, os Estados Unidos e o Japão. Na ocasião, foram discutidas e analisadas questões relativas à administração da força de trabalho em termos do desenvolvimento de carreiras, da capacitação de pessoal, da gestão por competência e da avaliação de desempenho, bem como avaliou aspectos relativos ao sistema de pagamento de pessoal, relacionamento das áreas de recursos humanos no sistema federativo de governo e legislações pertinentes e, ainda, o sistema previdenciário dos servidores públicos federais.

Abordou o estudo da OCDE a questão do envelhecimento da força de trabalho no serviço público brasileiro, no qual atualmente cerca de 40% dessa força encontra-se numa faixa etária superior a 50 anos, tendo apontado para a necessidade de, a longo prazo, o setor público responder às demandas por mudanças de uma sociedade em envelhecimento e a necessidade do adequado gerenciamento da força de trabalho que está a sair do serviço público.

Segundo a OCDE, o Brasil precisa acelerar o programa de capacitação de servidores e promover melhorias no planejamento das carreiras, pois tem, no momento, uma oportunidade única de, em face do expressivo número de aposentadorias a serem concedidas nos anos vindouros, ajustar o tamanho e alocar a força de trabalho em função das prioridades setoriais, por meio de um efetivo planejamento a longo prazo.

Dentre os países membros da OCDE, informa o relatório que poucos lograram traçar estratégias para tirar vantagem das oportunidades criadas por um funcionalismo público em envelhecimento. Referidas estratégias incluem os desafios de manter a capacidade e a qualidade no serviço público e, ao mesmo tempo, reduzir custos e realocar pessoal em áreas prioritárias, num grande exercício de adaptação dos serviços públicos à sociedade em envelhecimento.

Atualmente, mais da metade dos países-membros da OCDE têm regimes especiais para servidores públicos – mais generosos que os regimes de trabalhadores do setor privado, o que coloca em risco suas viabilidades financeiras, caso esses regimes não se tornem mais contributivos e sustentáveis.

O relatório da OCDE destacou, então, alguns dos métodos utilizados por seus países-membros com vistas à reforma de seus respectivos regimes: a) revisão das fórmulas de cálculo dos valores da aposentadoria – os períodos de contribuição tiveram que ser ampliados para 40 anos na grande maioria

dos países-membros da OCDE; b) aumento da idade para aposentadoria – igualdade na idade de homens e mulheres; c) limitação de aposentadoria antecipada – maior rigor na concessão de aposentadorias por invalidez ou doença; d) incentivo ao adiamento da aposentadoria – manutenção de servidores mais velhos, por meio da concessão de bônus; e) desenvolvimento de regimes de capitalização e contribuição de servidores públicos para seus regimes de aposentadoria – desenvolvimento de regimes profissionais ou planos de previdência complementar.

As sugestões apresentadas pela OCDE para soluções no caso brasileiro coincidem, quase que totalmente, com aquelas adotadas por seus países-membros.

E muito embora não tendo adotado, até o momento, as sugestões propostas pela OCDE, vê-se que as soluções encontradas pelo sistema brasileiro têm seguido a tendência mundial, diante a necessidade premente de que seja aplicado o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial.

6. CONCLUSÕES

Temos à frente a necessidade de enfrentar enorme desafio, o de enfrentar o binômio proteção social dos servidores públicos x equilíbrio financeiro atuarial, de forma a compatibilizar a previdência social do servidor público com a nova realidade social e econômica.

A antiga concepção de que os benefícios de aposentadoria e pensão eram prêmios àqueles que durante muito tempo dedicaram sua força de trabalho ao Estado, deu lugar à demanda de construção de um sistema de caráter contributivo, solidário e sustentável, levando à necessidade de que os servidores públicos que ingressarem na Administração Pública já integrem um sistema equilibrado nos seus aspectos financeiro e atuarial, e preocupado com as futuras gerações de servidores públicos.

Destaque-se, neste ponto, a necessidade de que seja invocada a justiça intergeracional, que consiste na busca de instrumentos de preservação de bem-estar para todas as gerações, sem gerar prejuízo a nenhuma delas.¹³⁴ Isso porque, ao internalizarmos novos modelos de previdência para o servidor

134 Sobre o tema, cf. IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo*. Niterói: Impetus, 2011, pg. 48-54.

público, a discussão sobre o papel social da previdência deverá ser agenda permanente.

A modernização de nosso atual sistema previdenciário deverá, necessariamente, observar aspectos como o fato de que as mulheres vivem cada vez mais, e que o fluxo de aposentadorias femininas está aumentando, reflexo de sua crescente participação no mercado de trabalho.

Nesse contexto, reconheça-se que, ao se manter a diferença de requisitos de idade e de tempo de contribuição entre homens e mulheres para fins de elegibilidade da aposentadoria, teremos que nos dar conta de que o modelo afetará o sistema em seus aspectos financeiro e atuarial, em contexto onde as mulheres vivem mais e se aposentam muito mais cedo.

Por outro lado, ao igualar os requisitos para homens e mulheres para fins de concessão de aposentadoria, é preciso assegurar a isonomia de homens e mulheres em todos os aspectos da carreira funcional, desde as formas de ingresso, passando pelas progressões e promoções, até o momento da aposentação.

Por determinação constitucional, a instituição do regime complementar de previdência para os servidores públicos tem o intuito de aproximar o regime próprio do regime de previdência do trabalhador privado trazendo, ao mesmo tempo, maior equilíbrio entre os dois sistemas, possibilitando até mesmo um maior incentivo à mobilidade entre os dois sistemas previdenciários.

No tocante ao regime próprio de previdência, a OCDE destacou, em estudo supramencionado, que um serviço público em envelhecimento não é apenas um desafio, mas também uma boa oportunidade para reestruturar a força de trabalho.

Ressaltou, então, a importância do estabelecimento de *core values* na elaboração de políticas governamentais. Valores centrais para os países de língua espanhola, essenciais para os de língua portuguesa. De menor importância a tradução que se propõe, mas de suma valia, a ideia de que valores essenciais deverão ser estabelecidos, a partir dos quais quaisquer políticas de gestão pública e de gestão de pessoas deverão ser erigidas, incluindo aquelas relativas aos sistemas de previdência do servidor público.

E na seara da previdência, reforçar valores essenciais tais como a proteção social, a solidariedade, a justiça geracional, ademais daqueles referentes à responsabilidade financeira e à *accountability*, significará a possibilidade de amadurecer questões importantes e avançar rumo ao desempenho e à eficiência, gerando um sistema socialmente responsável, equilibrado e sustentável financeiramente.

A previdência do servidor público adentra agora novo *momentum*, com o advento da Lei nº 12.618, de 2012, que trouxe a instituição do regime de previdência complementar para os servidores públicos e a criação da Funpresp.

Como visto, as alterações promovidas não se encontram apartadas da realidade social, econômica e financeira do país, ou mesmo divergentes das soluções que vêm sendo adotadas em outros países.

O que se quer é viabilizar uma nova configuração dos dispêndios e obrigações futuras da União para com seus servidores, e permitir a construção de um modelo de previdência sustentável e comprometido com os direitos sociais, mesmo que, para isso, seja necessário abandonar velhas crenças e quebrar paradigmas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Meiriane Nunes. *Terceira Reforma da Previdência: até quando esperar?*. Textos para Discussão 84. Fevereiro/2011. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2011.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos*. 2a. Ed., 3a. Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

CHAN, Betty Lillian; SILVA, Fabiana Lopes da; MARTINS, Gilberto de Andrade. *Fundamentos da Previdência Complementar*. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRARO, Suzani Andrade. *O equilíbrio financeiro e atuarial nos regimes de previdência social: RGPS, RPPS, RPP*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FELIPE, J. Franklin Alves. *O servidor público e seu regime próprio de previdência*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GIAMBIAGI, Fábio e TAFNER, Paulo. *Demografia, a ameaça invisível. O dilema previdenciário que o Brasil se recusa a encarar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 16a. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. *A previdência social no estado contemporâneo*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

- GUERZONI FILHO, Gilberto. *Observações sobre o Projeto de Lei n. 1992, de 2007: o Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos da União. Textos para Discussão 106*. Novembro/2011. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2011.
- KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de Direito Previdenciário*. 7a. Ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- MEDAUAR, ODETE. *Direito Administrativo Moderno*. 16a. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MENEGUIN, Fernando B. *Previdência Complementar dos Servidores Públicos. Textos para Discussão 88*, março/2011, Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2011.
- OECD. *OECD Reviews of Human Resource Management in the Federal Government of Brazil*. Paris:OECD, 2010.
- PORTO, Valéria. *A previdência social do servidor público: da concessão de aposentadorias e da instituição de pensões estatutárias*. Texto publicado no site Consultor Jurídico (www.conjur.com.br), em 21 de fevereiro de 2011.
- PULINO, Daniel. *Previdência Complementar. Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011.

ISBN 978-85-64478-11-4



Inovação na
GESTÃO PÚBLICA
Cooperação Brasil-Espanha



Ministério do
Planejamento

