



# **Gestão Pública e Desenvolvimento: Desafios e Perspectivas**

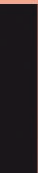
---



Volume 6

**Diálogos para o  
Desenvolvimento**

Organizadores  
José Celso Cardoso Jr.  
Roberto Rocha C. Pires





# **Gestão Pública e Desenvolvimento: Desafios e Perspectivas**

---



**Volume 6**

**Diálogos para o  
Desenvolvimento**

Organizadores  
José Celso Cardoso Jr.  
Roberto Rocha C. Pires

## **Governo Federal**

### **Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República**

**Ministro** Wellington Moreira Franco



Fundação pública vinculada à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, o Ipea fornece suporte técnico e institucional às ações governamentais – possibilitando a formulação de inúmeras políticas públicas e programas de desenvolvimento brasileiro – e disponibiliza, para a sociedade, pesquisas e estudos realizados por seus técnicos.

#### **Presidente**

Marcio Pochmann

#### **Diretor de Desenvolvimento Institucional**

Fernando Ferreira

#### **Diretor de Estudos e Relações Econômicas e Políticas Internacionais**

Mário Lisboa Theodoro

#### **Diretor de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia**

José Celso Pereira Cardoso Júnior

#### **Diretor de Estudos e Políticas Macroeconômicas**

João Sicsú

#### **Diretora de Estudos e Políticas Regionais, Urbanas e Ambientais**

Liana Maria da Frota Carleial

#### **Diretor de Estudos e Políticas Setoriais, de Inovação, Regulação e Infraestrutura**

Márcio Wohlers de Almeida

#### **Diretor de Estudos e Políticas Sociais**

Jorge Abrahão de Castro

#### **Chefe de Gabinete**

Persio Marco Antonio Davison

#### **Assessor-chefe de Imprensa e Comunicação**

Daniel Castro

URL: <http://www.ipea.gov.br>

Ouvidoria: <http://www.ipea.gov.br/ouvidoria>



# **Gestão Pública e Desenvolvimento: Desafios e Perspectivas**

---



ipea

Volume 6

**Diálogos para o  
Desenvolvimento**

Brasília, 2011

Organizadores  
José Celso Cardoso Jr.  
Roberto Rocha C. Pires

**Projeto**

Perspectivas do Desenvolvimento Brasileiro  
Série Diálogos para o Desenvolvimento

**Volume 6**

Gestão Pública e Desenvolvimento:  
Desafios e Perspectivas

**Organizadores**

José Celso Cardoso Jr.  
Roberto Rocha C. Pires

**Equipe Técnica**

José Celso Cardoso Jr.  
José Carlos dos Santos  
Bernardo Abreu de Medeiros  
Fábio de Sá e Silva  
Felix Garcia Lopez  
Joana Luiza Oliveira Alencar  
Roberto Rocha C. Pires

---

Gestão pública e desenvolvimento / Organizadores: José Celso Cardoso Jr ;  
Roberto Rocha C. Pires. - Brasília : Ipea, 2011.  
v. 6 (314 p.) : il., gráfs., tabs. - (Diálogos para o desenvolvimento)

Inclui bibliografia.  
Projeto Perspectivas do Desenvolvimento Brasileiro.  
ISBN 978-85-7811-098-7

1. Desenvolvimento Econômico. 2. Gestão Pública. 3. Reforma do  
Estado. 4. Brasil. I. Cardoso Júnior, José Celso. II. Pires, Roberto Rocha C.  
III. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. IV. Série.

CDD 338.981

---

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada ou da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO ..... 7

INTRODUÇÃO ..... 9

### **PARTE I: OS CICLOS DE DEBATES *DIREITO E GESTÃO PÚBLICA*: BALANÇO E PROPOSTAS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A REFORMA DO ESTADO**

CAPÍTULO 1 CICLOS DE DEBATES *DIREITO E GESTÃO PÚBLICA*: OS LIMITES DA AUTONOMIA E DO CONTROLE DO PODER EXECUTIVO EM DEBATE  
Valéria Alpino Bigonha Salgado  
Ciro Campos Christo Fernandes ..... 19

CAPÍTULO 2 LEGALIDADE E LEGITIMIDADE NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988: O PAPEL DO CIDADÃO  
Antonio Carlos Alpino Bigonha  
Luiz Moreira Gomes Junior ..... 33

CAPÍTULO 3 PARTICIPAÇÃO SOCIAL EM ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS  
Alexandre Kalil Pires ..... 57

CAPÍTULO 4 O DEBATE SOBRE A PROPOSTA DE LEI ORGÂNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA SÍNTESE DAS APRESENTAÇÕES EM CINCO RODADAS DE DEBATES *DIREITO E GESTÃO PÚBLICA*  
Camila Romero Lameirão ..... 67

### **PARTE II: PARA AMPLIAR O DEBATE: CONTRIBUIÇÕES DO SEMINÁRIO *DEMOCRACIA, DIREITO E GESTÃO PÚBLICA***

CAPÍTULO 5 UMA PROPOSTA DE HARMONIZAÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE OS PODERES POR MEIO DA COMPREENSÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DO PLANEJAMENTO, DO ATIVISMO JUDICIAL, DO ATO E PROCESSO ADMINISTRATIVO  
Juliano Ribeiro Santos Veloso ..... 105

CAPÍTULO 6 O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NACIONAL E UM JUDICIÁRIO INTERVENCIONISTA  
Luís de Freitas Júnior ..... 127

CAPÍTULO 7 A ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO STF E OS LIMITES DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
João Pereira de Andrade Filho ..... 145

CAPÍTULO 8 ORÇAMENTO PÚBLICO E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES: EM QUE PESA A SUPREMACIA DO PODER EXECUTIVO NA PREVISÃO, ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DA RECEITA PÚBLICA? Márcio Rodrigo de Araújo Souza .....	159
CAPÍTULO 9 A ORDENAÇÃO DOS CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO SUPERIORES (DAS) COMO ESTRATÉGIA PARA O FORTALECIMENTO INSTITUCIONAL E DECISÓRIO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA Camila Romero Lameirão .....	175
CAPÍTULO 10 BUROCRACIA, DISCRICIONARIEDADE E DEMOCRACIA: ALTERNATIVAS PARA O DILEMA ENTRE CONTROLE DO PODER ADMINISTRATIVO E CAPACIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO Roberto Rocha C. Pires .....	197
CAPÍTULO 11 AUDITORIA OPERACIONAL DO TCU E EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: NATUREZA DO CONTROLE E REPERCUSSÕES PARA A ADMINISTRAÇÃO Caio Castelliano de Vasconcelos .....	215

### **PARTE III: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS À GESTÃO PÚBLICA NO BRASIL**

CAPÍTULO 12 ATIVISMO, DELEGAÇÃO OU ESTRATÉGIA? A RELAÇÃO INTERPODERES E A JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL Bernardo Abreu de Medeiros .....	231
CAPÍTULO 13 DILEMAS ENTRE CONTROLE E AUTONOMIA DE GESTÃO: ALTERNATIVAS E POSSIBILIDADES DE SUPERAÇÃO Roberto Rocha C. Pires José Celso Cardoso Jr. ....	243
CAPÍTULO 14 É O CONTROLE SOCIAL UMA ALTERNATIVA CRÍVEL PARA CONTROLAR A BUROCRACIA? Felix Garcia Lopez Joana Luíza Oliveira Alencar .....	257
ANEXOS .....	265
NOTAS BIOGRÁFICAS .....	309

## APRESENTAÇÃO

Nos últimos anos, o Ipea assumiu um importante desafio: ajudar o país a formular estratégias abrangentes de desenvolvimento, resultantes do diálogo entre atores governamentais e sociais. Para tanto, o instituto tem lançado mão de diversas formas de parceria e articulação, tanto para produção quanto para discussão e disseminação de conhecimento em prol do desenvolvimento nacional. A atual retomada da discussão sobre desenvolvimento em um ambiente de democracia exige do Estado e da sociedade brasileiros atenção especial para inclusão, no debate, dos diversos interesses e atores que os compõem, para intensificação e aprofundamento do diálogo entre diferentes saberes, disciplinas e experiências, e para construção de uma perspectiva ampliada sobre os desafios e as possíveis alternativas para sua superação.

E foi nesse contexto que se deu a aproximação institucional entre o Ipea e a Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Pesquisadores do instituto acompanharam e participaram das diversas rodadas do ciclo de debates Direito e Gestão Pública e dos seminários Democracia, Direito e Gestão Pública, promovidos por iniciativa da secretaria ao longo de 2009 e 2010. Estes eventos, verdadeiros fóruns dedicados a enfrentar as questões colocadas pela atual crise da gestão pública – desde as dificuldades para o fortalecimento institucional dos órgãos encarregados de implementar as políticas nacionais até as tensões nas relações entre os três poderes –, estimularam vasto e rico debate e o fomento de soluções possíveis e adequadas ao momento histórico do país. Neste volume, são registrados, sintetizados e analisados os principais momentos deste processo, seus pontos de consenso e dissenso, assim como as perspectivas para seu avanço e necessárias reformas.

Dessa forma, com o objetivo de cumprir sua missão institucional de produzir, articular e disseminar conhecimento para o desenvolvimento brasileiro, o Ipea coloca agora à disposição dos leitores o resultado de um longo processo de debate entre diversos atores governamentais e não governamentais acerca dos temas da gestão pública e da democracia no Brasil. Espera-se, com isso, oferecer ao público em geral acesso a uma maior variedade de visões sobre o tema, assim como estimular a reflexão crítica sobre os desafios e dilemas para o aperfeiçoamento da administração pública nacional.

Boa leitura e reflexão a todos!

Marcio Pochmann

Presidente do Ipea

José Celso Cardoso Jr.

Diretor de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia  
do Ipea e coordenador do Projeto Perspectivas do Desenvolvimento Brasileiro  
(2008/2010)





## INTRODUÇÃO

A série *Diálogos para o Desenvolvimento* nasceu da necessidade de trazer à discussão a temática do planejamento governamental como estratégia fundamental para desenvolver o país. Desenvolvimento, como já se sabe, vai além de crescimento econômico e inclui necessariamente aspectos outros que possam garantir a compatibilização entre segurança social e prosperidade material. *Diálogos para o Desenvolvimento*, portanto, nomeia publicações de uma série do Ipea, iniciada em 2009, com a transcrição e edição de palestras proferidas no âmbito de um ciclo de seminários organizado para pensar grandes temas e desafios ao desenvolvimento brasileiro.

O volume 6, que ora se introduz, dá continuidade à série, registrando debates e reflexões acerca dos *dilemas e desafios para a gestão pública brasileira no Estado democrático de direito*. Em conjunto com os volumes anteriores, e também em sintonia com volumes vindouros – em finalização ou ainda em elaboração –, busca-se constituir entendimento amplo e qualificado acerca das temáticas da retomada do desenvolvimento/desenvolvimentismo como ideias-força da nação (volumes 2 e 3 da série), do planejamento governamental e da burocracia pública (volumes 4 e 5), da gestão e dos mecanismos de controle do Estado e de participação da sociedade em diferentes estágios das políticas públicas brasileiras (este volume 6 e os futuros volumes 7 e 8).

No agregado, busca-se instaurar, dessa maneira, a partir da nova diretoria do Ipea destinada às atividades de pesquisa e assessoramento governamental nos campos de estudo do Estado, das Instituições e da democracia (Diest/Ipea), uma dinâmica de investigação mais sistemática e organizada em torno destes temas – notadamente planejamento, gestão, controle e participação –, com vistas tanto a subsidiar processos concretos de tomada de decisões estratégicas no âmbito do Estado, como de mais bem qualificar o trabalho de assessoria técnica praticada pelo instituto, sobretudo nestas matérias.

Assim é que este volume encontra-se dividido em três partes. A Parte I, intitulada *Os Ciclos de Debates Direito e Gestão Pública: balanço e propostas para a administração pública e a reforma do Estado*, destaca o contexto e o processo conduzido pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Seges/MPOG) para estruturar uma agenda de discussões e reflexões em torno dos desafios que se colocam para o fortalecimento da gestão pública no Brasil. Além de incluir um registro histórico do processo, esta parte do livro também apresenta algumas das propostas esboçadas pela secretaria e seus parceiros para superar as atuais limitações impostas à atuação e ao fortalecimento dos órgãos da administração pública federal brasileira.

O capítulo 1, *Ciclos de Debates Direito e Gestão Pública: os limites da autonomia e do controle do Poder Executivo em debate*, de autoria de Valéria Alpino Bigonha Salgado e Ciro Campos Christo Fernandes, respectivamente gerente de projeto e diretor do Departamento de Articulação Institucional da Seges/MPOG, faz um balanço das iniciativas implementadas pela secretaria relativas à promoção do debate e à elaboração de propostas de revisão do arcabouço jurídico-legal de organização da administração federal brasileira. A par de argumentar pela necessidade de atualização das formas jurídico-legais de organização da administração pública, discutem-se ali brevemente as ideias desenvolvidas sobre as fundações estatais e sobre a proposta de lei orgânica da administração pública federal – além de registrar o processo de condução do Ciclo de Debates Direito e Gestão Pública.

O capítulo 2, *Legalidade e Legitimidade na Ordem Constitucional de 1988: o papel do cidadão*, foi desenvolvido por Antonio Carlos Alpino Bigonha, presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), e Luiz Moreira, conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público. O capítulo 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 constitucionalidade. 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 por um princípio constitucional que substituiu os eleitores e o Parlamento pelos intérpretes estatais da Constituição da República – o Supremo Tribunal Federal (STF). Segundo os autores, este sistema restringe as possibilidades de o cidadão avançar na construção e inovação do Direito, o qual passou a ficar adstrito à consciência jurídica da cúpula do Poder Judiciário, com o propósito aparente de interditar a soberania popular, gerando grave prejuízo à cidadania.

O capítulo 3, *Participação Social em Organizações Públicas*, escrito por Alexandre Kalil Pires, da Diretoria de Articulação e Inovação Institucional da Seges/MPOG, traz à tona a possível contribuição que a intensificação dos mecanismos de participação e controle social pode oferecer para a superação dos atuais dilemas e limitações da gestão pública no contexto democrático. O capítulo discute a possibilidade de se estruturarem instâncias consultivas e deliberativas nas organizações executoras de políticas públicas. A aproximação da sociedade civil com a execução de políticas públicas visa construir um modelo de governança institucional que aprimore e legitime a direção das organizações executoras. Para tanto, coloca em pauta questões relativas à conformação desta participação e sua representatividade na governança naquelas unidades de execução.

Propõe-se um ambiente consultivo, no qual as diversas partes interessadas nos resultados da organização se manifestariam, e um conselho deliberativo, de administração, ou análogo, no qual representantes dos conselhos consultivos teriam assento.

O capítulo 4, *O Debate sobre a Proposta de Lei Orgânica da Administração Pública: uma síntese das apresentações em cinco rodadas de debates Direito e Gestão Pública*, elaborado por Camila Lameirão, doutoranda em ciência política pela Universidade Federal Fluminense (UFF), registra uma síntese crítica dos debates travados ao longo do ciclo de debates Direito e Gestão Pública. Por meio da sistematização do material transcrito dos debates realizados em diversas cidades do país, a autora identifica as principais questões discutidas em cada evento, assim como os consensos e dissensos construídos. Dessa forma, o capítulo retoma alguns dos temas apresentados nos capítulos anteriores e proporciona um verdadeiro mergulho nas discussões realizadas ao longo de 2009 e 2010, servindo tanto como memória do processo quanto como oportunidade de atualização para os ausentes nos debates. Para além do registro e sistematização das discussões, o capítulo também oferece uma avaliação sobre os principais pontos positivos e avanços, assim como aponta as limitações e aperfeiçoamentos a serem enfrentados na continuidade dos ciclos de debate sobre o tema.

A Parte II, *Para Ampliar o Debate: contribuições do seminário Democracia, Direito e Gestão Pública*, compõe-se de contribuições de diversos autores com atuação nas áreas da gestão pública, da pesquisa e também da operação do direito no setor público. Estes capítulos foram selecionados a partir de um conjunto de trabalhos apresentados no II Seminário Democracia, Direito e Gestão Pública, realizado nos dias 19 e 20 de agosto de 2010, em Brasília. A seleção priorizou a qualidade dos trabalhos, tanto do ponto de vista analítico e metodológico quanto da sua adequação ao debate sobre a relação entre os poderes da República e aos temas da autonomia e do controle do Poder Executivo. Assim, os capítulos desta parte complementam e expandem o temário apresentado na parte anterior por meio das contribuições de autores com variadas formações e atuações profissionais.

O capítulo 5, *Uma Proposta de Harmonização dos Conflitos entre os Poderes por meio da Compreensão do Instituto Jurídico do Planejamento, do Ativismo Judicial, do Ato e Processo Administrativo*, foi escrito por Juliano Ribeiro Santos Veloso, procurador federal da Advocacia-Geral da União (AGU). No capítulo, o autor oferece uma articulação ousada entre temas aparentemente tão distintos como ativismo judicial, planejamento e controle social em um novo marco jurídico gerencial democrático. Segundo ele, muitas políticas públicas deixam de ser efetivadas em função de obstáculos, ou pseudo-obstáculos legais, e é possível afirmar

que muitos destes conflitos partem da falta de compreensão acerca de institutos jurídicos que influenciam diretamente o êxito das políticas públicas. Por meio da caracterização do fenômeno do ativismo judicial, demonstra-se ali a necessidade de compreensão de institutos jurídicos gerenciais, como o instituto do planejamento, como forma/condição de efetividade das políticas públicas ou, pelo menos, de fator não limitador, que permitiria uma visão realista ao longo do tempo também para o Judiciário – servindo, inclusive, como defesa ao Poder Executivo. Assim, sugere o autor a necessidade de releitura do direito administrativo constitucional e a explicitação de institutos jurídicos gerenciais básicos, permitindo uma melhor compreensão deste fenômeno por todos e, assim, a concretização de direitos por meio do êxito das políticas públicas e superação da pecha do Direito como obstáculo.

O capítulo 6, assinado por Luís de Freitas Júnior, procurador federal e professor de Direito Administrativo no Rio Grande do Norte, tem como título *O Desenvolvimento Econômico Nacional e um Judiciário Intervencionista*. O capítulo discute o tema do ativismo judicial à luz das implicações deste fenômeno sobre a atividade econômica. De acordo com o autor, a hiperatividade do Judiciário em adequar a legislação aos princípios constitucionais e fazer justiça social é inadequada no contexto de fortalecimento de um mercado eficiente e apto a incentivar o desenvolvimento econômico. Para produzir um ambiente jurídico seguro para a circulação de riquezas, argumenta o autor, o Judiciário não poderá imiscuir-se na função legislativa e suplantando o produto de um procedimento democrático. Deve-se, portanto, limitar a atividade interpretativa do juiz, a fim de que seu subjetivismo não comprometa a segurança jurídica, a qual seria alcançada pelo aumento de previsibilidade no emprego do ordenamento.

*A Ilegitimidade Constitucional da Súmula Vinculante nº 13 do STF e os Limites de Atuação da Administração Pública* é o título do capítulo 7, elaborado por João Pereira de Andrade Filho, advogado da União na Consultoria Jurídica do MPOG. Ali se dá continuidade à reflexão sobre a temática do ativismo judicial por meio do estudo do conteúdo jurídico da Súmula Vinculante nº 13 do STF. A referida súmula dispõe sobre a vedação à prática do nepotismo, e o autor analisa as repercussões desta sobre a liberdade de atuação da administração pública direta e indireta. A abordagem leva em consideração o conceito de nepotismo adotado pelo STF no intuito de apontar de que maneira esta modalidade de controle jurisdicional poderia macular o dogma constitucional da separação harmônica entre os poderes. O argumento desenvolvido baseia-se na premissa da impossibilidade de o STF editar súmulas de conteúdo abstrato e genérico a pretexto de preencher vácuos legislativos na regulamentação de princípios constitucionais. Assim, segundo o autor, o STF teria agido de maneira ilegítima ao editar o enunciado nº 13, o qual não seria o instrumento (instituto) adequado para tratar de matéria (vedação ao nepotismo) envolta em tantas peculiaridades e minúcias.

Na sequência, o capítulo 8, *Orçamento Público e Independência dos Poderes: em que pesa a supremacia do Poder Executivo na previsão, arrecadação e distribuição da receita pública?*, tem como autor Márcio Rodrigo de Araújo Souza, auditor governamental na Controladoria-Geral do Estado do Piauí. Este também traz reflexões importantes sobre a relação entre os três poderes no Brasil. Porém, desloca o foco do ativismo judicial para a preponderância do Poder Executivo no controle da previsão e distribuição da receita pública. Em contraposição à literatura, que tende a enfatizar que as medidas adotadas pela Constituição de 1988 teriam pecado pelo excesso de rigidez e formalismo ao reduzir a discricionariedade e capacidade de ação do Poder Executivo, o capítulo aponta que este ainda tem bastante autonomia nas decisões sobre a repartição da receita pública entre os poderes, por meio do cálculo do duodécimo. Extrapola-se ali a descrição do problema, ao se apresentar proposta de modelo equitativo de cálculo do duodécimo, segundo a qual busca-se respeitar as competências e responsabilidades dos poderes na execução dos seus respectivos orçamentos – mas também distribuir entre eles, de forma justa, possíveis frustrações ou excessos de arrecadação.

Com o capítulo 9, a discussão até então centrada na relação entre os poderes da União passa a enfocar os temas da autonomia e controle no âmbito do próprio Executivo federal. Sob o título *A Ordenação dos Cargos de Direção e Assessoramento Superiores (DAS) como Estratégia para o Fortalecimento Institucional e Decisório do Presidente da República*, Camila Lameirão analisa os movimentos de concentração e desconcentração na Presidência da República do poder decisório de nomeação dos cargos de Direção e Assessoramento Superiores (DAS). O capítulo descreve a evolução do quantitativo dos cargos de DAS na última década e aborda os atores, procedimentos e instrumentos decisórios pelos quais as mudanças na regulação destes cargos vêm sendo efetuadas no Brasil. A análise assinala que o controle sobre o ordenamento dos cargos de DAS da administração pública federal tem sido mantido pelos presidentes e, conseqüentemente, o Poder Legislativo tem se mantido afastado da competência de legislar sobre questões relativas aos cargos de confiança. No entanto, no interior do Executivo, o capítulo mostra como diversas mudanças implementadas nas regras de provimento e de composição dos cargos, desde a sua criação em 1967, envolveram movimentos tanto de maior desconcentração de poder, com delegação do poder de nomeação para os ministérios, como de maior concentração de poder na própria Presidência da República.

E, ainda circunscrito ao tema da autonomia e do controle no âmbito do próprio Poder Executivo, o capítulo 10, intitulado *Burocracia, Discricionariedade e Democracia: alternativas para o dilema entre controle do poder administrativo e capacidade de implementação*, foi elaborado por Roberto Pires, técnico de planejamento e pesquisa do Ipea. O texto enfoca como diferentes modelos de gestão organizacional – modelo gerencialista e modelo experimentalista – podem ampliar ou restringir a discricionariedade de servidores públicos na implementação

de políticas e projetos. Com base em pesquisas sobre a atuação da inspeção do trabalho e dos auditores-fiscais do trabalho, o estudo demonstra que diferentes estratégias adotadas por gestores para controlar a discricionariedade e o desempenho de funcionários de linha de frente têm implicações importantes para explicar por que burocratas se comportam em algumas situações de forma mais conducente ao aprendizado e à inovação. A análise desenvolvida indica que determinadas características de modelos de gestão, assim como as formas por meio das quais “estes organizam o trabalho na linha de frente, afetam o grau de relevância atribuído pelos servidores públicos a questões a que buscam se dedicar no desenvolvimento de soluções efetivas para a superação de obstáculos ao cumprimento da lei”.

Fecha a Parte II o capítulo 11, *Auditoria Operacional do TCU e Efetividade das Políticas Públicas: natureza do controle e repercussões para a administração*, desenvolvido por Caio Castelliano de Vasconcelos, advogado da União e coordenador-geral jurídico substituto de Assuntos Orçamentários e Econômicos do MPOG. O capítulo retoma a discussão das relações entre poderes, mas agora direcionado para as interações entre Executivo e Legislativo. O controle externo exercido pelo Congresso e seu Tribunal de Contas da União (TCU) tem se caracterizado em anos recentes como tema bastante controvertido e polêmico. Por um lado, o referido órgão de controle é frequentemente acusado de ultrapassar suas competências legais e interferir na gestão de políticas públicas, por meio de determinações e ordens de paralisações. Por outro, os órgãos de gestão são não raro acusados de serem ineficientes e de não seguirem corretamente os preceitos legais. Com vistas a explorar as possibilidades de equilíbrio entre as funções de gestão e controle, analisa-se uma modalidade inovadora de atuação do TCU, as chamadas auditorias operacionais, e exploram-se as potencialidades desta modalidade para fiscalizar e ao mesmo tempo contribuir para o aprimoramento das políticas e ações do Executivo. A par da discussão conceitual sobre a natureza do controle externo conduzido por meio das auditorias operacionais, o capítulo também desenvolve uma breve análise sobre a auditoria operacional realizada nos hospitais universitários, apontando as possibilidades e limites para uma relação mais construtiva entre o Executivo e o TCU.

A Parte III do volume, *Desafios Contemporâneos à Gestão Pública no Brasil*, é composta por capítulos elaborados pela equipe de Técnicos de Planejamento e Pesquisa da Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (Diest), do Ipea. A equipe desenvolveu o trabalho de acompanhamento dos debates e seminários sobre Direito e Gestão Pública ao longo de 2009 e 2010. Dessa forma, os capítulos constituem ensaios com reações e análises da equipe em relação ao processo e temas tratados no debate. Por este motivo, tais ensaios foram desenvolvidos em torno dos três eixos temáticos que orientaram todos os debates

e eventos organizados pela Seges/MPOG, quais sejam: *i)* o ativismo judicial; *ii)* os limites da autonomia e do controle do Executivo; e *iii)* o controle social sobre as ações do Estado. Cada um dos capítulos tem como objetivos apontar as principais questões e posições no debate, e apresentar perspectivas analíticas que permitam a visualização de alternativas para a superação dos dilemas e desafios para a reforma da administração pública e do Estado brasileiro. Assim, estes capítulos complementam aqueles que integram as partes anteriores, dedicados à exposição e análise dos problemas gerais e específicos que afetam a gestão pública nos dias de hoje, com a síntese dos debates e proposições de agendas para pesquisa e reflexão acerca de reformas necessárias.

Destarte, o capítulo 12, *Ativismo, Delegação ou Estratégia? A relação interpoderes e a judicialização no Brasil*, escrito por Bernardo Medeiros, aborda o primeiro eixo temático e procura questionar o retrato recorrente feito do ativismo judicial. O fenômeno é comumente apresentado como sinônimo de judicialização da política e descrito como uma onda progressista de atuação do Poder Judiciário em nome da efetivação de direitos fundamentais, que seria em princípio virtuosa, desde que não caísse em excessos. O texto destaca as diversas feições que o fenômeno do ativismo pode tomar, muitas vezes distintas do retrato tradicional, e busca apontar caminhos para aprofundamento do debate.

No capítulo 13, *Dilemas entre Controle e Autonomia de Gestão: alternativas e possibilidades de superação*, José Celso Cardoso Jr. e Roberto Pires exploram as bases do dilema democrático entre o controle da atuação do Estado e a expansão da sua capacidade de ação, explorando possibilidades e alternativas de superação. Os autores descrevem os anos 2000 no Brasil como uma encruzilhada entre a retomada de um padrão desenvolvimentista de atuação do Estado e o fortalecimento substancial dos mecanismos de controle sobre sua atuação. A caracterização deste cenário permite uma melhor compreensão das tensões e *fricções* que caracterizam a relação entre controle e gestão. O capítulo não só provê uma compreensão ampliada do problema, mas também oferece alternativas possíveis para a superação destas tensões. São descritas agendas de pesquisa tanto no que tange ao papel de articulação e coordenação entre gestão e controle que o planejamento governamental poderia vir a assumir, quanto no que diz respeito a novas modalidades de controle, com a ênfase preventiva e capacitadora que vem sendo empregada pelos órgãos de fiscalização.

Por fim, o capítulo 14, *É o Controle Social uma Alternativa Crível para Controlar a Burocracia?*, desenvolvido por Felix Lopez e Joana Alencar, aborda o terceiro eixo temático e tece considerações sobre a viabilidade de substituir controles burocrático-administrativos e judiciais por mecanismos de controle social da administração pública. O argumento sublinha que o baixo nível de engajamento dos atores sociais na fiscalização do poder público, a despeito do leque de prerrogativas institucionais e legais para tal, é um obstáculo relevante



a se considerar no debate, e torna pouco críveis os argumentos que recorrem aos mecanismos de controle social como panaceia para resolver as amarras que os controles burocráticos hoje exercem sobre a gestão pública. A partir deste argumento, o texto indica a necessidade de fomentar instrumentos de cooperação entre as agências de controle burocrático-administrativo e os gestores, *pari passu* às políticas que visem estimular e fortalecer a efetividade dos mecanismos de controle social.

Enfim, certos de que os temas retratados neste livro são de extrema atualidade e complexidade, espera-se que a sistematização dos debates e das diversificadas contribuições e perspectivas aqui contida instigue o aprofundamento da reflexão sobre os temas da organização do Estado e sua gestão, no contexto de consolidação democrática e aceleração do desenvolvimento, contribuindo assim para a qualidade do debate nacional e das propostas de reforma dele derivadas.


Os Organizadores

José Celso Cardoso Jr.  
Roberto Rocha C. Pires



# **PARTE I**

**OS CICLOS DE DEBATES  
*DIREITO E GESTÃO PÚBLICA:*  
BALANÇO E PROPOSTAS PARA  
A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E  
A REFORMA DO ESTADO**





## **CICLOS DE DEBATES *DIREITO E GESTÃO PÚBLICA*: OS LIMITES DA AUTONOMIA E DO CONTROLE DO PODER EXECUTIVO EM DEBATE**

Valéria Alpino Bigonha Salgado\*  
Ciro Campos Christo Fernandes\*\*

### **1 INTRODUÇÃO**

Este capítulo apresenta um balanço preliminar de projetos e iniciativas recentes para a proposta de revisão do arcabouço jurídico-legal de organização da administração federal brasileira e, particularmente, para o desenho de formatos adequados às atividades de natureza social. Estas iniciativas, ainda em andamento, exigem um difícil processo de diálogo e aproximação entre comunidades epistêmicas e suas respectivas visões, conceitos, instrumentos e formas de atuação. Internamente à administração pública, a disputa entre tais visões corporificadas em órgãos e suas jurisdições de atuação tem assumido a forma de uma tensão entre as áreas de controle e gestão. Na sua origem, esta tensão remete às discussões atinentes às relações entre política e técnica, à discricionariedade dos burocratas, ao equilíbrio entre os poderes e ao espaço possível e desejável de participação da sociedade na gestão pública. A formulação de projetos que buscam soluções de revisão do arcabouço jurídico-legal e o encaminhamento de iniciativas de articulação entre setores da burocracia estatal compõem a experiência relatada neste capítulo como processo em curso.

A seção 2 contextualiza o debate em face dos novos modelos e tendências e das possibilidades de renovação da administração pública abertas pelo marco constitucional de 1988. A seção 3 tematiza o contexto e a discussão em torno da proposta de criação de um modelo jurídico-legal apto a responder às

---

\* Gerente de projeto do Departamento de Articulação Institucional da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Seges/MPOG).

\*\* Diretor do Departamento de Articulação Institucional da Seges/MPOG.

circunstâncias prementes de crise de gestão e incerteza jurídica dos arranjos de organização dos hospitais federais. Em tal contexto, estas organizações se defrontam com a iminência de sofrerem sanções judiciais e dos órgãos de controle, o que precipitou iniciativas de revisão da legislação por iniciativa do Poder Executivo. A seção 4 trata de desdobramentos da iniciativa anterior, com a proposta de uma lei orgânica de reordenamento da administração pública brasileira. Na seção 5 é apresentado um resumo da iniciativa de aproximação entre as áreas de controle e advocacia pública com gerentes da administração pública por meio de um ciclo de debates, concebido para aproximar visões e propiciar a construção de soluções de consenso no cenário de fragmentação e disputas intraburocráticas que tem caracterizado a administração pública brasileira. A seção 6 apresenta algumas reflexões finais sobre o tema, a título de conclusão.

## **2 AS FORMAS JURÍDICO-LEGAIS DE ORGANIZAÇÃO E A CRISE DA GESTÃO PÚBLICA**

O Brasil se defronta com o duplo desafio de fortalecer o Estado num novo contexto de globalização e ao mesmo tempo assegurar e aprofundar os princípios do regime democrático. Por um lado, a Constituição de 1988 estabeleceu importantes marcos orientadores do pacto social e político que tem sustentado a estabilidade conquistada desde o fim do regime autoritário: a independência e articulação dos poderes estatais, a autonomia político-administrativa dos entes federados e a abertura à disseminação de instrumentos de representação democrática e participação social. Por outro lado, é preciso atender à necessidade de inserção do país, como Estado soberano, no processo de construção de uma governança global para a nova ordem supranacional em conformação. Para tanto, faz-se necessário reforçar a capacidade regulatória do Estado e atualizar o ordenamento jurídico nacional, caracterizado por lacunas e sobreposições e em descompasso com os novos paradigmas que se delinham.

Embora orientado por saudável impulso de democratização e promoção da cidadania, o texto constitucional de 1988 retrocedeu em relação às formas administrativas instituídas pela reforma administrativa de 1967, engessando os modos de organização e funcionamento da administração. O repúdio à discricionariedade ampliada adquirida pelo Poder Executivo durante o regime autoritário levou o constituinte a excessos e soluções que pecam pela rigidez e uniformização, incompatíveis com a diversidade de papéis estabelecidos pela própria Constituição para o Estado brasileiro. Por um lado, incorreu-se em disfuncional restrição das prerrogativas do Executivo em dispor sobre assuntos de sua própria organização, bem como na perda de autonomia das entidades descentralizadas da administração indireta. Por outro lado, fortaleceu-se a ação dos órgãos de controle, com o cerceamento da ação administrativa.

As várias iniciativas de reforma posteriores a 1988 nunca foram implementadas de forma plena e favoreceram a coexistência, na máquina pública, de práticas de gestão patrimonialistas, burocráticas e gerenciais, estas últimas já em sintonia com referenciais participativos e voltados para resultados. Permanecem vigentes, no ordenamento jurídico nacional, marcos legais anteriores ao texto constitucional – alguns deles instituídos há mais de 40 anos, como a legislação de organização da administração pública (Decreto-Lei nº 200, de 1967) e de orçamento (Lei nº 4.320, de 1964) –, ao lado de um conjunto de legislações e normas administrativas ainda pendentes de regulamentação, muitas delas em desacordo com vários dispositivos constitucionais.

A atuação do Executivo é prejudicada por um ordenamento jurídico obsoleto, fragmentado e inadequado, constituído sob o espírito da desconfiança quanto à discricionariedade do administrador público, dentro de um paradigma que valoriza o controle do ato e do processo, mas não do resultado esperado. Como consequência, disfunções na atuação da administração pública acarretam impactos, sobretudo na área social, onde a ação estatal direta em atividades e serviços prestados à população está submetida ao mesmo ordenamento jurídico-administrativo dos setores investidos dos poderes de autoridade privativos do Estado: o regime da administração direta e das autarquias. Nesse contexto, há carência de tecnologias jurídico-institucionais para se instrumentalizar adequadamente a ação do Estado no campo social, uma vez que os referenciais jurídicos e os modelos gerenciais desenvolvidos no passado se prestavam a apoiar políticas de desenvolvimento econômico.

Os novos modelos emergentes apontam para a atuação do Estado na regulação socioeconômica, negociação e formação de consensos como institutos privilegiados na administração dos interesses públicos, o que favorece modelos organizativos e de gerenciamento mais flexíveis, ágeis, participativos e voltados para resultados. As novas relações entre Estado e sociedade implicam na revisão dos espaços de discricionariedade, no uso criterioso dos poderes estatais e no exercício da ponderação entre interesses, valores e direitos, espaço de trânsito privilegiado do controle social.

### **3 O PROJETO DAS FUNDAÇÕES ESTATAIS**

As deficiências das formais atuais de organização da administração pública têm mobilizado a atenção do governo federal para a revisão dos modelos adotados na prestação de serviços na área social. As dificuldades recentes com a gestão dos hospitais públicos sinalizaram a urgência de inclusão deste tema na agenda governamental. Inexistia, no âmbito da administração federal, uma agenda estruturada de fortalecimento institucional da administração pública. Sucessi-

vas medidas adotadas desde 2005, durante o governo Luiz Inácio Lula da Silva, visaram recompor a força de trabalho das entidades e órgãos públicos e melhorar sua capacidade operacional, assim como ampliar e diversificar os mecanismos de representação, participação e deliberação social, embora estas iniciativas tenham sido pontuais e localizadas, sem o apoio em uma agenda estruturada de fortalecimento institucional da administração pública federal.

A atuação dos órgãos de regulação precipitou uma crise previsível dos serviços na área de saúde, a partir de 2005, como resultado de determinações do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Ministério Público Federal (MPF) de cessação das relações simbióticas irregulares que estas entidades vinham mantendo com suas fundações de apoio.<sup>1</sup> Estes arranjos permitiam o fornecimento de mão de obra terceirizada, a triangulação de recursos para driblar controles orçamentários e a complementação remuneratória de servidores públicos, mas feriam dispositivos constitucionais e legais. Impôs-se a necessidade de enquadramento dos institutos e hospitais federais sob formato jurídico-institucional que lhes assegurasse a agilidade e a flexibilidade necessárias aos processos de aquisição, incorporação tecnológica, contratação, estruturação de carreira e remuneração de servidores.

Essa situação levou o governo federal a colocar em questão os formatos jurídicos em vigor para buscar uma solução que atendesse aos hospitais federais e demais entidades responsáveis por atividades não privativas do Estado que não exijam o exercício do seu poder de autoridade. A preocupação ganhou força em 2008, com a *Carta de Brasília*, que constituiu um pacto celebrado entre o governo federal, representado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), e as secretarias estaduais de administração dos estados da Federação, para a construção da agenda de inovação gerencial para a administração pública, a partir de orientações norteadoras, entre elas a de promoção de um debate político que estabelecesse novas bases para o direito e para a gestão pública. O pacto convalidou o entendimento da instância federal e das estaduais de governo sobre a necessidade de uma coalização de forças no país para fazer frente aos desafios postos para o Estado brasileiro.

---

1. Essas entidades sofreram recentes questionamentos, por parte do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público Federal, quanto à legalidade das relações que estabelecem com suas fundações de apoio – Fundação Ary Frauzino, Fundação Pró-coração (Fundacor) e Fundação de Apoio e Ensino Bonsucesso (FASEB). Por meio do Acórdão nº 1.193/2006 – TCU – Plenário, os ministros do Tribunal de Contas determinaram ao Ministério da Saúde que rescindisse os convênios com as mencionadas fundações, estabelecendo prazos para a suspensão dos serviços, o que abriu uma crise de natureza administrativa sem precedentes naqueles hospitais e institutos.

Nesse contexto, destaca-se o Projeto de Lei Complementar nº 92, referente às fundações estatais, encaminhado ao Congresso Nacional em dezembro de 2007.<sup>2</sup> O projeto constitui iniciativa para recuperação da capacidade estatal de intervir no desenvolvimento social, por meio do restabelecimento do instituto da fundação pública previsto no Decreto-Lei nº 200/67 (Artigo 5º), ora revisitado à luz de diretrizes de participação social, governança democrática e controle de resultados. Trata-se de dotar a administração pública de uma forma jurídica compatível com a natureza e as necessidades da prestação direta de serviços sociais à população.

A formulação desse projeto mobilizou atores estratégicos e formadores de opinião nos estados e municípios, sendo explicitadas preocupações até então latentes com a construção de um modelo juridicamente sustentável e em sintonia com os parâmetros da Constituição de 1988 e o novo contexto democrático do país. A premissa era a constatação da inadequação do regime administrativo imposto à administração direta e autárquica para a atuação do Estado na área social, em razão de sua rigidez, principalmente no que se refere a gestão de pessoal, orçamento, e compras e contratações. Tal rigidez impulsionava um movimento de terceirização “de fato” das atividades de saúde, educação e pesquisa, com abandono da atuação direta do poder público.<sup>3</sup>

Ao se encaminhar o projeto ao Congresso, a expectativa era de equacionar problemas prementes de constitucionalidade e legalidade, por meio de formato jurídico seguro e adequado, que concederia transparência à atividade estatal e incorporaria modelos e padrões gerenciais inovadores, participativos e direcionados ao controle dos resultados.

Desde o início dos estudos que resultaram no projeto das fundações estatais, tinha-se consciência de que haveria embates políticos, especialmente por parte

---

2. O projeto da fundação estatal visa dar novo contorno jurídico à fundação instituída pelo poder público, com regime administrativo de direito privado, para a prestação de serviços públicos na área social. A fundação estatal integra a administração pública indireta, juntamente com as autarquias e empresas estatais, em posição similar a estas últimas. Esta entidade se submete à coordenação e supervisão da administração direta, ao controle interno e externo do Poder Executivo e à obrigação de realizar concurso público e observar procedimentos licitatórios. Assim como as empresas públicas e sociedades de economia mista, a fundação é criada a partir de autorização legal, que estabelece seus requisitos constitutivos essenciais, tais como finalidade, competências, origem do seu patrimônio, receitas e sistema de governança. Só pode ser extinta mediante nova autorização legal. Seus empregados são contratados sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que é o regime geral dos trabalhadores brasileiros, o que possibilita a adoção de remunerações com base no mercado, garantias trabalhistas, como o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e acordo coletivo de trabalho. O empregado da fundação estatal goza ainda de benefícios diferenciados em relação aos servidores estatutários e pode receber prêmios de produtividade. É importante ressaltar que o regime celetista praticado pelas entidades públicas apresenta algumas diferenças quanto ao das entidades privadas, porque observa regras de direito público, como a exigência de concurso para a admissão e a demissão motivada, segundo critérios estabelecidos em lei ou estatuto. Este regime celetista com regras de direito público existe no Brasil desde longa data, com cerca de 400 mil empregados públicos contratados via CLT, enquanto a administração federal dispõe de aproximadamente 500 mil servidores públicos civis estatutários.

3. De fato, o que se verifica em governos estaduais e municipais é a proliferação de parcerias estabelecidas com entidades privadas, especialmente nas áreas de saúde, sem o devido investimento na capacidade estatal de efetivo gerenciamento destas parcerias.



das entidades dos servidores públicos<sup>4</sup> e das fundações de apoio.<sup>5</sup> Eram previsíveis também os questionamentos quanto a aspectos jurídicos da proposta, visto que a inserção do modelo em um ordenamento jurídico obsoleto, marcado por lacunas e inconsistências de legislação, faria com que o novo instituto se submetesse às mesmas inseguranças jurídicas que acometem, atualmente, as demais figuras da administração pública brasileira.

Reações negativas, marcadas pela veemência, imputaram ao projeto a tentativa de privatização dos serviços públicos e de desoneração do Poder Executivo dos limites e controles constitucionais impostos à administração pública. A desconfiança em relação aos *loci* de formulação do projeto foi manifestada por membros dos órgãos de controle, temerosos no que respeita a iniciativas movidas por preocupações fiscais. A elaboração do projeto com participação do Ministério da Saúde pareceu surpreendente, nesse contexto.<sup>6</sup>

Independentemente dos seus resultados, o PLP nº 92/2007 incentivou a análise crítica sobre a inadequação das formas de atuação estatal e a construção de uma agenda direcionada à reflexão acerca dos atuais modelos jurídicos alinhados aos paradigmas da Constituição aplicáveis à ação executiva do Estado na implementação das políticas públicas, bem como à revisão destes modelos. Aspecto a

---

4. A viabilização de um formato jurídico de entidade pública que sanasse a falta de agilidade e flexibilidade da Administração para a prestação direta de serviços sociais enfraqueceria, inexoravelmente, o vínculo entre o poder público e estas entidades, com redução da sua inserção nas atividades finalísticas dos órgãos e entidades que apoiam, assim como dos recursos públicos por elas movimentados. Com o fim deste tipo de relacionamento, reputado como inconstitucional e ilegal, haveria também a cessação dos benefícios e vantagens, tais como a complementação de remuneração, usufruídos por segmentos de servidores públicos pagos diretamente pelas fundações de apoio.

5. Prevvia-se a reação em função do eventual estabelecimento de novos referenciais remuneratórios, sob o regime de emprego da CLT, compatíveis com valores de mercado, acarretando redução de remuneração das atividades de natureza operacional, em comparação aos valores praticados no regime estatutário. Além disso, considerava-se o natural impacto negativo a médio e longo prazos sobre os servidores estatutários filiados às entidades sindicais com a adoção do regime celetista, conforme previsto para o modelo das fundações públicas (ou estatais) de direito privado. Esperava-se, finalmente, certa comoção por ocasião da necessária regularização da mão de obra fornecida pelas fundações de apoio às instituições públicas de saúde, educação e pesquisa, o que resultaria na demissão de número significativo de profissionais, com sua substituição por concursados.

6. Em pronunciamento feito em audiência pública no Congresso Nacional, em 27 de setembro de 2007, um procurador da República manifestou sua "estranheza" diante da elaboração do projeto em conjunto pelos ministérios do Planejamento e da Saúde: "(...) fiquei desconfiado dessa aliança entre o Ministério do Planejamento e o Ministério da Saúde, porque eu participo desses enfrentamentos e geralmente há um tensionamento entre a área social e a área econômico-financeira" (Peterson de Paula Pereira, procurador da República no Distrito Federal).

Nessa linha, conforme artigo do portal *Folha online* (publicado em 9 de novembro de 2009, às 08:32 h), o projeto "abre caminho para o desvio de recursos públicos", na opinião do secretário-geral de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (TCU), Paulo Roberto Wiechers Martins. O secretário fez duras críticas principalmente ao capítulo que trata do controle dos investimentos públicos que, para ele, praticamente acaba com as fiscalizações realizadas antes e durante o andamento da obra.

'Esse projeto representa, na verdade, um retrocesso histórico enorme', disse Martins. 'De 1988 pra cá, o TCU vem aperfeiçoando os métodos de fiscalização para que nos tornemos cada vez mais efetivos e a efetividade é diretamente relacionada à tempestividade da ação de controle. É muito difícil recuperar prejuízos, em decorrência da ação de desvios ou outros fatos irregulares que já tenham ocorrido. O percentual de recuperação de desvios, nesses casos, gira em torno de 5% somente', alertou o secretário".

destacar tem sido o afloramento de um protagonismo de estados e municípios brasileiros, que investiram no aprofundamento das discussões e já implantaram o novo modelo, tomando a dianteira do processo.<sup>7</sup>

#### 4 A PROPOSTA DE UMA NOVA LEI ORGÂNICA

A elaboração da proposta de lei orgânica de diretrizes, conceitos e organização da administração pública é uma tentativa de sistematização e ordenamento da diversidade de formatos jurídico-institucionais que têm proliferado na administração pública brasileira. Conformando o que já se descreveu como uma “cacofonia organizacional”,<sup>8</sup> esta diversidade resulta da coexistência de múltiplas formas, por sedimentação sucessiva ao longo da trajetória de crescimento e estruturação do Estado. Se por um lado esta diversidade se prestou a propiciar certa fluidez à ação governamental para a implementação de suas prioridades de acordo com o tipo de arranjo institucional que melhor convinha a cada situação, por outro gerou inconsistências, conflitos, desajustes e incerteza jurídica, em especial no que se refere ao *modus operandi* de cada forma estatal e suas relações com os órgãos de controle.

Diante dessa situação, o MPOG constituiu uma comissão de juristas para propor uma nova estrutura orgânica da administração pública. O governo esperava promover o debate e estimular a construção de um consenso em torno de formas inovadoras e mais eficientes de atuação estatal.<sup>9</sup> Em julho de 2009, a comissão concluiu os trabalhos com a entrega do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração (MPOG, 2010), elaborado com total autonomia e acolhido pelo governo federal como produto autoral dos juristas. Baseando-se no trabalho da comissão, o MPOG tem promovido discussões e eventos públicos, com participação de especialistas, acadêmicos, representantes da sociedade, setores governamentais e forças políticas.

Quanto à recepção do anteprojeto, no âmbito do Executivo federal, a disputa e mesmo tensão entre visões e espaços de atuação tem sido fenômeno frequente. A postura reativa dos órgãos de controle se evidencia em pronunciamentos públicos

---

7. A implantação das fundações estatais pelos estados e municípios tem gerado novos modelos de gestão de grande importância para a administração pública brasileira, como é o caso da fundação estatal intrafederativa do estado da Bahia, que amplia o atual conceito de supervisão administrativa para além da supervisão adstrita à administração direta de um único ente federado. A fundação estatal de Sergipe avançou em soluções de gestão de pessoas com a criação por lei de um quadro especial de servidores cedidos, na administração direta, sem perdas trabalhistas.

8. A metáfora, cunhada por Francisco Gaetani, designa a multiplicação desordenada de formas jurídicas de organização da administração pública brasileira em sedimentações contínuas ao longo da sua história.

9. A comissão foi instituída no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Portaria MP nº 426, de 6 de dezembro de 2007), composta por juristas da área do direito administrativo, a saber: Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Paulo Eduardo Garrido Modesto, Maria Coeli Simões Pires, Sergio de Andréa e Maria Sylvia di Pietro. A comissão trabalhou no período de dezembro de 2007 a julho de 2008.

de autoridades e membros dos tribunais de contas e mesmo entre técnicos dos órgãos de controle interno do próprio Executivo. Nas críticas transparece o temor à revisão de regras e procedimentos de controle, com a restrição de prerrogativas de atuação destes órgãos.<sup>10</sup>

Além de possíveis visões carregadas de vieses que são reflexos das circunstâncias da tensão que permeia a política dentro da burocracia no contexto da administração pública brasileira, quando se trata desta ordem de questões, vale salientar que há efetiva assimetria de recursos técnicos e organizacionais em prejuízo das áreas do Poder Executivo responsáveis pela gestão de projetos e atividades administrativas, o que se reflete em precariedade dos processos de contratação. Todavia, a ampliação de prerrogativas de fiscalização e sua aplicação, quando interferem diretamente sobre os processos de contratação e execução de obras, resultam em inviabilização de cronogramas e geração de externalidades pela não realização e/ou interrupção dos projetos. Estas reações adversas denotam a dificuldade de compatibilizar orientações e visões sobre o espaço de discricionariedade do administrador público e os procedimentos e instrumentos de gestão e de controle.

Por sua vez, os agentes do Poder Executivo veem nos tribunais e órgãos jurídicos um “bode expiatório” para as dificuldades de operação da máquina pública e responsabilizam estas instituições por atravancarem o crescimento do país, ao paralisarem obras públicas e cobrarem padrões procedimentais inaplicáveis. É recorrente a crítica à ação dos tribunais de contas, considerada excessiva e rigidamente apegada à avaliação de conformidade com a lei e a norma, muitas vezes sem levar em conta o princípio da razoabilidade nas suas decisões.

## 5 OS CICLOS DE DEBATES: A CONSTRUÇÃO DE UM ESPAÇO DE DISCUSSÃO

Os projetos das fundações estatais e da lei orgânica da administração pública impulsionaram o embate de visões e deram maior visibilidade à polarização dos posicionamentos políticos e doutrinários entre os profissionais da gestão e do direito público, deixando mais clara a necessidade de se abrir um espaço que proporcionasse a exposição, o debate e a integração das visões dos gestores e dos agentes públicos das áreas jurídica e do controle, visando aproximar estas duas visões na reflexão sobre os problemas da administração pública.

Nesse contexto, os Ciclos de Debates Direito e Gestão Pública se propuseram a instaurar um fórum de discussão aberto ao contraditório, que estimulasse a aproximação entre profissionais de diversas áreas do conhecimento e com diferentes experiências, promovendo a construção de referenciais comuns.

---

10. Nessa linha de argumentação, em declaração à imprensa, dirigente do TCU considerou que o anteprojeto “abre caminho para o desvio de recursos públicos (...) em duras críticas principalmente ao capítulo que trata do controle dos investimentos públicos que, para ele, praticamente acaba com as fiscalizações realizadas antes e durante o andamento da obra” (*Folha OnLine*, 9 de novembro de 2009).

Pretende-se propiciar a discussão de princípios e valores em ambiente aberto ao escrutínio político e técnico das matérias referentes à administração pública. A premissa é de que somente a partir do diálogo democrático pode ser contornada a polarização de posições e encontradas soluções de consenso para as dificuldades da administração pública brasileira.

Os ciclos são iniciativa conjunta da Secretaria de Gestão e Consultoria Jurídica do MPOG e Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), apoiada pela Procuradoria Geral da República. O convite posto pelos ciclos preconiza a interlocução aberta que possibilite estabelecer uma ponte entre a ordem jurídica e as urgências da gestão, com o envolvimento de atores sociais relevantes. Buscou-se, desde o início, o patrocínio político no âmbito do MPOG e de dirigentes da administração federal.<sup>11</sup>

A estrutura dos eventos prevê a realização de ciclos sucessivos com descentralização das atividades e a constituição de núcleos regionais. A coordenação temática é centralizada, realizada pelas entidades promotoras por intermédio dos coordenadores dos núcleos, escolhidos com base em sua experiência e conhecimento nas respectivas comunidades epistêmicas. As atividades incluem eventos nacionais e regionais: a etapa nacional contempla a realização de reuniões para definição dos temas de discussão, assim como a consolidação dos debates. A etapa regional é conduzida por núcleos regionais, coordenados em regime de colaboração, por um profissional da área jurídica e um da área de gestão pública.

O I Ciclo de Debates Direito e Gestão Pública realizou-se no período de agosto de 2009 a agosto de 2010. Foram promovidos seminários nas cidades de Brasília, Belo Horizonte, São Paulo, Aracaju e Salvador, além da inserção do tema em eventos das áreas de saúde, educação, advocacia pública e controle interno.

Os limites da autonomia e do controle da administração pública são o tema do I Ciclo. Nesta primeira rodada, considerou-se oportuno criar um espaço de descompressão que viabilizasse o diálogo em torno de diferenças de concepção e entendimentos dos objetivos e responsabilidades da administração pública. Cumpria, especialmente, promover encontros abertos que contribuíssem para remover preconceitos de parte a parte.

No cerne da questão sobre o limite da autonomia e do controle do Executivo se coloca a necessidade de redefinir responsabilidades do Estado e formas de atuação da burocracia, do mercado e da sociedade nos processos de formulação,

---

11. O lançamento dos ciclos, no dia 5 de agosto de 2009, em Brasília, contou com a presença dos ministros do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Previdência Social, do procurador-geral da República e de autoridades da Advocacia-Geral da União (AGU) e Ministério Público Federal (MPF), além de dirigentes e técnicos de diversos ministérios.

implementação, avaliação e controle das políticas públicas, na forma de um modelo de governança democrática, com participação de atores sociais nos principais processos decisórios.

A proliferação e a diversidade de formas jurídicas existentes na administração pública, bem como as dificuldades de atuação do Poder Executivo neste contexto, constituem questão central que perpassa grande parte dos temas debatidos. Posicionamentos e propostas afloraram em relação a este ponto: a preocupação com a complexa pluralidade que assume a atuação estatal. A questão a ser respondida é se, dados os problemas atuais e a natureza pluralista da sociedade brasileira, a solução mais adequada seria desenvolver a multiplicidade de formas jurídicas e gerenciais de atuação estatal ou a unificação em direção a um regime universal que alcançasse todas as áreas da administração pública.

Uma segunda questão fundamental se refere à discussão sobre o foco e escopo do controle institucional da administração pública.<sup>12</sup> No que concerne a este tema, seria prioritário controlar os espaços de decisão discricionária do administrador na aplicação do dinheiro público, ou o controle deveria recair sobre o atendimento ao interesse público? O foco do controle deveria considerar a função da área e da natureza da intervenção do Estado? As atividades estatais privativas, tais como as de direção, regulação, fiscalização e controle, cujo impacto é sistêmico, deveriam se submeter aos mesmos controles das áreas de prestação de serviços sociais ou ao mercado, onde este impacto é individual e localizado? Aplicar-se-ia a ambas, igualmente, o controle de resultados e o controle social?

As parcerias do Estado com o setor produtivo e, especialmente, com a sociedade civil, na execução de políticas públicas, suscitaram uma terceira questão, objeto de atenção durante o I Ciclo: como desenvolver mecanismos que não cerceiem a atuação do particular na consecução de objetivos comuns aos da administração pública? É preciso cuidado com o processo de autarquização da administração pública para que, neste processo, não seja estendido o regime administrativo de direito público às relações do poder público com entidades civis. Cumpre reavaliar as relações com a sociedade civil e com o mercado e redesenhá-las sem cercear sua variedade de formas, mas disciplinar seus pontos essenciais de modo a garantir o interesse público.

Ponto que também suscitou controvérsias, ainda sem propostas de consenso, foi a definição dos papéis dos órgãos jurídicos do governo e do controle dos atos do Executivo, principalmente quando do uso do seu poder regulamentar. Questionou-se, particularmente, se as competências da Advocacia-Geral da União em relação ao controle da legalidade do Poder Executivo devem se restringir

---

12. Ver Artigos 70 a 74 da Constituição Federal.

ao assessoramento à autoridade política no exercício deste controle ou se esta instituição, de fato, é detentora do poder de realizar o controle de legalidade e impedir atos da autoridade política.

Como balanço geral, os temas que emergiram do I Ciclo podem ser assim categorizados: relação entre autonomia e controle dos atos do Poder Executivo; vínculos entre as dimensões política e técnica da administração pública; o fenômeno do ativismo judicial; e as novas formas jurídico-institucionais de organização da administração pública. De forma específica, os principais aspectos objeto de debate e de tratamento mais sistemático nos trabalhos elaborados pelos participantes estão relacionados a seguir.<sup>13</sup>

1. Predominância dos processos legislativo e normativo no controle de abusos dos agentes públicos em relação à positivação de direitos e deveres garantidores de cidadania, ou seja, da prevalência do estabelecimento dos requisitos essenciais ao bem-estar público.
2. Tendência à punição e criminalização do administrador/servidor público, ao invés do reforço e reconhecimento do bom desempenho.
3. Constatação de excessos constitucionais e legais na regulação da administração pública.
4. Renúncia da burocracia pública ao seu próprio poder regulamentar, por meio da positivação legal das matérias relativas à organização e funcionamento da administração pública.
5. Rigidez administrativa resultante das regras dos sistemas administrativos.
6. Efeitos negativos sobre a legitimidade da ação do Poder Executivo pelo ativismo judicial, ou seja, pela ação normativa do Judiciário e dos órgãos de controle externo.
7. Necessidade de revisão dos regimes administrativos aplicáveis aos diversos setores de atuação da administração pública, com base na redefinição dos espaços próprios para uso do poder discricionário do administrador público e de formas de controle mais adequadas a cada tipo de atividade e função pública.
8. Necessidade de redesenhar as formas jurídico-institucionais da administração pública, frente ao esgotamento de seus atuais formatos jurídicos e à incapacidade de atender às especificidades da atuação do Estado nas áreas sociais.

---

13. Os principais textos produzidos no I Ciclo serão publicados por ocasião do evento de consolidação dos debates, que se realizará em Brasília, em agosto de 2010.

9. Deficiente profissionalização da burocracia pública para a execução de atividades e serviços, agravada, em grande medida, pela indisponibilidade de mecanismos e técnicas proativas e de cunho educativo para a normalização de procedimentos.
10. Constatação de frequentes disputas institucionais e corporativas por papéis e espaços de poder dentro e fora da burocracia e de outros espaços institucionais do Estado.

## 6 CONCLUSÕES

Os 20 anos de normalidade democrática no Brasil ainda não lograram apagar resquícios de autoritarismo estatal, visíveis no processo de formulação de políticas ainda centralizado na esfera federal, na baixa participação social na governança pública e nas estruturas decisórias fechadas e disfuncionais. Apesar da estabilidade política e das conquistas obtidas com a superação do regime autoritário, ainda é preciso avançar no aprofundamento da democracia, em especial no intuito de se reverter a centralização da formulação das políticas na esfera federal e incentivar-se a participação social na governança pública.

Na ausência de uma sociedade atuante no exercício do controle social, prevalecem as posturas autocentradas da burocracia e muitas vezes se verifica o amálgama dos seus interesses corporativos com os objetivos públicos que deveria realizar. Como consequência, há uma natural desconfiança no gestor público, e uma visão contrária à discricionariedade do administrador disseminada dentro e fora da administração. Esta visão alimenta uma cultura de cerceamento e de criminalização do agente público, incentivando o imobilismo, a postura do “não fazer” num ambiente no qual “quem se aventura e faz” assume muita responsabilidade e se sujeita à penalização.

A limitação do espaço de atuação autônoma do administrador e a penalização de condutas empreendedoras é o resultado dessa cultura e da institucionalidade construída em seu ambiente de disseminação. Ela se evidencia nos excessos de conteúdo das legislações de iniciativa do Poder Executivo, nas disposições normativas e até em regras internas de funcionamento dos principais sistemas da administração, num afã de perenização de conceitos e padronização de procedimentos.

Para se assegurar o regime democrático e o equilíbrio entre os poderes é preciso mais do que o controle institucional: é fundamental que haja 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. O apego aos velhos costumes, o burocratismo desnecessário, a submissão formalista a normas, o ritualismo exagerado e o receio à mudança – a qual pressupõe

a experimentação de novas práticas abertas à participação e focadas em resultados – são obstáculos a serem removidos.

A superação desse quadro passa pelo avanço da construção da cidadania, com inclusão e abertura de oportunidades de participação social. O enriquecimento da vida política do cidadão, ainda em grande medida restrita aos momentos da convocação às urnas, é requisito para a plenitude da experiência democrática.

Os Ciclos de Debates Direito e Gestão Pública foram propostos como espaço para a reflexão sobre os valores e princípios constitucionais, os papéis das instituições democráticas brasileiras e as formas de superação dos desafios postos ao país. Embora sem uma discussão rigidamente estruturada, os eventos proporcionaram uma arena de confronto entre posições ideológicas e conceitos, constituindo-se em *loci* de catarse coletiva e de geração de novos *inputs* para a administração.

## REFERÊNCIA

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). **Proposta de organização da administração pública e das relações com entes de colaboração**. Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração. Comissão de Juristas. Brasília: Secretaria de Gestão/ MPOG, 2010.





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

Antonio Carlos Alpino Bigonha\*  
Luiz Moreira Gomes Junior\*\*

### 1 INTRODUÇÃO

No quadro atual, o Parlamento brasileiro caminha para ser considerado desnecessário. Ele é compreendido, especialmente pelos juristas, como instituição que macula a Constituição da República ou, ainda, como apêndice da democracia. Assim, as Emendas Constitucionais são percebidas como deturpadoras da pureza original da Constituição. Ao mundo jurídico, sagrado e repleto de pureza, caberia, por meio do controle jurisdicional de constitucionalidade, afastar as nódoas produzidas pelo mundo político, sujo e maculador da ordem constitucional.

Baseando-se nas lições dos mestres, pergunta-se: 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 afeta o Legislativo brasileiro é a diminuição das suas tarefas e de suas 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.

Porquanto maculadores da Constituição, seria preciso que não somente o Parlamento, mas também a democracia e a política fossem substituídas por uma instituição que garantisse a permanência da pureza constitucional. Desse modo, a Constituição, enquanto obra da democracia, da política e do Parlamento, é apropriada pelo processo judicial por intermédio do controle de constitucionalidade.

---

\* Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR).

\*\* Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

## 2 DIREITO E DEMOCRACIA

Os modernos Estados constitucionais do Ocidente pretendem exprimir sua suposta legitimidade por meio da fórmula “todo poder emana do povo e em seu nome será exercido”. Com esta fórmula, estariam caracterizadas as bases da atuação estatal. Porque o poder do Estado decorre do povo, a ele caberia prescrever e ordenar condutas por meio de seus diversos órgãos, além de restringir e enquadrar os comportamentos desviantes, utilizando o aparato coativo constituído para tornar o monopólio da força a expressão última de sua soberania. Esta formulação garante ao Estado a legitimidade necessária para estruturar as suas teias prescritivas e, ao mesmo tempo, tornar suas 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 por serem 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 esta titularidade ganha contornos institucionais na medida em que os direitos fundamentais não apenas são 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 estabelecida entre essas duas esferas constitui uma tensão garantidora de validade à política e de concreção ao direito. A domesticação do poder pelo direito não se restringe a uma subordinação do político ao jurídico. Do mesmo modo que é correto afirmar que a domesticação do poder político pelos direitos fundamentais confere legitimidade ao político, também se pode asseverar que esta 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 deste 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. Neste contexto, surgem, por um lado, a teoria da separação do poder e a teoria da soberania popular e, por outro, a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático. Estas restrições tinham o propósito de 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 segundo a perspectiva de possibilitar o pleno desenvolvimento da sociedade civil e da opinião pública, o que juridicamente foi efetuado ao se institucionalizar a não interferência estatal, por meio das garantias individuais, coletivas e processuais e da liberdade de expressão e 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, ao substituir a velha ordem privatista por uma fundada em princípios como a dignidade humana, o republicanismo e a supremacia política da soberania popular.

Volta-se 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 Estado democrático de direito. Fica estabelecida uma resposta padrão e circular: se algo se encontra na Constituição é porque é legítimo, e se se quer buscar a legitimidade basta procurar na Constituição.

Essa circularidade confere validade aos feitos estatais a partir da presunção de que o planejamento e a 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 poder constituinte conduziria a sociedade ao apogeu civilizatório, cultural e organizativo, e que 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 cujo desígnio é 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 dado momento histórico, em algo atemporal. Configura-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 incontestada e necessária a tal estrutura.

O simulacro se apoia na justificação de um ato fundante que põe a Constituição como ato extraordinário da soberania popular, no qual 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 atribui 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, atualizadas 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 seu alcance e aplicabilidade. A complementaridade consiste em estabelecer uma tensão entre uma esfera indisponível e uma 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, o poder constituinte repousa em um embuste. A autorização expressa dos sujeitos de direito 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 que em um ato fundante. Assim, os sujeitos de direito são livres e plenipotenciários para fazerem tantos atos fundadores e constituintes quanto acharem conveniente, 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. A soberania destes mesmos sujeitos de direito instaura o poder constituinte, que convida 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 ao exercício potestativo do poder constituinte e o autorizam. O poder constituinte é a formalização da soberania de sujeitos que, associadamente, 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 é 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 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 aliená-la; 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 sua promulgação. Conforme exposto, a peculiaridade do poder constituinte reside na disposição fundante oriunda da soberania, posta deliberadamente em exercício pelos sujeitos de direito.

### 2.3 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, ambos decorrem do poder que emana da associação dos sujeitos de direito. Portanto, é o poder soberano dos cidadãos que estabelece o direito em suas ramificações: o processo constituinte e o processo legislativo. Ambos emanam deste poder. O poder que torna possível a Constituição torna também possível os códigos e as leis.

A distinção não remonta à origem, mas ao modo de seu exercício. 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-se 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 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 de 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 instaura a Assembleia Constituinte e lhe infunde poder; *ii*) como exercício deste 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 *iv*) fica estabelecido, em decorrência, quórum especial às emendas à Constituição, mais exigente e com tramitação diferente daquele do processo legislativo, comumente de maioria simples.

Assim, o processo constituinte e o processo legislativo decorrem ambos da soberania popular e, enquanto formas de exercício da representação do poder político, circunscrito apenas aos cidadãos, não se distinguem entre si, tendo por isso mesmo 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. Esta transformação do Legislativo em “apêndice” da democracia resultou em uma engenharia constitucional segundo a qual a representação do poder é deslocada do Parlamento para outras instâncias: a executiva, exercida sob a alegação de sua intervenção ser precisa, eficiente; e a judiciária, pois caberia às cúpulas dos tribunais garantir 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.

Acosada 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, em consequência de um ativismo judicial que passa a ser o titular da formulação, interpretação e efetividade das normas, e que reúne, 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 sociedade civil e Estado, de modo que seja possível: *i*) conceber o direito enquanto concatenação de múltiplos ordenamentos; *ii*) entender a representação do poder como exercício múltiplo de mandatos; *iii*) proceder a uma distinção entre processo legislativo e processo judicial, esclarecendo-se 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; *iv*) restabelecer a democracia deliberativa e a multiplicidade típica dos parlamentos; *v*) recuperar a dignidade da política; *vi*) resgatar a importância para a sociedade civil do mandato parlamentar; *vii*) restabelecer os parlamentos como foro das tomadas de decisão; *viii*) concretizar os direitos fundamentais; e *ix*) 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 da intervenção técnica, a primazia que exerce sobre a política – com a qual há o esvaziamento sistemático do Parlamento enquanto foro adequado para discutir e resolver as questões nacionais –, a jurisdição constitucional tem funcionado como dispositivo constitucional que efetiva os direitos fundamentais.

Segundo essa teoria – hoje hegemônica entre os juristas –, 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 se fazia a distinção entre uma Constituição legítima – promulgada – e uma Constituição autoritária – outorgada. O requisito democrático pode ser substituído pela jurisdição constitucional?

Essa abertura do direito à sociedade civil precisa ser restabelecida, pois o direito apenas é legítimo na medida em que se abre à soberania popular. Isto faz de 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, o que resultou na sua transformação de documento político em documento 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, utilizando-se da complementaridade entre controle de constitucionalidade e mutação constitucional.

Os momentos de tal processo foram os seguintes. Em primeiro lugar, apartou-se o processo constituinte da política, de modo a se produzir um *fetichê* do poder constituinte, segundo o qual a Assembleia Constituinte exerceria poder absoluto e não poder representativo. Em seguida, construída a imunização do poder constituinte em relação à política, as intervenções políticas na ordem constitucional foram consideradas maculadoras de sua pureza, de modo a se construir uma dicotomia entre democracia e Constituição. 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, a transformação das eleições em ato judiciário, a criminalização da política e sua judicialização. Por fim, ocorreu a substituição do Parlamento enquanto foro legitimado para produzir as normas jurídicas (constitucionais e legais) pelos tribunais, por meio da interpretação constitucional, seja com o controle de constitucionalidade, seja com a mutação constitucional.

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

A interdição da política se efetiva em três passos dialéticos. Primeiramente, ela é levada a efeito mediante uma complementaridade institucional entre Estado executivo e Estado judicial. Segundamente, justifica-se esta situação apoiando-se na complementaridade ideológica entre as teorias de Carl Schmitt (todo poder ao executivo) e de Hans Kelsen (todo poder ao judiciário). O terceiro passo, que conclui a judicialização da política, é a 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 a democracia

No Estado moderno, os sujeitos constituem uma ordem estatal marcada pela associação entre livres e iguais definida em termos jurídicos. Ao laço comunitário feudal sucede um vínculo político-jurídico; à relação de subordinação entre vassalos e senhor segue-se 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 coautoria 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. Como os direitos são recíprocos, sua estrutura denota uma Constituição intersubjetiva, pois somente em uma relação interpessoal se faz possível o reconhecimento da coautoria do ordenamento jurídico. Coautores livres e iguais 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. Sua faculdade para a ação torna-se uma titularidade subjetiva que se constitui como titularidade de direitos.

Essa titularidade de direitos é entendida enquanto um atributo subjetivo, uma faculdade própria ao sujeito. Entretanto, em razão de esta faculdade subjetiva exigir como corolário a ideia de reciprocidade e de imputabilidade universal de direitos e obrigações, o exercício desta faculdade recíproca possibilitará o surgimento da *autonomia* e da *soberania*. À medida que sob o sujeito se fundem a autonomia e a 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 esta resposta, serão seguidos os passos da supressão entre sujeito e Estado nos aspectos político, religioso e econômico.

A supressão, no aspecto político, se inicia com a associação entre burguesia e príncipe e culmina na divisão do exercício do poder e no princípio da soberania do povo. No aspecto religioso, há a cisão religiosa, cujo apogeu foi a separação entre Estado e religião. Finalmente, no campo econômico, assinalam-se as grandes navegações, que levaram à 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, assim, a constituição de um aparelho estatal a serviço do príncipe com funções ao mesmo tempo tributárias e policiais. Forma-se um corpo administrativo, uma burocracia estatal à 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 principescas, isto é, um poder soberano em dado território. Fundamental aqui é que o poder não mais 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 supprassumidos no Estado pós-revolucionário, pois, à medida que tal normatividade passa a dirimir conflitos e reger as relações sociais de modo legítimo, ela se torna universalmente válida. Justamente quando esta universalidade confunde-se com a normatividade, surge 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 somente não significa que o poder estatal esteja vinculado aos direitos subjetivos. Significa apenas que o exercício do poder estatal 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, co-autores livres e iguais, criadores desta normatividade que agora não é apenas formal, mas materialmente universal, visto que fundada na igualdade e na liberdade. O monopólio estatal emana 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 Lutero,<sup>1</sup> duas são especialmente caras. A primeira é a doutrina de justificação pela fé somente, o *solifideísmo*, de acordo com a qual a fé é bastante para se chegar à salvação; a segunda, a rejeição à pretensão eclesiástica de possuir jurisdição sobre assuntos seculares.

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. Lutero apresenta a natureza humana como decaída, uma vez que a constituição carnal do homem permanece atrelada ao pecado. Por serem pecaminosos e corruptos, é impossível aos homens desvendar as leis e ações divinas por meio da razão humana. Servo do pecado, o ser humano deve obedecer aos mandamentos divinos não por parecerem justos e bons, mas por serem ordens de Deus. Assim, Deus assume para Lutero uma dupla natureza, uma que se faz *verbo* e revela sua vontade pelos evangelhos – um Deus revelado, portanto –, e outra que não pode ser apreendida pelo homem, um Deus oculto. Como tal, os atos humanos de modo algum conduzem à salvação; esta é alcançada inteiramente mediante *graça divina*.

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*, Lutero destituiu a Igreja da posição de instituição entre Deus e os fiéis. Como a salvação é obra da graça divina, a Igreja como

---

1. Quanto às ideias que se seguem, ver Skinner (1996).

instituição não tem qualquer função salvífica. A esta conclusão chegou ele 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 enquanto congregação de fiéis e não como estrutura detentora do monopólio sacramental, Lutero pôde concluir pela incompetência da Igreja para: *i*) presidir e regular a congregação dos fiéis de modo que não possa avocar qualquer poder sobre a comunidade dos cristãos; e *ii*) igualmente para exercer qualquer “jurisdição” sobre assuntos seculares.

Apesar de os escritos políticos de Lutero estarem sempre submetidos à palavra de Deus, parece 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. Decorre daí uma disposição uniforme de reger e prover a vida em sociedade, oriunda da igualdade frente à salvação.

Essas ideias dividiram o credo ocidental em dois. Observou-se, na Europa setentrional, a opção pelo protestantismo. A reforma ensejou a constituição de um individualismo radicado na ideia de obtenção da graça pela fé, a qual torna o crente alguém distinto da massa uniforme de fiéis. Após guerras e massacres cometidos por católicos e protestantes, surge, então, não apenas a concepção de tolerância religiosa, mas uma abertura radical ao indivíduo, em virtude de sua relação com a divindade se dar de modo unipessoal. Desse modo, parece forçoso admitir que a cisão protestante possibilitou à sociedade civil não apenas uma pluralidade de concepções religiosas, mas também, a partir da igualdade religiosa, a desvinculação entre Estado e orientações confessionais.

As grandes navegações<sup>2</sup> propiciaram o acúmulo de riquezas necessário para a Revolução Industrial. Permitiram, também, que o isolamento característico da sociedade humana até então fosse derrocado. O caminho para as Índias Orientais, através do Cabo da Boa Esperança, propiciou comércio marítimo e tráfico de especiarias, ao passo que o descobrimento da América trouxe açúcar, ouro e igualmente comércio de escravos.

Coube a Portugal a dianteira na era dos descobrimentos. Isto se deveu, em parte, à unidade política firmada a partir da conquista definitiva de Algarve, ocorrida em 1249. Desde então, as fronteiras portuguesas permaneceram praticamente inalteradas.

---

2. No que diz respeito às grandes navegações, conferir Boxer (2002).

Mas uma ligação marítima duradoura e regular entre os quatro continentes somente se deu depois de Portugal ter dobrado o Cabo da Boa Esperança e atingido a Ilha das Especiarias na Indonésia e o mar da China, e após a Espanha ter alcançado 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 europeia. 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 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. Justamente a permanência de tal situação torna possível à Europa experimentar uma revolução no *modo de produção* que tantos encantos produziu em Karl Marx.

Essa revolução no modo de produção fornece uma grande quantidade de mercadoria apta ao consumo, e o poder de interferência do homem sobre a natureza multiplica-se. Com isso, surge o trabalhador assalariado, com jornada de trabalho. Passo a passo, este 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 sua expansão requer novos trabalhadores. Esta demanda crescente, esta necessidade absoluta, faz com que às ideias de liberdade e igualdade jurídica sejam associadas políticas sociais que tutelam 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 isto se deveu a um longo processo histórico que teve 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, isto se fez possível somente no quadro de sujeitos que se reconhecem como titulares e coautores de ordem jurídica que fundam e obrigam o Estado.

Todavia, o Estado nacional precisa sustentar a normatividade que obtém, internamente, por intermédio do monopólio da força e de uma burocracia especializada,

e, externamente, pela afirmação de sua independência frente aos demais Estados. Esta afirmação, interna e externa, somente 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 isto vem somar-se a Reforma Protestante com sua cisão no credo. O homem é desligado da uniformidade de crença, ao passo que o Estado perde uma rivalidade normativa, ao se tornar, 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, ele é questionado pela relativização do conceito de propriedade com a Revolução Russa de 1917 e as políticas e direitos sociais a ela subsequentes. Epistemologicamente, é abalado pela crítica à *racionalidade instrumental* realizada pela Escola de Frankfurt. Neste ambiente cultural, o século XX assiste a uma mudança em seu paradigma (OLIVEIRA, 1996). A *filosofia da consciência própria à subjetividade* será confrontada com três grandes perspectivas: 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 Apel<sup>3</sup> 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 em cheio 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 de 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, nestes casos pensa-se que a objeção ao solipsismo metódico realizada pela *linguistic turn* prepondera integralmente. Somente concebendo-se o sujeito de direito como fundador e coautor de uma ordem jurídica estatal talvez se possa blindar o conceito de sujeito de direito.

---

3. Sobre Apel, ver Costa (2002).

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 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 destes como parceiros de iguais direitos e liberdades. Desse modo, o adjunto adnominal *de direito* abre o sujeito a duas perspectivas: primeiro, a uma universalidade plural, porquanto o sujeito é concebido a partir de uma reciprocidade associativa; segundo, 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 se forma a partir de uma relação de *correspondência mútua* que lhe possibilita direitos e deveres. Nessa correspondência, as relações se apresentam como *vínculos múltiplos*, uma vez que a universalidade jurídica implica inclusão, a qual decorre da coautoria da normatividade jurídico-estatal. Na segunda, trata-se da *concreção* da universalidade como igualdade. A partir do reconhecimento universal de que a liberdade é medida comum de isonomia, que se articula como igualdade de direitos em um governo democrático, pode-se falar em reciprocidade jurídica da liberdade. Tendo em vista que a normatividade jurídico-estatal é concebida como emanção da livre vontade de cidadãos associados (liberdade qualitativa) e como lei múltipla de reconhecimento universal (igualdade na diferença), pode-se dizer que, com o advento do sujeito de direito, há a possibilidade do Estado legítimo, isto é, de uma ordem jurídica isonômica que efetiva a liberdade.

No Estado democrático de direito, a estrutura intersubjetiva de direitos se mostra como inclusão e reconhecimento. Inclusão e reconhecimento interpessoal ocorrem pela universalidade da liberdade e da isonomia suprassumida no conceito sujeito de direito. Assim, a categoria direito subjetivo pode ser rearticulada não mais como inerente à subjetividade, mas como emanada da relação jurídica intersubjetiva entre cidadãos. Enquanto emanção de uma ordem jurídica produzida segundo uma reciprocidade livre, os direitos e deveres passam a ser comuns a todos os cidadãos, na medida em 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

Com esse escopo, em 1992, é publicada na Alemanha uma das mais importantes obras de filosofia do direito das últimas décadas (HABERMAS, 1997). Nela, Jürgen

Habermas tentará, a partir da tensão entre facticidade e validade, adequar o direito tanto à reviravolta linguística quanto às exigências de legitimidade.<sup>4</sup>

É bastante expressivo que Habermas atribua ao direito a tensão entre facticidade e validade. Antes de se analisar o porquê desta atribuição, convém esclarecer as linhas gerais do projeto habermasiano.

Conforme demonstrado em Moreira (2002a), a transformação na filosofia do direito empreendida por Habermas resultará em três perspectivas. A primeira é a instituição de uma normatividade diversa da razão prática, na medida em que a razão comunicativa se constitui como normatividade *a posteriori*. A segunda, não sendo imediata, mas apenas mediatamente normativa, postula que a validade inerente ao direito é falível, estando portanto sempre aberta à problematização e à revisão. Desse modo, o direito teria que se instituir enquanto disciplina prescritiva e ao mesmo tempo falível. A terceira se refere à rearticulação do vínculo entre direito e moral: há uma simultaneidade genética entre ambas as esferas, não havendo preponderância normativa de uma sobre a outra, ao mesmo tempo que há uma *relação de complementaridade* estabelecida por meio do processo legislativo.

Qual é o projeto que a teoria proposta por Habermas pretende superar? A constituição de uma esfera imediatamente legislativa, a qual seria substituída por uma comunidade jurídica autônoma. Justamente nisto consiste o diferencial da *teoria discursiva do direito*: o afastamento de uma esfera privilegiada de normativismo jurídico, 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 (conforme se verifica em um Estado liberal) tampouco um direito material (como ocorre em um Estado social), pois não se atém a padrões dados, mas à constituição de uma liberdade comunicativa que assegura o perpetuar da criação do ato jurídico como processo constituinte permanente. Como paradigma procedimental, revestese de caráter prescritivo somente a liberdade comunicativa, ao proceder às melhores razões que se põem na tensão entre a *facticidade* das objeções e proposições e a *idealidade* contida na pretensão à aceitabilidade universal. Neste caso, a liberdade de constituir seu próprio horizonte, seu arcabouço conceitual e sua normatividade jurídica são elevados a paradigma, mas não a formas de vida dadas imediatamente. A normatividade elevada a 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

---

4. Quanto ao problema da legitimidade, ver Moreira (2002a; 2002b).



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*, distingue-se 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 de 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 legais.<sup>5</sup>

Como instituição prescritiva, as normatizações operadas pelo direito têm como características: *i*) a ideia de plenitude do ordenamento jurídico, decorrente do monopólio da jurisdição; e *ii*) 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 jurídico<sup>6</sup> a fim de normatizar a conduta nestas condições, isto é, estabelecem um código em que se prescreve o devido e o não devido.

Nesse sentido é que, para Habermas, a dimensão de validade do direito e a força legitimadora de sua gênese democrática (o processo da política deliberativa) formam o âmago do processo democrático. Assim, 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 formula a tensão entre facticidade e validade

---

5. "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, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los" (Habermas, 1997, vol. 2, p. 189-190).

6. "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" (Habermas, 1997, vol. 2, p. 124).

em duas dimensões. Como normatividade a *posteriori*<sup>7</sup> e núcleo procedimental da democracia, esta tensão será elaborada, *intrinsecamente*, no cerne do próprio direito, e, *extrinsecamente*, nos processos políticos por intermédio da normatividade do Estado democrático de direito (HABERMAS, 1997, vol. 2, p. 10).

Como instituição, o direito estabiliza a tensão entre facticidade e validade. Internamente, no âmbito do próprio direito, esta tensão situa-se, de um lado, na facticidade dos procedimentos jurídicos e, de outro, na pergunta pela validade destes procedimentos.

No que tange à facticidade, os procedimentos jurídicos formam-se como exigência universal de que seja não apenas garantida, mas institucionalizada a sua realização segundo o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e a mediação por um terceiro imparcial. Os princípios sob os quais são instituídos os procedimentos jurídicos não representam apenas 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 este objetivo, funcionam como *instrumento* de correção à falibilidade inerente ao direito. Desse modo, o direito normatiza sua própria falibilidade. Como uma instituição é simultaneamente falível e normativa? Sob o ponto de vista procedimental, fáctico, é por ser falível e normativo que o direito garante adesão e reconhecimento enquanto *medium* de integração social. Em razão de lhe caber solucionar conflitos de modo justo, tanto mais logrará êxito quanto mais se adequar e se abrir às novas demandas de normatização ao reconhecer-se revogável.

O questionamento pela validade dos procedimentos jurídicos impõe a pergunta sobre a diferença entre os realizados sob a égide de Estados democráticos e aqueles que se dão nos Estados totalitários. Pode-se pôr em ação um devido processo legal ou mesmo constitucional e, não obstante, se instituir o arbítrio; não é admissível esquecer que todas as ditaduras do século XX sempre recorreram à estrutura jurídica para legitimar suas ordens e violações. Cria-se um arcabouço jurídico e é fácil concluir como devido este ou aquele procedimento. Uma vez que é preciso aprender com os erros, percebe-se que a validade dos procedimentos se

---

7. "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. Esta compreensão, como aliás o próprio Estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja, a ideia 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, esta ideia é 'dogmática' num sentido *sui generis*. Pois nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade, a qual é 'dada' através da estrutura linguística das formas de vida socioculturais, as quais nós, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos eludir" (Habermas, 1997, vol. 2, p. 190).

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 do Estado democrático de direito (HABERMAS, 1997, vol. 2, p. 190). Antes ao contrário. Em uma demonstração categórica sobre o processo de passagem do *ethos* à ética, Lima Vaz (2002)<sup>8</sup> designará a autonomia como movimento dialético da ação segundo a teleologia da liberdade.<sup>9</sup> A autonomia é pensada enquanto obra do permanente realizar da liberdade. É a liberdade, a autonomia, portanto, que representa o centro irradiador da racionalidade no Estado moderno, a qual se projeta como institucionalização do poder e sua ordenação normativa, ambas suprassumidas na forma de uma Constituição. Assim, a competência e o desígnio do Estado, a par de sua funcionalidade, cingem-se à 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 ordenação da justiça. Outrossim, desde a tradição oral grega<sup>10</sup> 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 está que sua afirmação de dogmaticidade é contraditória com os princípios da teoria discursiva do direito.<sup>11</sup>

É a ideia de autonomia, por conseguinte, que nutre a expectativa de que a normatividade jurídico-estatal seja concebida enquanto emanção da vontade livre de cidadãos associados e como lei dotada de reconhecimento universal. Esta ideia motriz articula a concepção de sujeito de direito, pondo em movimento uma normatividade jurídica que é ao mesmo tempo autônoma e heterônoma.

8. "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" (Lima Vaz, 2002, p. 34).

9. "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 autorrealização" (Lima Vaz, 2002, p. 35-36).

10. "*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" (Lima Vaz, 2002, p. 43, nota 50).

11. Conforme Habermas (2002): "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. 168). Para este autor, "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. 286). "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" (p. 287).

Autônoma, pois criação e reflexo da vontade livre que dá a si mesma as leis. 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.

Por intermédio do sujeito de direito entendido como universalidade de inclusão e reconhecimento, surge no horizonte da modernidade a estrutura intersubjetiva de direitos. No momento em que esta estrutura é instituída, tem-se 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 da ordenação estatal que prescreve e disciplina condutas. Todo o monopólio do poder jurídico concentra-se nos sujeitos de direito, em virtude de estes obedecerem às leis por eles mesmos estabelecidas. Este poder jurídico forma o aparato estatal. Por seu turno, a norma jurídica é expressão da liberdade e da igualdade dos cidadãos. Por ser legislação que os sujeitos de direito prescrevem a si mesmos, o ordenamento jurídico é a emanção soberana do poder legiferante do povo associada à inserção dos direitos humanos – normas de igualdade e reconhecimento exigíveis universalmente – nas condições formais da institucionalização da liberdade. Com a síntese entre soberania dos povos e direitos humanos<sup>12</sup> se insere universalidade material na universalidade abstrata da lei, suprassumidas como universalidade da liberdade e da igualdade, ou seja, enquanto ordenação justa da liberdade.

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 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, estas demandas circunscrevem-se a um procedimento legislativo com regras previamente definidas segundo a especificidade da demanda e, por seu turno, o processo legislativo abre-se à participação livre e em igualdade de oportunidade, mediante regras de quórum, regras de participação e representação, equilíbrio entre entes federativos etc. À exigência de previsibilidade e universalidade dos procedimentos e processos

---

12. Para uma análise pormenorizada desta síntese entre soberania dos povos e direitos humanos, consultar Moreira (2007).

legislativos vem juntar-se a de positivação da falibilidade normativa. Consequentemente, o procedimento e o processo legislativo – a fim de institucionalizarem a vontade democrática dos cidadãos, e possibilitarem a *autoconstituição da 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 sua 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 seria assumida, agora sim, uma posição dogmática em sentido estrito. Tal dogma fincaria suas 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.

Extrinsicamente, a tensão entre facticidade e validade dá-se por intermédio da normatividade do Estado democrático de direito. Esta normatividade se apresenta como inter-relação de sujeitos de direito que se articulam na perspectiva universal da reciprocidade de seus direitos e deveres. Tal reciprocidade é supressumida no exato momento em que os sujeitos de direito, associada e livremente, fundam uma normatividade livre. Com a síntese entre autonomia e heteronomia, cujo elo é o sujeito de direito, 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). Trata-se de uma obrigatoriedade prescritiva e *a posteriori*, que institucionaliza, pelos sujeitos de direito, a liberdade e a igualdade em sociedades complexas, as quais 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. Esta ordenação, para ser normativa, em termos jurídicos, tem de pretender conquistar aceitação universal, isto é, tem de comprovar sua validade frente a objeções factuais. Em outras palavras, 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 abrir-se permanentemente à democracia, na qual a separação dos poderes se submete ao voto, de modo que a universalidade formal e material do direito seja formatada pela política.

#### 4 CONCLUSÃO

Nos últimos vinte anos, com o advento da nova Constituição da República, assistiu-se a um crescente processo de fortalecimento do elemento jurídico na sociedade brasileira, com o paulatino esvaziamento da política. O modelo constitucional adotado, bem como a teoria constitucional construída a partir dele, 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, de forma a 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 levou a política a uma posição subalterna, e a reduziu a quase uma mácula na vida nacional. Sagrou-se aos operadores do direito, sobretudo àqueles 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, nada mais representa que a tentativa de engajamento nesta 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, supostamente partidária do Poder Executivo.

Em síntese, seria preciso salvar o País da política, e a tábua de salvação seriam os agentes públicos organizados sob denominação de carreiras de Estado, submetidos a regime jurídico próprio, com independência funcional e autonomia administrativa, imunes a qualquer diretriz de governo 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 à total imobilização do governo.

O mais grave é que tanto a imobilização das estruturas de governo quanto a desvalorização do Parlamento, com a demonização da política, têm como pressuposto o esvaziamento da democracia pela condição subalterna à qual é lançada a soberania popular, isto é, a legitimidade dos atores estatais investidos de poder pelo voto popular. Somente o concurso público e o manejo da técnica são tomados como processo legítimo de investidura de Poder Público, em posição acima dos operadores da política. Em resumo: seria 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, de acordo com

a lógica de esvaziamento e judicialização do Parlamento. A moda constitucional diz que quanto menos política e governo melhor, afinal o mandato macula a ordem herdada do poder constituinte e somente por uma intervenção do judiciário a pureza constitucional será conservada. Não é outra a razão de o controle de constitucionalidade ser sempre conjugado com a mutação constitucional, porque 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, e o Parlamento sobre o controle de constitucionalidade, como legítima forma de manifestação da soberania popular.

Verifica-se o 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, Constituição outorgada.

É preciso que o Ministério Público seja capaz de auxiliar o Legislativo e a sociedade brasileira a desfazerem tal armadilha. O presente e o futuro da sociedade somente serão válidos na medida em que decorrerem da democracia. Democráticos são, sobretudo, os poderes que derivam do voto. Não é possível, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal (STF) exerça as atribuições que se esperam do Senado, pois no desempenho destas atividades o Judiciário não detém legitimidade.

O modelo adotado para a estruturação do Ministério Público pelo poder constituinte de 1988 não pode e não deve ser adotado pelas instituições que compõem a estrutura do Poder Executivo, uma vez que 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 intervenção em políticas públicas, razão por que pode-se afirmar que chegou agora a estágio de amadurecimento. Esta é uma prerrogativa que, não obstante, não deve estar difusa em todos os órgãos do Estado, como a defensoria e a advocacia públicas, e sim concentrada em um órgão externo aos demais poderes, com tradição na tutela destes 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 buscou-se resgatar a importância do Parlamento federal como genuína manifestação da soberania popular. Esta 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, esta dicotomia entre os elementos jurídicos e políticos exacerbou-se, também, na radicalização entre os ditos interesses de Estado e de governo, estes 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 segmentos da sociedade. Vale dizer, 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, uma vez que o elemento jurídico, por si somente, não é capaz de apaziguar o permanente conflito social.

Sustenta-se que é preciso honrar o enunciado constitucional de que a República brasileira estrutura-se enquanto um Estado democrático de direito, no qual estes dois elementos devem coexistir harmonicamente, quer como uma democracia balizada pelos cânones jurídicos, quer como um Estado de direito que se submete à soberania popular.

É necessário articular uma teoria que seja capaz de resguardar a democracia e que tenha no Parlamento a expressão da soberania popular, a expressão máxima da soberania popular.

O que torna legítima a Constituição de 1988 não é nenhuma suposta “mágica” jurídica decorrente do poder constituinte originário. O que torna a Constituição de 1988 legítima, e tudo que dela decorre, é que ela foi gestada a partir de uma Assembleia Nacional constituinte eleita pelo voto popular. Não se trata de “mágica”, mas de um processo político – um elemento político de soberania popular.

## REFERÊNCIAS

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

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

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. 2, 1997.

\_\_\_\_\_. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.



LIMA VAZ, H. C. **Ética e direito**. Organização e Introdução de Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Landy/Loyola, p. 34-36, 2002.

MOREIRA, L. Legitimação do Direito em Habermas. **Revista Esclarecimento e Crítica**, Nuremberg, ano 9, n. 1, p. 70-88, 2002a.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação do direito em Habermas**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002b.

\_\_\_\_\_. **A Constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, M. A. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

SKINNER, Q. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, p. 285-301, 1996.

#### BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. 1, 1997.

NEGRI, A. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

## PARTICIPAÇÃO SOCIAL EM ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS

Alexandre Kalil Pires\*

### 1 INTRODUÇÃO

No período anterior à Constituição de 1988, ditadura e transição democrática, a autonomia do administrador público lhe permitia desenvolver agendas próprias independentemente das demandas sociais, facilitando assim a introdução de práticas patrimonialistas em relação às instituições. A burocracia minimizava a relevância do debate político no exercício de opções técnicas. Esta mistura de gestor patrimonialista autônomo e tecnoburocracia autocentrada criava um quadro tanto de alienação do sistema político do processo decisório quanto, desta maneira, de opacidade da administração diante da sociedade civil. Estes dois aspectos são inadequados numa sociedade democrática.

A Constituição buscou enfrentar esses problemas pelo reforço do Poder Legislativo; criação de instâncias de participação social, instrumentos e instituições de proteção à sociedade civil; e detalhamento da agenda do Estado a ser perseguida pelo Executivo.

Entretanto, desde o advento da Constituição de 1988, o foco principal tem sido a estruturação de formas institucionais de controle da administração pública. São exemplos deste movimento o aumento dos poderes do Tribunal de Contas da União (TCU), a intensificação da ação do Ministério Público Federal (MPF) e a estruturação do controle interno do Poder Executivo. Contra a burocracia, novas burocracias.

Legislaturas consecutivas reforçaram os instrumentos de controle sobre o Executivo sem uma avaliação de como estes instrumentos afetavam a garantia de implementação dos preceitos constitucionais. Este processo foi agudizado por inúmeros casos de mau uso dos recursos públicos e de corrupção que a

---

\* Da Diretoria de Articulação e Inovação Institucional da Secretaria de Gestão do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão (Seges/MPOG).

transparência democrática expôs. O clamor pela eliminação dos desvios tem dado suporte a uma hipervalorização do controle formal, executado por instâncias burocráticas. Estes problemas induziram ao reforço de instrumentos de controle processuais, formais. Deste modo, as estruturas de controle indiretas da sociedade sobre o governo se circunscreveram principalmente na legalidade dos atos.

Num plano mais geral, também tem proliferado a proposição de instâncias de participação social, tais como audiências públicas, conselhos consultivos etc. Durante o governo Lula este processo foi acelerado, especialmente em relação a espaços consultivos e deliberativos relativos a políticas públicas. São exemplos inequívocos a criação do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, a realização de mais de 30 conferências nacionais, e a instauração de diversos conselhos. Também importantes são as ouvidorias, que permitem a vocalização de demandas e críticas individuais. Está faltando um avanço na representação coletiva de interesses na governança das instituições.

Em organizações voltadas à implementação das políticas públicas, com poderes e recursos específicos para a finalidade que foi criada, essa participação representaria significativo instrumento de reforço da governança. Estas organizações interagem com a sociedade, o sistema político e os demais poderes de forma não estruturada, dependendo muito da escolha, por parte de autoridades do Executivo, dos interlocutores que irão influenciar na decisão. Todo este processo se passa à margem da sociedade, que eventualmente pode vir a ser consultada, mas que não tem poder de participar da decisão. Em grande medida isto corresponde a um ônus da democracia de massas.

O MPF, em particular na defesa dos direitos difusos, mas em alguma medida também os demais órgãos de controle, dá voz a atores que não têm participação ativa pelos mecanismos usuais. Como a ação destes órgãos tem caráter punitivo, tendem a fomentar relações polarizadas que acabam num processo de judicialização das decisões sobre administração pública. Cria-se então um conjunto de relações conflituosas que se manifestam nas relações entre as organizações, disputas legais em diversas instâncias – como na mídia, por exemplo –, gerando-se uma resposta mais lenta da administração às demandas da sociedade.

O objetivo deste capítulo é refletir sobre a possibilidade de estruturar instâncias deliberativas nas organizações executoras de políticas públicas, nas quais as diversas partes interessadas possam se manifestar coletivamente, assim como seu consenso ou maioria ter assento no espaço de decisão organizacional. Deste modo seriam trazidos à luz interesses legítimos, ainda que conflitantes, de diversos atores sociais, dando voz à sociedade de forma direta – e não por meio da interpretação de burocracias qualificadas, mas tendentes a assumir uma parte da diversidade social.

Cabe ressaltar de início que o primeiro grande nível de participação social na definição de políticas públicas é a eleição do Congresso e do presidente da República por meio do voto. Estes atores definem as políticas de Estado e de governo respaldados pela maioria da sociedade. Deste modo, os espaços aqui discutidos seriam de debate sobre *como* estas políticas devem ser implementadas pela organização, e não se elas são as mais corretas. Este debate cabe à sociedade como um todo, não a segmentos.

Toda e qualquer representação que componha instâncias consultivas ou deliberativas de uma organização deve visar representar a maioria de seus usuários, mas sempre será de minoria da sociedade. A representação do governo deve, portanto, ser maioria no espaço deliberativo e responsável por articular os processos decisórios da organização com a estratégia geral de implementação das diversas políticas. Instrumentos de democracia direta devem ser reforçadores da democracia representativa numa sociedade complexa como a atual.

O objetivo central é construir um modelo de governança institucional que propicie, aos responsáveis pela organização, uma legitimidade mais consistente diante das estruturas de controle, corporações, mídia etc., quando da implementação de políticas definidas no espaço representativo.

São questões cruciais:

- Qual é o papel do controle social nas organizações?
- Como qualificar as partes interessadas e escolher os representantes?
- Como estruturar esta participação na governança da organização?

Para efeito desta reflexão, parte interessada é parcela da sociedade civil ou empresarial com interesse específico e *ativo*, numa relação com a organização (usuário de bem ou serviço, regulado, vizinhança etc.). Interessado ativo é aquele que se dispõe a alocar seu tempo e recursos para participar. É a sociedade que define quem tem relação com a organização, e não esta que define seu público.

Não são partes interessadas aqueles que são fornecedores, inclusive de mão de obra, porque seus interesses são potencialmente contrários às partes interessadas, pois lutam por fatias maiores de recursos organizacional em prejuízo das demandas daquelas. Tampouco são partes interessadas entidades que tenham interesse difuso na organização. Eis alguns tipos de organizações ou grupos que não são considerados partes interessadas neste artigo: grupos internos à organização; representantes de grupos internos (sindicatos, associações); entes paraestatais – Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Crea), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e similares; partidos políticos; empresas contratadas para execução de serviços ou obras; e igrejas.

Entidades com interesses difusos, ou seja, organizações que representem uma pequena parcela dos seus interesses, são na verdade atores do espaço de formulação das políticas.

Especificamente em relação aos servidores da organização, cabe esclarecer que, apesar de terem interesse no melhor desempenho organizacional, também têm legítimos interesses na melhoria dos investimentos no corpo funcional. O decisor final na organização é o conselho deliberativo. A participação dos servidores no conselho deve buscar representar seus próprios interesses, e não os da sociedade.

## 2 QUAL O PAPEL DO CONTROLE SOCIAL NAS ORGANIZAÇÕES?

Mais de 20 anos de normalidade democrática pós-ditadura não lograram apagar resquícios de autoritarismo estatal, visíveis no processo de formulação de políticas ainda centralizado na esfera federal, na baixa participação social na governança pública, e nas estruturas decisórias hierarquizadas.

O controle da administração pública é, essencialmente, institucional, e incide *a posteriori* sobre os atos administrativos, desempenhado por órgãos cujo foco é o controle da lei: Controladoria-Geral da União (CGU), Tribunal de Contas da União (TCU), Ministério Público e tribunais. São tênues mecanismos que privilegiam o controle social efetivo da ação, exercido *ex ante*.

A cultura dominante, de desconfiança no gestor público, pode ser encontrada dentro e fora da administração. A tendência de limitar o espaço de atuação autônoma do administrador e de penalizar sua conduta está tão presente nas atividades dos órgãos de controle quanto na lógica interna da administração pública. Isto é visível nos excessos de conteúdo das legislações de iniciativa do Poder Executivo, nas disposições normativas, e culmina por limitar desnecessariamente o administrador.

A discussão não pode envolver o embate entre instituições. O regime democrático exige instituições democráticas fortes e legitimadas. Promover o confronto entre corporações não é produtivo, não leva à construção do futuro; pelo contrário, enfraquece a democracia.

Os poderes Executivo e Legislativo em conjunto definem as grandes diretrizes nacionais, traduzidas em leis, planos, projetos, quem irá executá-los, que metas deverão perseguir, quais padrões atingir. Porém, as instituições responsáveis por implementá-los enfrentam uma série de questionamentos nas opções de encaminhamento concreto, muitas vezes objeto de suspeição. São situações típicas: alternativas tecnológicas; priorização de públicos ou regiões; impactos ambientais, paisagísticos e sociais; contratações por dispensa de licitação etc.

Em todas essas situações as decisões técnicas podem ter forte impacto social, seja por realizar ou por postergar o atendimento de uma demanda da sociedade.

O controle social visa pressionar as instituições a serem mais ágeis e transparentes, e também propiciar um suporte de legitimidade às decisões de direção. Trata-se de instância política da comunidade de usuários de um serviço público. Para poder bem exercer este papel é essencial que sua composição abrigue o contraditório das partes interessadas. Não é um conselho de apoiadores, mas de críticos interessados de modo objetivo num determinado padrão de resultado da organização, e legitimados por um conjunto de atores sociais.

Outra dimensão é de um mecanismo adicional de informação ao Poder Legislativo, centrado no controle de finalidade do uso dos gastos públicos e na razoabilidade do montante das despesas efetuadas. Somar-se-ia deste modo à visão técnica dos tribunais de contas uma segunda opinião, a dos reais beneficiários. Do ponto de vista operacional, ao cobrar mais transparência das organizações, torna-se facilitada a atividade dos órgãos de controle, e ao cancelar decisões da direção – ou determiná-las –, estimula-se um maior compromisso com os resultados de interesse da sociedade.

A preocupação da sociedade brasileira com o controle do gasto público vem aumentando. Este controle deve ser pautado pelo princípio da razoabilidade, ou seja, o custo do controle deve ser menor que o custo da irregularidade. Diante do grande número de atores públicos gerenciando recursos, a fiscalização precisa ser de modo aleatório, ou por denúncia. Desta maneira, um grande número de organizações fica sem fiscalização efetiva, ou apenas indiretamente fiscalizada, pelos órgãos a que estão vinculadas. Conselhos sociais que vocalizem os conflitos de interesse na sociedade também alertarão os órgãos de controle no caso de irregularidades, pois sempre haverá uma parte interessada que estará sendo prejudicada.

Finalmente, a participação social em conselhos consultivos e deliberativos das organizações públicas pode responder ao Artigo 37, § 3º, da Constituição:

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

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

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

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.”

Este dispositivo ainda não foi regulamentado. Portanto, há uma importante oportunidade para constituir espaços mais robustos de governança institucional e social.

### 3 COMO QUALIFICAR AS PARTES INTERESSADAS E ESCOLHER OS REPRESENTANTES?

Normalmente, quando são compostos órgãos com participação da sociedade, como conselhos consultivos, o próprio ato de criação especifica os membros do colegiado, quase sempre na forma de instituições que têm interesse difuso na matéria, como se fosse uma subdelegação do Legislativo para estes atores o representarem na matéria. Isto cristaliza as forças sociais ouvidas em determinado fórum e dificulta a representatividade no conselho do debate social sobre o mesmo.

Numa organização voltada à execução, este ponto é mais crítico, pois interesses objetivos são mais diretamente afetados. Para os conselhos reforçarem a legitimidade objetiva da administração, eles devem ser representativos das demandas, expectativas e pressões exercidas sobre a organização.

Um primeiro esforço é tipificar as partes interessadas; o segundo é escolher os representantes. A tipificação consiste em qualificar o tipo de demanda a ser representada e seu número de representantes no conselho. Se dois grupos sociais diferentes entre si demandarem a mesma tipologia de atuação pela organização, eles devem ser tratados como um único grupo de interesse.

Um instrumento possível para identificar e organizar as partes interessadas, pessoa física ou jurídica, é a realização de audiências públicas específicas. A ideia aqui é que os efetivos participantes da audiência pública são partes interessadas ativas e representam a demanda da sociedade sobre a instituição, ou seja, aquele que se abstém de participar da audiência pública está implicitamente aceitando ser representado. Dos interesses porventura não manifestados se espera organização para manifestação em ciclos posteriores, num processo social de aprendizagem democrática. Audiências nunca serão substitutos de processos eleitorais, e a construção da legitimidade das representações será paulatina e proporcional ao processo de aprendizagem social.

As audiências seriam espaço de qualificação, manifestação do interesse objetivo e organização dos diversos interessados por tipologia de parte interessada, e instância de validação da tipologia proposta. Os grupos organizados definiriam seus representantes numa instância consultiva da organização. Esta instância definiria representante(s) no espaço deliberativo com mandato anual.

Evidentemente outras formas de seleção são possíveis, como indicação pelos pares e assembleia de pais (em escolas). O importante é que exista uma relação de identidade entre os representantes nos conselho consultivo e deliberativo e seus representados. Um representante da sociedade civil não pode representar apenas a si mesmo.

Os representantes do conselho consultivo no conselho deliberativo deveriam reportar com maior frequência os temas em debate e decisões tomadas de forma a

manter os primeiros bem informados, e capazes de repassar a seus representados, bem como ter seu papel representativo reforçado. Admitindo-se que os representantes do conselho consultivo irão reverberar o debate, tem-se uma dinâmica em que a sociedade poderia participar de forma realmente ativa da execução dos fins das organizações públicas.

O mecanismo proposto pretende ser mais uma opção, a ser usada isoladamente ou em conjunto com outras alternativas. Quanto mais complexa a instituição, mais complexo o desenho. A sociedade evolui por processos interativos, ajustando-se às situações concretas. Processos de eleição direta – como ocorre em universidades e escolas e em organizações da sociedade civil – são mecanismos importantes nesta evolução da sociedade, e sua legitimidade inspira este texto. Será uma evolução, por ampliar o envolvimento da sociedade com as políticas públicas, superar a indicação dos representantes da sociedade civil em conselhos por algum mecanismo de legitimação social desta representação.

#### **4 COMO ESTRUTURAR ESTA PARTICIPAÇÃO NA GOVERNANÇA DA ORGANIZAÇÃO?**

Da teoria da governança empresarial vem a caracterização do conflito de agência. A relação de agência ocorre quando um conjunto de acionistas outorga a um grupo de executivos a responsabilidade por gerir a organização. Os outorgantes esperam estar contratando decisões que maximizem o valor do empreendimento, a riqueza dos acionistas e o retorno de seus investimentos. Os gestores buscam seus próprios interesses, como rendimentos e carreira, podendo conflitar com os interesses dos acionistas. Os conselhos de administração têm como principal tarefa mediar este conflito.

Na esfera pública o sistema eleitoral faz um papel análogo. Fazendo uma equivalência com a gestão das corporações privadas, elege-se o conselho de administração (Legislativo) e o seu presidente (chefe do Executivo). O sistema político, por intermédio deste ato de delegação original, o voto, supõe que estes são os únicos intérpretes da vontade popular, podendo subdelegá-la aos diversos administradores de organizações públicas. Estes recebem, além da função de gerência, a função de interpretar as necessidades e demandas sociais, dentro dos limites da política pública aprovada pelo Legislativo, realizando ações para atendê-las. Eventuais erros na leitura das demandas sociais serão cobrados do agente que recebeu a delegação original (presidente, governador, prefeito).<sup>1</sup>

Dada a cadeia de comando dentro do Executivo, se estabelece um verdadeiro telefone sem fio. O dirigente do órgão está distante da leitura do agente principal,

---

1. No caso de organizações do Legislativo, a cobrança costuma incidir sobre os presidentes das casas. Devido à sua visibilidade, os erros dos tribunais de contas em particular costumam incidir sobre a própria corte.



eleito pelo voto, em cada situação específica. O agente principal não tem como conhecer a infinidade de situações de contorno socioambientais necessárias ao processo decisório.

A leitura pessoal da realidade socioambiental em que atua, associada à dificuldade de compreensão dos interesses do agente principal, induz a um uso inadequado do poder discricionário. Desta maneira, suas decisões estão sob crítica de todos os lados (governo, sociedade e controle externo).

Observe-se que o gestor de uma organização pública está sujeito a um duplo conflito de agência: diante do agente principal e diante das partes interessadas. O conflito poderá ocorrer inclusive por um alinhamento pleno com a política do agente principal, que pode ter optado por preterir algumas partes interessadas em benefício de outras. Esta é a razão por que no conselho deliberativo deve ser garantida a maioria de representantes do agente principal.

A instituição de conselhos consultivos e deliberativos com a participação das partes interessadas, escolhidas por seus pares, busca dar maior suporte de legitimidade às ações de gestão e constituir canal de sinalização e reverberação das demandas sociais ao agente principal durante a gestão. Deste modo, ajuda a diminuir o hiato de visibilidade da vontade popular que se estabelece entre as eleições.

Na inexistência de espaços formalizados, os diversos grupos de interesse buscam influenciar os decisores de políticas públicas em espaços institucionais ou privados não simétricos, criando um expressivo déficit democrático na condução das coisas públicas.

É importante diferenciar o papel do conselho consultivo e do conselho deliberativo em termos políticos e administrativos, quanto à sua relação com a diretoria da instituição. O conselho consultivo é um espaço de maior representação da sociedade, sem qualquer poder hierárquico sobre a diretoria. É uma instância de escuta da sociedade, ou seja, seu caráter político se dá pela participação, e não tem qualquer responsabilidade administrativa. Ao conselho deliberativo, usualmente, compete deliberar sobre a política geral de administração da entidade, seus planos de benefícios, orçamento anual, e suas alterações e planos de aplicação do patrimônio. Também é comum o colegiado validar decisões de diretoria.

O conselho deliberativo é, enfim, um espaço de decisão, ou seja, a representação política é carregada de responsabilização. Do ponto de vista administrativo, é uma instância superior à diretoria, determinando-lhe a estratégia a ser seguida. Como decorrência desta diferenciação de papéis, é usual que o conselho deliberativo seja remunerado, e o consultivo, não.

## 5 CONCLUSÃO

A sociedade tem crescentes demandas sobre as estruturas do Estado: por melhores serviços, melhor ambiente competitivo, uma vida melhor e mais segura. Para ter tais demandas atendidas, delega aos agentes do Estado uma série de poderes que implicam alguma restrição ao espaço individual. Estes poderes podem ser direcionados de formas diversas, e, para ter certeza de que serão usados de forma correta, a sociedade estabelece inúmeras formas de controle do aparelho governamental.

Após 1988, os mecanismos de natureza institucional foram bem desenvolvidos. Entretanto, o controle direto pela sociedade não acompanhou este desenvolvimento. Este capítulo buscou identificar maneiras para que este tipo de instrumento seja operacionalizado, na certeza de que a sociedade é o melhor árbitro de suas demandas, e que cabe construir mecanismos adequados de expressão.

Evidente que cada instituição terá seu desenho diferenciado de governança e participação social. Algumas apoiadas em processos eletivos simples, outras em mecanismos propostos neste artigo, e outras ainda em processos eletivos de instituições. Qualquer que seja a maneira, é relevante que os representantes da sociedade tenham o suporte da legitimidade diante daqueles que representam, e que esta vinculação seja explícita e constantemente renovada.

Finalmente, do ponto de vista da sociedade, a construção de um processo de representação de interesses é uma importante base de desenvolvimento da cidadania, formação de quadros políticos e reforço da democracia. A democracia também é reforçada quando a disputa entre os diversos grupos de interesse ocorre em espaços transparentes, nos quais interesses contraditórios igualmente legítimos são expressos e as decisões são tomadas com as posições claramente colocadas. A Constituição é clara em sinalizar a necessidade de relações estruturadas entre Estado e sociedade. É importante seguir esta sinalização também na dimensão da governança das instituições.

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, A.; ROSSETTI, J. P. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BENETON, M. A. H. **Constituição do estado de São Paulo anotada – Constituição Federal atualizada**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2006.

PIRES, A. K. Gestão e controle: tensões recorrentes. In: **III Congresso CONSAD de Gestão Pública**. Brasília, 2010.



## **O DEBATE SOBRE A PROPOSTA DE LEI ORGÂNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA SÍNTESE DAS APRESENTAÇÕES EM CINCO RODADAS DE DEBATES *DIREITO E GESTÃO PÚBLICA***

Camila Romero Lameirão\*

### **1 INTRODUÇÃO**

Este capítulo tem o objetivo de apresentar resumidamente os principais pontos discutidos em cinco encontros realizados no âmbito do projeto Ciclos de Debates Direito e Gestão Pública, ocorridos entre agosto e dezembro de 2009. O projeto foi instituído pela Portaria nº 97, de agosto de 2009, tendo como base a competência legal da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Seges/MPOG) de “formular, propor, coordenar e apoiar a implementação de planos, programas, projetos e ações estratégicas de transformação da gestão pública”.<sup>1</sup> Segundo a portaria de criação, os ciclos têm a missão de “promover a discussão e a produção de conhecimento a respeito de novos caminhos e referenciais para a gestão pública no Brasil”.

As rodadas de discussão promovidas por esse projeto foram iniciativas do MPOG e da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), apoiada pela Procuradoria Geral da República (PGR), com o propósito específico

---

\* Doutoranda em ciência política na Universidade Federal Fluminense (UFF).

1. Como prevê o Decreto nº 6.081 (Artigo 24, inciso II), de 12/04/2007, segundo o qual as iniciativas da secretaria no âmbito da gestão pública deveriam voltar-se para a promoção e o fortalecimento “a) da capacidade de formulação estratégica, incluindo-se formas de participação e interlocução com segmentos beneficiários com foco nas prioridades de governo, definição, mensuração, acompanhamento, avaliação e divulgação de resultados e do desempenho organizacional; b) de concepções de estruturas organizacionais e modelos de gestão voltados para a melhoria da eficiência, eficácia e efetividade dos programas governamentais; c) da transparência, controle social, prestação de contas e conduta ética na gestão pública; d) da simplificação e otimização de regras, processos e atividades de órgãos e entidades da administração pública federal, incluindo-se ações de regulamentação e desregulamentação de atividades de órgãos, entidades e sistemas estruturantes da ação administrativa estatal; e) de concepções e estruturas de função pública, normas, critérios e modelos jurídico-institucionais condizentes com a variedade de requisitos operacionais das diversas ações e funções estatais; f) da otimização da alocação de recursos para o alcance dos resultados visados; e g) de sistemas de informações, aprendizado, competências e conhecimento necessários à excelência dos processos organizacionais.”

de debater o anteprojeto de uma nova lei orgânica da administração pública brasileira, formulado por uma comissão de juristas a pedido do ministério.<sup>2</sup> Estes encontros serviram para divulgar o conteúdo do anteprojeto de lei para o público em geral, e promover a sua discussão entre representantes da Justiça, dos poderes Executivo e Legislativo, de diferentes esferas de governo, e do meio acadêmico, especificamente da área do direito. Grande parte dos expositores convidados eram favoráveis ao conteúdo do anteprojeto, o que não impediu, todavia, a manifestação de críticas e questionamentos à proposta de lei, tornando os encontros de fato um espaço propício ao debate.

Todas as exposições e manifestações feitas pelos participantes de cada uma das cinco rodadas do projeto foram gravadas e transcritas, sob responsabilidade da Seges/MPOG, e constituem a base deste texto, que procura retratar de forma resumida o teor geral das discussões que marcaram cada encontro. Assim, o principal material de referência para a elaboração deste capítulo consistiu no amplo conjunto de apresentações reunido a partir das transcrições dos debates. A proposta do texto é descrever as interpretações, diagnósticos, sugestões e depoimentos sobre, fundamentalmente, as seguintes questões que estariam afetando a organização do Estado e o processo administrativo brasileiro: o fenômeno de judicialização da política; a relação entre os poderes da República; as reformas legais na administração pública; e o sistema de controle de órgãos e entidades estatais.

O capítulo expõe, portanto, cinco encontros do projeto Ciclos de Debates, em seções específicas organizadas cronologicamente. Para efeito de ordenação do texto, o encontro ocorrido em agosto de 2009 foi considerado o primeiro do projeto, e o encontro organizado em meados de dezembro do mesmo ano, o quinto. Nas seções do texto, a fim de se expor resumida e objetivamente o conteúdo de cada rodada de discussão, as informações foram organizadas e sistematizadas de forma a se retratar apenas os temas centrais de cada encontro e as respectivas apresentações que se concentraram nestes temas, não havendo menção ao nome de nenhum expositor ou participante.<sup>3</sup> Desse modo, o texto e, conseqüentemente, a exposição dos debates, foram estruturados de modo objetivo e impessoal. Todas as seções têm um caráter descritivo, isto é, refletem apenas as visões, ideias e experiências apresentadas pelos expositores. Somente nas considerações finais são feitas reflexões e juízos sobre o encaminhamento do projeto.

---

2. A Portaria nº 426, de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, constituiu "comissão com o objetivo de elaborar anteprojeto de lei orgânica da Administração Pública Federal, e entes de colaboração, composta pelos seguintes professores: Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Sérgio de Andréa Ferreira". Em julho de 2009, o então ministro do Planejamento Paulo Bernardo e o secretário de gestão Marcelo Viana receberam oficialmente da comissão de juristas os resultados do trabalho, consubstanciado em um anteprojeto de lei.

3. Há em anexo, ao fim deste capítulo, a relação dos nomes dos expositores que se apresentaram nos cinco encontros e das respectivas funções e órgãos que representavam.

O relato da sequência dos debates mostrará mudanças na tônica das discussões. Inicialmente muito centradas nos temas gerais subjacentes à proposta de reforma legal da administração pública, como a separação de poderes e a judicialização da política, passaram a focar as questões propriamente vinculadas ao conteúdo do anteprojeto de lei orgânica. Os dois primeiros encontros se caracterizam pela discussão dos temas gerais que, na visão dos expositores, afetam o arranjo institucional do Estado democrático e o funcionamento da administração pública no Brasil. Nestas duas primeiras rodadas, as apresentações procuram definir, em termos analíticos e teóricos, os problemas que incidem na gestão pública e justificam reformas legais no âmbito administrativo. Por sua vez, os três últimos encontros têm como eixo a discussão do anteprojeto de lei orgânica e constituem um espaço importante de debate e reflexão sobre o conteúdo normativo que regula a administração pública brasileira. Estas três rodadas de discussão também proporcionam, a partir das exposições de diversos gestores, um registro empírico da realidade gerencial no setor público, em diferentes níveis administrativos e esferas de governo. Nas seções 2 a 6, cujos títulos enunciam os eixos de discussões de cada debate, são relatados os temas e questões que marcaram as cinco rodadas do projeto no ano de 2009.

## **2 DIREITO, POLÍTICA E GESTÃO PÚBLICA: TENSÕES QUE DESAFIAM O ESTADO BRASILEIRO**

O primeiro encontro no âmbito dos Ciclos de Debates, realizado em agosto de 2009, um mês após a entrega do anteprojeto pela comissão de juristas ao MPOG, marcou o início das discussões do projeto e se organizou em torno do seguinte tema: “principais aspectos que incidem na ação estatal”. As apresentações enfatizaram as dificuldades que atualmente desafiam o processo de gestão do Estado brasileiro. Em linhas gerais, as exposições realizadas apresentaram visões semelhantes sobre a natureza dos conflitos e entraves que estariam obstando a atuação da administração pública federal, convergindo no entendimento de que o Poder Judiciário vem desempenhando um exacerbado controle sobre a ação estatal. Em linhas gerais, as instituições jurídicas e de controle, como o Tribunal de Contas da União (TCU) e a Controladoria Geral da União (CGU), imporiam obstáculos, especificamente, às ações governamentais, ao exigir o cumprimento de um excessivo formalismo legal.

Neste quadro, de dominação jurídica, a atuação do Poder Legislativo também estaria sob controle do Judiciário, na medida em que legislações aprovadas pelo Congresso Nacional, comumente, seriam contestadas quanto à sua validade constitucional, conferindo ao Supremo Tribunal Federal (STF) a posição de árbitro final das decisões legislativas. Entretanto, apesar do consenso a respeito da exacerbação do papel do Judiciário em relação à atuação do Executivo e do Legislativo, os expositores evocaram distintas explicações para este quadro, as quais refletiam os entendimentos e as experiências adquiridas em suas respectivas áreas

de atuação. Provenientes do meio acadêmico, do Judiciário e de carreiras da justiça, do Parlamento e de diferentes setores da administração pública, os palestrantes trouxeram diferentes explicações sobre a *judicialização* do processo de decisão política, cuja principal manifestação seria o antagonismo entre direito e gestão.

Primeiramente, foram apresentadas interpretações que enfatizam questões filosóficas referentes ao fenômeno de “juridicização do mundo, operado com a transformação do direito, pelo constitucionalismo, em operador das multiplicidades”. Isto significaria que o controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais, em diversas democracias do mundo, inclusive no Brasil, exigiria coerência “tanto dos atos estatais quanto das normas jurídicas com o que está prescrito pela Constituição”. Esta interpretação constitucional se moveria com o propósito de garantir uma unidade prescritiva, tendo como consequência a anulação das pretensões de diversidade e pluralidade que se manifestam no meio social, e se expressam, por meio do sistema representativo, no Parlamento. O atual sistema jurídico brasileiro estaria organizado de modo que os tribunais se sobreporiam às deliberações do Parlamento com vistas a validá-las.

De acordo com esse entendimento, o constitucionalismo impõe mecanismos institucionais de reprovação e determinação de condutas, sendo os pleitos e condutas desviantes restringidos pelo monopólio da força e pela introjeção da legitimidade originária das normas jurídicas que autorizam o Estado a prescrever condutas de modo unitário. A dominação jurídica opera-se pela estatização do público e do privado, promovendo nestas esferas a supressão progressiva das manifestações de liberdade, autonomia e flexibilidade, reduzindo-as à influência do Estado. Concretamente, este contexto afeta uma dimensão fundamental do processo democrático, a soberania popular, e, por consequência, os governos e representantes eleitos legitimamente que, muitas vezes, teriam sua capacidade de decisão política obstruída por interferência dos tribunais. Neste ponto, haveria um embate entre os princípios da legitimidade, que adviria do sistema democrático, e da legalidade, amparada nos princípios constitucionais. Para o expositor, a legalidade deveria “ceder lugar à pressuposição de legitimidade dos atos administrativos, de modo que sendo legítima seja também lícita a atuação estatal”. Além disso, considerou oportuna, como forma de frear “a tutela dos tribunais sobre o mandato”, uma reforma institucional que transforme o Senado Federal em câmara revisora, tornando-o responsável pela “revisão parlamentar do controle de constitucionalidade”, devolvendo ao “ordenamento jurídico a legitimidade, restabelecendo, com isso, a relação entre política e direito”.

Um segundo argumento dos expositores da área do direito identificou no crescente sentimento de depreciação da política entre as carreiras e os profissionais do meio jurídico a chave para se entender o antagonismo entre as esferas jurídicas e políticas constitutivas do Estado brasileiro, e a conseqüente predominância do

direito enquanto mecanismo de legitimação das ações estatais. Nesta perspectiva, “o mundo político seria dotado de uma feição que macularia os interesses do Estado”, forjando-se, assim, uma dicotomia entre o que seriam os interesses puros do Estado e os interesses maculados da política, cujo desdobramento seria a exacerbação do controle de constitucionalidade pelo STF. Este fenômeno se manifestaria em duas esferas – nos âmbitos do Poder Executivo e do Legislativo. Neste último caso o que ocorre é a substituição da “legitimidade do Parlamento federal, que provém da soberania popular, do voto, pela hermenêutica manejada pela cúpula do Poder Judiciário. Isso gera um déficit grave de legitimidade”. As palavras de um dos expositores demonstram objetivamente como neste quadro de rigoroso controle constitucional, o Parlamento e o Executivo, onde naturalmente se manifestariam as forças político-partidárias eleitas, seriam alvos frequentes de intervenção judicial, comprometendo as estruturas democráticas do Estado brasileiro.

No Parlamento haveria essa intromissão do político na criação do arcabouço legal, que macularia aquela ordem constitucional originária da Assembleia Nacional Constituinte. Tudo que provém do Parlamento, depois da Constituinte, atrapalha e conflita com a Constituição [,] e o Supremo tem que compatibilizar o tempo todo. Ou seja, a atividade do legislador segundo esse ponto de vista, ela é uma atividade que estraga a pureza originária da Constituição. No âmbito do Poder Executivo vemos [,] também, um sentimento crescente [,] neste mesmo aspecto, de que existem interesses do Estado que seriam manejados pelas carreiras de Estado e pelos profissionais que dominam o universo da técnica. E que seriam sabedores e conscientes do que é melhor para o Estado brasileiro. Interesses esses que se contraporiam aos interesses do governante que foi eleito pelo povo. Então, o governante é aquele que vem atrapalhar o serviço público, aquele que vem atrapalhar o Poder Executivo [,] que já sabe qual é a melhor solução para o Estado e para o povo brasileiro. Isso [,] também, com grave déficit de legitimidade.

A terceira perspectiva apresentada, que partiu de um dos autores do anteprojeto, identificou no desenvolvimento da corrente neoconstitucionalista a causa da “completa submissão do exercício da função administrativa e, conseqüentemente, da gestão pública e do gestor público ao Judiciário”, uma vez que esta vertente pressupõe a prevalência dos princípios constitucionais em relação às regras jurídicas. Conseqüentemente, “substituir as regras pelos princípios faz com que se tenha uma insegurança e um subjetivismo pelos tribunais absoluto”. No âmbito da administração pública as regras e normas jurídicas que antes deveriam informar a atuação administrativa passam a ser submetidas aos princípios da Constituição. Haveria, com isso, o enfraquecimento da capacidade de decisão sobre políticas (*policy*) na administração pública, isto é, desapareceria “a capacidade do administrador de fazer as devidas escolhas, claro que obedecendo a parâmetros legítimos, sem abusos ou excessos”. Eliminar-se-iam “as condições de resolver o caso concreto”.



O que os expositores, sobretudo da área jurídica, procuraram ao questionar esse quadro foi atentar para o singular papel da administração pública, que consistiria na concretização do direito, na satisfação concreta das necessidades da sociedade, nos campos, por exemplo, da saúde, da educação, do transporte e da segurança. A execução desta função, devido às especificidades de cada área de atuação, inevitavelmente demandaria do gestor a adoção dos meios corretos. Caberia justamente ao direito “regular a atividade administrativa, organizar administrativamente o governo, mas dando” ao administrador a oportunidade de, em situações concretas, “fazer as opções devidas”. Esta atribuição caberia ao direito administrativo, responsável por regular a competência, objeto, fórmula e finalidade do ato administrativo, sem, no entanto, obstruir a independência que a administração requer para desenvolver suas tarefas. Teria que haver neste nível uma compatibilização entre direito e gestão.

Sendo assim, o “controle jurisdicional da administração pública”, entendido como parte do sistema de freios e contrapesos entre os três poderes da República, não poderia servir de meio para hegemonia, no caso, do Poder Judiciário. Este tipo de controle não poderia facultar qualquer tipo de interferência indevida nos assuntos administrativos. Argumentou-se que, “de acordo com a divisão de poderes disposta na Constituição Federal (CF), cabe ao Judiciário julgar e atuar nos casos de lesão ou de ameaça de lesão ao direito. Portanto, cabe atuar, exclusivamente, no campo da juridicidade”. Consequentemente, os aspectos políticos e de escolha legítima por parte da administração não poderiam ser considerados pelo Judiciário.

Partiu de um parlamentar o reconhecimento de que o pacto constitucional de 1988 ensejou um grande número de constrangimentos ao funcionamento das instituições do Estado. Considerando que a CF foi elaborada “com o olhar no retrovisor, olhando o passado, buscando um antídoto à ditadura militar”, reconheceu que naquele momento não se discutiu a funcionalidade, a governabilidade das instituições, nem o equilíbrio da separação dos poderes, uma vez que o que se pretendia era eliminar uma ordem política autoritária, instituindo, para tanto, um sistema de controle entre os poderes, procurando reduzir o teor discricionário de cada um deles. Esta observação identificou concretamente o marco que teria originado o grande problema discutido, o da exacerbação do papel do Judiciário. Este problema seria o desdobramento de prerrogativas constitucionais facultadas a um dos poderes da República, ensejando a preponderância do Judiciário *vis-à-vis* o Executivo e o Legislativo. Para o expositor, haveria que se equacionar a funcionalidade dos poderes sob risco de um comprometer a atuação do outro. Nos seus argumentos é também possível identificar uma das razões que fomentam o desequilíbrio entre os poderes no Brasil – disputas políticas levadas à justiça, isto é, decisões políticas que têm sua validade contestada judicialmente pela oposição ou pela base governista, por meio de instrumentos como a “ação direta de inconstitucionalidade”. Situações

desta natureza tenderiam a tornar o Poder Judiciário uma extensão dos conflitos políticos que se estabelecem entre o governo e o Parlamento, conferindo-lhe, conseqüentemente, a posição de árbitro destes conflitos. Os agentes políticos deveriam, segundo o expositor, reconhecer suas respectivas responsabilidades neste contexto.

Por fim, os gestores públicos de diferentes níveis administrativos e esferas de poder convidados a participar da primeira edição do projeto Ciclos de Debates trouxeram interessantes depoimentos e diagnósticos sobre os fatores que, de acordo com as suas experiências na administração pública brasileira, desafiam a gestão do Estado. Talvez por atuarem no poder Executivo, os gestores não tenderam a diagnosticar apenas no Judiciário a responsabilidade pelas dificuldades enfrentadas no exercício da administração pública. Eles atentaram para as debilidades do Executivo que se manifestariam, por exemplo, no âmbito legal e na sua própria estrutura organizacional. Neste entendimento, criticou-se a incapacidade do governo em produzir leis que regulem práticas e arranjos administrativos necessários às funções acumuladas pelo Executivo. Falou-se, para tanto, em “modernizar o direito administrativo”, em torná-lo coetâneo às funções e demandas do Estado. Isto exigiria uma “eficaz interação entre Executivo e Legislativo” para a produção de leis “aplicáveis com mais facilidade e que não deem muita margem a evocar princípios básicos”, nem apresentem ambigüidades que justifiquem a interferência do Judiciário. Também se atribuiu responsabilidade à própria estrutura organizacional do Executivo pelas dificuldades que entravam o funcionamento da administração pública. A atual organização da Advocacia-Geral da União (AGU) não estaria provendo “ao gestor público apoio jurídico necessário para o desenvolvimento dos seus trabalhos”. Devido a uma estrutura de funcionamento centralizada, a AGU não se faria mais presente em áreas administrativas, e isto contribuiria para que o gestor não tenha suficiente apoio jurídico, “inclusive para contestar decisões consideradas equivocadas de parte dos órgãos de controle”. Nesta visão, a AGU estaria concentrando suas atividades no controle jurídico, muito mais do que no assessoramento jurídico à administração pública.

Os gestores também manifestaram críticas ao sistema vigente de controle das ações do Executivo, nos diferentes níveis de governo, que tenderia a obstar as ações da administração pública e a causar insegurança entre os gestores públicos. Falou-se na “ditadura dos controles”, cuja ênfase estaria nos carimbos e processos, isto é, os requisitos formais do ato administrativo, e não nos resultados dos serviços públicos. Neste sentido, reivindicou-se uma revisão no sistema de controle com o objetivo de que a fiscalização venha a recair, sobretudo, nos resultados destas ações. Como efeito de um “excessivo controle formalista” exercido pelos órgãos de fiscalização ter-se-ia, ainda, um quadro de criminalização e de conseqüente insegurança para os gestores públicos, que, enquanto responsáveis pela condução de um ato administrativo, podem passar a responder a processos

judiciais caso irregularidades ou imprecisões sejam detectadas no exercício de suas funções. Daí a reivindicação do auxílio da AGU para orientá-los, dando-lhes assessoramento jurídico nas diferentes etapas do processo administrativo.

### **3 ANTAGONISMOS E POSSIBILIDADES DE CONCILIAÇÃO ENTRE DIREITO E GESTÃO PÚBLICA**

Uma segunda rodada de discussão ocorreu em setembro de 2009 – quando foi inaugurado o núcleo regional do projeto no Distrito Federal –, com o objetivo de dar prosseguimento às discussões programadas. Neste evento, o tema proposto foi “limites da autonomia e do controle da administração pública”, e predominou, como no primeiro encontro, o interesse em discutir a posição do Judiciário e dos organismos de controle no contexto administrativo atual. O foco das apresentações girou em torno de críticas ao modelo de relacionamento vigente entre as instâncias jurídicas e de controle e a administração pública. Argumentou-se que estas instâncias estariam se caracterizando mais por um tipo de atuação repressiva do que preventiva. Para a superação deste quadro, os expositores defenderam, de forma quase unânime, que seria preciso conciliar direito e gestão pública a partir de práticas de assessoramento e consultoria jurídica pelas quais os gestores e organizações públicas pudessem orientar suas ações em consonância com o ordenamento legal. Caberia fundamentalmente à AGU exercer a função de assessoria jurídica junto ao setor público.

Mais uma vez, os pontos debatidos variaram conforme os campos de atuação profissional dos expositores – provenientes das áreas do direito, em maior número, e da gestão pública. Para os juristas, o tipo de conflito que estaria emergindo entre direito e administração pública seria o desdobramento de um antagonismo forjado no âmbito do sistema de separação de poder no Brasil, conforme disposto na Constituição de 1988. As exposições deste núcleo partiam, então, do pressuposto de que as dificuldades que afetam a gestão pública brasileira teriam suas raízes num arranjo desarmônico de poder, no qual o Judiciário assumiria uma posição de preponderância em relação ao Executivo e ao Legislativo. Este argumento, já bastante explorado no primeiro encontro, pode ser entendido como o pano de fundo que mobilizou as discussões do segundo. Por seu turno, os gestores públicos que se apresentaram neste evento expuseram as dificuldades gerenciais que vivenciam em suas respectivas áreas de atuação, conferindo ao debate um teor empírico.

Nas apresentações dos juristas, em primeiro lugar, foi formulada uma crítica à pretensão de algumas carreiras de Estado, principalmente as que pertencem aos quadros da justiça, de reivindicar “independência funcional e autonomia administrativa” perante o governo. Especificamente, esta aspiração pretenderia “a estruturação de carreiras fora do poder hierárquico, ou carreiras que tenham,

por um lado, independência e, por outro, autonomia administrativa, de forma a estarem imunes a qualquer ingerência política”. Como exemplo, citou-se o caso dos defensores públicos, que a partir do Projeto de Lei Complementar nº 137, de 2009,<sup>4</sup> buscariam independência em relação às “diretrizes governamentais hierarquicamente impostas”. Esta pretensão também seria observada entre as carreiras da advocacia pública e as carreiras policiais. Em todos estes casos se buscaria a equiparação ao estatuto da magistratura, que goza de autonomia administrativa e financeira (Artigo 99 da CF de 1988). No âmbito da AGU, as pretensões de independência seriam no sentido de a “organização exercer seu ofício não mais como um advogado do ato de governo, e sim como um defensor dos interesses do Estado, até contra o governo”. O entendimento entre os juristas é de que estas tendências observadas em algumas carreiras se manifestariam em função do movimento de judicialização da política, a partir do qual se produziriam antagonismos entre as esferas do direito e da política, do Estado e do governo.

Conforme enfatizado constantemente no primeiro encontro, as tensões entre o universo jurídico e a política decorreriam da predominância do Judiciário e dos órgãos de controle no arranjo de poder estabelecido pelo modelo constitucional de 1988. O exercício do controle da constitucionalidade e da legalidade facultaria aos tribunais e aos organismos de fiscalização, respectivamente, a prerrogativa de interdição em ações do Executivo e do Legislativo, gerando em muitos casos intervenções na condução e produção de políticas públicas, cuja consequência seria, no limite, a transferência para a esfera jurídica do poder de decisão política. Avançando neste entendimento, no segundo encontro colocou-se em questão se o protagonismo das instituições jurídicas no universo político tenderia a gerar oposições entre as carreiras do Estado e a esfera governamental. Neste sentido, “no âmbito do Poder Executivo, a dicotomia entre os elementos jurídico e político” se exacerbaria “na radicalização entre os interesses de Estado e de governo. Estes [estariam] supostamente maculados pela pecha da intervenção política, enquanto aqueles seriam supostamente sacralizados pelo manejo da técnica jurídica”. Uma das principais manifestações desta relação antagonica consistiria no entendimento de que algumas carreiras que compõem os quadros permanentes do Estado teriam a neutralidade e as condições técnicas necessárias para o manejo das políticas (*policy*), ao contrário das esferas governamentais – compostas por uma estrutura de governança flexível e por cargos de livre provimento –, nas quais os interesses político-partidários seriam a tônica das ações. Este entendimento justificaria a pretensão de algumas carreiras da justiça de reivindicarem um regime de autonomia administrativa e financeira.

---

4. O PLC nº 137, de 2009, foi convertido na Lei Complementar nº 132, em 7 de outubro de 2009. Esta lei “altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências”.

Esta condição garantir-lhes-ia a autossuficiência para se anteporem às ações do governo e controlá-las. Contudo, nas palavras de um dos expositores:

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 segmentos da sociedade. Vale dizer, é um erro substituir a atividade parlamentar pelo controle de constitucionalidade, bem como é um erro substituir a governança pelo extinto controle de legalidade com a intervenção da política. O elemento jurídico, por si só, não é capaz de apaziguar o permanente conflito social. O problema é que o elemento jurídico não resolve o conflito social (...) resolve o conflito de interesses dentro do processo judicial. O conflito social só se resolve no universo político.

Dando sequência às exposições, a apresentação de outro representante da área do direito procurou refletir sobre os instrumentos pelos quais as tensões e dicotomias que se formariam no âmbito do Poder Executivo poderiam ser superadas. Para tanto, deteve-se na análise da função conceitual e prática da AGU em relação ao ato administrativo do Executivo. Na sua visão, o papel da AGU seria justamente dirimir a intervenção dos órgãos jurídicos e de controle no curso do processo administrativo. Na prática, contudo, questionou-se se a atuação desta organização estaria sendo efetiva. Lembrando que, de acordo com a Constituição de 1988 (Artigo 131), caberia à AGU a representação judicial e extrajudicial da União, bem como as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, o expositor argumentou que as constantes intervenções de organismos jurídicos nos processos de formulação e implementação de políticas públicas poderiam significar, em certa medida, a inépcia da AGU no exercício de sua atribuição consultiva. Esta função deveria ser exercida, especialmente, na fase de formulação das políticas públicas governamentais, garantindo-se que estejam “em consonância com o ordenamento jurídico, de acordo com a Constituição, com as leis de regência e até mesmo com os atos de natureza infralegal”. A consultoria jurídica teria um componente de controle da legalidade, tendo suas decisões um caráter vinculante, portanto obrigatório, enquanto a assessoria jurídica seria uma função auxiliar, assessorando a autoridade administrativa apenas quando requerida, não se constituindo, portanto, em uma atividade de natureza obrigatória. Dessa forma, o expositor destacou que a dupla atribuição da AGU, de controle da legalidade e de assessoramento, demonstraria a impossibilidade de “separar completamente uma esfera jurídica de uma esfera técnico-administrativa”, isto é, a ordenação legal do processo de políticas públicas pelos advogados da União implicaria em viabilizar a realização de tais políticas. O papel da AGU seria, então, de “orientar o administrador [para o fato de] que entre os caminhos existentes alguns estão em consonância com o ordenamento jurídico”.

A partir de um diagnóstico do funcionamento da AGU no atual contexto administrativo, o expositor fez algumas considerações prescritivas sobre os desafios que permeiam a atuação deste órgão. Primeiramente, apontou um requisito fundamental que deveria orientar o exercício da consultoria jurídica, qual seja, a separação no seu processo de decisão entre o elemento político e o jurídico. Isto significaria que não se trata de o “advogado dizer se uma obra, por exemplo, deve ser feita ou não, entrar no mérito político da decisão, porque um governo foi eleito democraticamente para tomar este tipo de decisão”. O papel do advogado seria, especificamente, definir qual procedimento estratégico em consonância com o ordenamento jurídico deveria ser adotado para a consecução de tal obra. Sua função concentrar-se-ia exclusivamente no mérito jurídico da questão. Além disso, a temática da “uniformização de entendimentos” foi citada como uma grande dificuldade que afeta as atividades da AGU. O expositor ponderou que, no atual contexto de crescente judicialização da política, seria imprescindível que a AGU uniformizasse entendimentos entre as diferentes áreas da administração pública. Ou seja, as consultorias jurídicas de todos os ministérios deveriam compartilhar orientações jurídicas uniformes, de modo que nas áreas, por exemplo, de licitações, contratos e matérias de pessoal, os ministérios atuassem “de maneira mais harmônica, evitando, assim, que uma empresa que está lidando com o ministério ‘A’ viesse a “litigar contra a União, em face da União, porque num outro ministério está sendo adotado um entendimento diferente”. Sem dúvida, isto certamente diminuiria a quantidade de questões que se tornam objeto de litígio, contrabalançando o movimento de judicialização da política que atinge o processo administrativo.

Por fim, retomando a questão inicialmente levantada nesse debate, a respeito do comando hierárquico sob o qual as carreiras do Estado estão submetidas no âmbito do Poder Executivo, o expositor lembrou que é dever do advogado da União, assim como do procurador federal e do procurador da Fazenda Nacional, “atuar em juízo na defesa do ente público”, sob pena de afrontar o princípio de ampla defesa. O advogado não teria a opção de decidir por defender ou não uma política pública em juízo, uma vez que sua função é defender o Estado, e isto implica a defesa das políticas que são fruto de decisões governamentais. Dessa forma, a AGU deveria atuar em duas frentes no processo decisório de políticas públicas, tanto na formulação quanto na implementação – “na formulação, garantindo que a política pública esteja de acordo com o ordenamento jurídico, e na implementação, garantindo que a política pública, que foi objeto de uma formulação, de uma decisão, possa efetivamente ser implementada”.

Prosseguindo o debate, os gestores públicos da área da saúde realizaram suas apresentações procurando relacionar as questões levantadas neste encontro sobre os dilemas e tensões que caracterizariam o processo administrativo brasileiro, com as suas respectivas esferas de atuação em diferentes níveis federativos. A apresentação

de um dos gestores destacou a importância de se fortalecer o papel consultivo da AGU nos moldes do que foi sugerido pelo expositor anterior. Na sua visão, este assessoramento permitiria um entendimento entre o gestor público e o advogado da União no âmbito de algumas questões que, se seguida literalmente a legislação, conduziriam “à total inexecução de uma política”. Ou seja, diante de dúvidas a respeito da legislação que regula, por exemplo, a área de aquisições e compras e de contratação do Ministério da Saúde, o gestor demandaria da AGU esclarecimentos sobre o respectivo ordenamento jurídico para que as decisões do órgão pudessem se efetivar. Neste sentido, o expositor se referiu a medidas tomadas por aquele ministério para tornar alguns processos administrativos internos mais simplificados, reconhecendo a colaboração da consultoria jurídica no assessoramento destas mudanças. Exemplificou com o Decreto nº 6.860, de 27/05/2009, o qual possibilitou a separação dos processos aquisitivos, diferenciando os procedimentos de compra de produtos administrativos dos de medicamentos, que passariam, então, a ficar submetidos a coordenadorias específicas. Além disso, justificando a importância de uma maior interação entre a AGU e os gestores, expôs outro problema do ministério: as demandas judiciais para compra de medicamentos ou outros insumos da saúde. Embora afirmando que este tema vinha sendo debatido com a própria AGU, o STF, o Ministério Público (MP), além do TCU, o expositor queixou-se de que ainda permaneciam muitas dificuldades neste campo. O principal problema diagnosticado seria concernente aos procedimentos de aquisição dos insumos emergencialmente demandados por meio das instâncias judiciais. Considerando que por lei a aquisição de alguns destes insumos constituiria responsabilidade dos estados e municípios, e que as aquisições do Ministério da Saúde ocorrem por processos licitatórios cuja duração muitas vezes seria superior ao prazo estabelecido judicialmente para o cumprimento das demandas, tornando necessário que em algumas compras sejam feitas licitações emergenciais ou até mesmo se prescindia destes instrumentos, o gestor revelou que este quadro vinha causando ônus à União e, ademais, enfrentamentos com o TCU.

Outra representante do Ministério da Saúde referiu, especificamente, as dificuldades gerenciais enfrentadas pelo órgão desde, pelo menos, a promulgação da CF de 1988, que estabeleceu o Sistema Único de Saúde (SUS). Uma das principais deficiências seria a falta de autonomia para implementação de políticas que solucionassem, por exemplo, os déficits no desenvolvimento de um quadro de servidores de carreira na área da saúde. Conseqüentemente, o ministério ficou cerca de 20 anos sem realizar concurso público, utilizando como alternativa, para suprir a carência de pessoal, a contratação de consultores – que se tornaram os responsáveis pela elaboração das políticas públicas do órgão –, a partir de convênios financiados pelos organismos internacionais. Neste contexto, segundo a expositora, “o ministério procurou uma alternativa, porém sem o acompanhamento do



nível central e sem uma definição de uma política clara”. Uma demonstração do alheamento dos órgãos centrais em relação à realidade do ministério foi que a própria CGU estabeleceu auditorias para investigar a contratação de consultores por meio de convênios internacionais. A expositora reconheceu, no entanto, que os órgãos de controle contribuíram para acelerar a realização de concursos públicos no âmbito deste ministério, pois a partir dos termos de ajustamento de condutas estabelecidos pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), e também por pressão dos acórdãos emitidos pelo TCU, houve uma mobilização no Executivo para provê-lo com servidores concursados.

#### **4 A PROPOSTA DE ATUALIZAÇÃO DO MARCO LEGAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PRINCIPAIS DEMANDAS E DESAFIOS**

Em outubro de 2009 ocorreu a terceira rodada do projeto, marcando a inauguração do núcleo regional de São Paulo. Neste encontro, as discussões centraram-se basicamente no conteúdo do anteprojeto de lei orgânica. Assim como proposto na inauguração do núcleo do Distrito Federal, o tema para reflexão foi “limites da autonomia e do controle da administração pública”, mas as discussões giraram em torno de uma questão elementar, qual seja, a necessidade de atualizar o marco institucional do arranjo administrativo brasileiro. Deste modo, analogamente ao primeiro e ao segundo encontros, cuja maioria das apresentações consistiu em manifestações críticas ao atual *modus operandi* da administração pública no Brasil e às suas consequentes limitações, as exposições da terceira edição não deixaram de expressar um tom crítico. No entanto, detiveram-se na explanação dos principais pontos de mudança propostos pelo anteprojeto. Ficou claro no decorrer deste terceiro encontro que muitas das críticas feitas nos dois eventos anteriores se explicam em função das defasagens do modelo administrativo brasileiro, cujas principais referências constam do Decreto-Lei nº 200, de 1967, editado durante o regime militar.

Antecedendo as apresentações que aprofundaram as discussões sobre o anteprojeto de lei orgânica, houve a exposição de um parlamentar, também presente no primeiro encontro, que atentou para a dimensão política do relacionamento entre direito e gestão pública, colocando-o em termos de uma tensão entre legalidade e legitimidade. Ele argumentou que esta tensão presente no âmbito da administração pública seria o desdobramento de uma tendência de usurpação do princípio democrático originário das instituições representativas constituídas pelo voto popular, como a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. O Judiciário, na sua visão, estaria exercendo uma posição de poder moderador, assumindo decisões de natureza política, interferindo na condução de processos legislativos e na atuação do próprio governo, interrompendo, com isso, o fluxo de preferências, expectativas e demandas que ligariam eleitores e eleitos. Considerando que o Judiciário não se submete ao processo eleitoral, e consequentemente a escolha dos



seus membros não emana do voto popular, o parlamentar questionou justamente a legitimidade da intervenção deste poder nas decisões conduzidas pelo Legislativo e pelo Executivo, que expressam e representam a soberania popular. Assim, reconheceu serem as instituições representativas o *locus* democraticamente adequado para a condução de decisões políticas, dado que a Justiça “toma decisões não pluralistas, definitivas”. Para o expositor,

há de se estabelecer um processo normativo em que a política e a justiça se relacionem não apenas pela via da criminalização e da judicialização (...) a legitimidade precede a legalidade. A legitimidade funda a legalidade (...) deve-se colocar no cenário de normatização jurídica a sociedade como parâmetro.

Na continuação do debate, foram feitas duas apresentações que evocaram objetivamente o atual contexto institucional que organiza o funcionamento da administração pública brasileira, cujos marcos de referência são o Decreto-lei nº 200 e a CF de 1988 (artigos 37 a 43). A partir destas apresentações é possível identificar pontualmente as dificuldades que obstam o funcionamento da administração pública. Até então, as exposições realizadas no âmbito do projeto Ciclos de Debates haviam se concentrado em apresentar de forma geral um diagnóstico dos problemas que estariam afetando tanto a relação entre os poderes quanto a gestão pública no Brasil, muitas das vezes imputando uma relação de causalidade entre estas duas questões, tratando, assim, os atuais problemas da gestão pública como efeito da preponderância das instituições jurídicas e de controle em relação ao Executivo e ao Legislativo. Embora este argumento não possa ser descartado, é importante diagnosticar objetivamente os reais entraves à administração pública e investigar suas causas. Um dos autores do anteprojeto procurou esclarecer estes pontos em sua exposição.

Nessa exposição, sugeriu-se que as categorias constitutivas da organização administrativa, criadas pelo Decreto-Lei nº 200, não acompanharam os processos de mudança do Estado brasileiro, que passou, sobretudo com a redemocratização, a partir de 1985, por diversas redefinições no seu papel, organização político-administrativa, atribuições e competências. Sem dúvida, o principal marco destas mudanças foi a Constituição de 1988, que inclusive tratou da organização administrativa do Estado brasileiro, legislando sobre matérias relativas aos servidores, orçamento e licitação, entre outras questões. As definições estabelecidas pela Constituição geraram, no entanto, nos últimos 20 anos, um quadro de defasagem no âmbito da administração pública, tendo em vista que o Decreto-Lei nº 200 constitui ainda a referência normativa da administração e, não tendo passado por uma revisão legislativa, apresenta muitas “desconformidades conceituais” em relação à CF. Existiria, então, “a necessidade de reorganizar as categorias em função de todas as transformações que ocorreram nos últimos 40 anos [...] desde [a] tentativa de fazer isso no Decreto-Lei nº 200”. Assim, seria

“necessária e indiscutível” uma revisão. Seria oportuna, neste entendimento, uma reforma legislativa para incorporação das mudanças efetuadas ao longo dos anos que carecem de sistematização. O anteprojeto de lei orgânica da administração pública teria o objetivo de contribuir para esta revisão, constituindo um “esforço de sistematização das normas jurídicas no que tange à organização administrativa”.

Contudo, o objetivo de promover uma sistematização dos marcos organizatórios da administração pública implicaria também a regulamentação de alguns dispositivos constitucionais.<sup>5</sup> Além disso, é visto como necessária a reversão do regime jurídico único da administração pública, instituído pela Constituição de 1988. Este regime estabelece marcos regulatórios uniformes no âmbito da administração pública federal, estadual, municipal, das autarquias, das entidades de administração direta e das estatais. A obrigação do concurso público em todas estas esferas exemplifica o regime único. O expositor louvou esta obrigatoriedade, reconhecendo no entanto que “regras uniformes poderiam levar a enrijecimentos que gerariam soluções negativas”. Argumentou que entes administrativos com funções e estruturas de naturezas distintas se submeteriam a um mesmo conjunto de regras que, no entanto, poderiam provocar engessamentos nas suas gestões. O palestrante propôs a reversão deste processo.

Propomos a obrigação de um regime jurídico que seja compatível com a gestão estatal, como já praticado legitimamente em empresas dessa categoria, disciplinando alguns aspectos que ficaram no texto constitucional sem regulamentação e que se tornaram um veículo bastante importante de quebra desse regime unificado do direito público no Brasil. Eu me refiro ao contrato que até então vinha sendo chamado de *contrato de gestão*, a ser celebrado entre a administração pública e entidades estatais, ou mesmo entre órgãos hierarquicamente superiores e órgãos da administração direta, [previsto pelo] Artigo 37, parágrafo 8º da Constituição, por conta da emenda da reforma administrativa.

Desse modo, o anteprojeto propõe utilizar o contrato de gestão (Artigo 37, inciso XXII, § 8º), já previsto na Constituição, enquanto mecanismo para flexibilizar o regime jurídico que rege a administração pública. Para tanto, a proposta de lei orgânica alterou o nome deste dispositivo para *contrato de autonomia*,<sup>6</sup> que

---

5. Refere-se à regulamentação do § 8º, Artigo 37 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; e III – a remuneração do pessoal.” Este dispositivo foi incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

6. Segundo o Artigo 27, § 1º do anteprojeto de lei orgânica, “o contrato de autonomia é o contrato celebrado entre a entidade ou órgão supervisor e a entidade ou órgão supervisionado, por seus administradores, para o estabelecimento de metas de desempenho do supervisionado, com os respectivos prazos de execução e indicadores de qualidade, tendo como contrapartida a concessão de flexibilidades ou autonomias especiais”.

passaria a servir para “aumentar o grau de autonomia de entidades estatais”. O objetivo seria que entidades e empresas estatais dependentes, isto é, que recebem recursos do Tesouro Nacional para custeio, além das fundações estatais, “celebrassem o contrato de autonomia”, vindo a ser “tratadas total ou parcialmente como se não fossem dependentes”. O resultado seria a “autonomia orçamentária para fazer a gestão do seu próprio orçamento, modificando o seu próprio tratamento orçamentário em função da existência de metas já previstas no contrato de autonomia”. Por conseguinte, este modelo contratual proveria normas técnicas adequadas a um regime orçamentário e licitatório mais flexível para as entidades que celebrarem o contrato de autonomia. O anteprojeto prevê que a partir do contrato de autonomia as diversas entidades da administração pública passariam a dispor de regulamentos próprios, submetidos e aprovados previamente pelo presidente da República. Na visão do expositor, esta medida, sem dúvida, reverteria o paradigma do direito público brasileiro cristalizado nos últimos anos: o tratamento da administração pública a partir de modelos uniformes.

Destacou-se ainda como uma das prioridades do anteprojeto a caracterização das figuras que compõem o aparato administrativo, julgando-se necessário definir o *status*, por exemplo, das entidades que têm atuado ao lado da administração pública, mas também do setor privado. A indefinição deste *status* causa dúvidas sobre o vínculo que é estabelecido com o Estado e, conseqüentemente, sobre a obrigatoriedade de submissão à fiscalização dos órgãos de controle e ao regime jurídico da administração pública. Neste caso, o anteprojeto propôs a criação das “entidades paraestatais”, que seriam de dois tipos: de “entes corporativos”, correspondentes às entidades que fiscalizariam as profissões (como a OAB); e do “sistema S”, que se refere às entidades sociais ligadas a este sistema.<sup>7</sup> O que se procurou foi demarcar os diferentes níveis de participação do Estado em entidades que a rigor não fazem parte da administração pública. Com este intuito, buscou-se também tratar do relacionamento das entidades estatais com o terceiro setor (entidades privadas sem fins lucrativos), propondo-se a criação de uma figura jurídica do “contrato público de colaboração”. Esta figura estabeleceria que os acordos celebrados entre uma entidade sem fim lucrativo e o Estado ficariam sujeitos a um regime cujo conteúdo seria definido pelo contrato público de colaboração. Evitou-se, desse modo, criar um regime com detalhes comuns a todos os contratos, garantindo aos contratantes uma margem de autonomia na elaboração dos seus respectivos acordos.

---

7. O Artigo 68 do anteprojeto de lei orgânica da administração pública define que são entidades paraestatais: *i*) as corporações profissionais, com personalidade jurídica de direito público; e *ii*) os serviços sociais autônomos, com personalidade jurídica de direito privado. O “Sistema S” é composto, entre outras, pelas seguintes entidades: Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (Senac), Serviço Social do Comércio (Sesc), Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai), Serviço Social da Indústria (Sesi) e Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae).

Na sequência, outra apresentação, feita por um estudioso da administração pública, também enfatizou os objetivos pretendidos com a “contratualização da ação pública”, conforme as definições estabelecidas no anteprojeto de lei orgânica. As formas de contratualização disciplinadas pelo anteprojeto, a exemplo do “contrato de autonomia ou de gestão” e do “contrato público de colaboração”, deveriam também ser vistas como um “aperfeiçoamento dos institutos de controle”, que, assim, não se limitariam aos tradicionais aparatos formais de controle internos e externos da administração pública. Neste entendimento, os contratos teriam a função de servir enquanto mecanismo de controle da gestão e dos resultados. A modalidade de controle exercida por estes instrumentos enfatizaria o desempenho, “não apenas da gestão pública, mas também dos seus funcionários, [dos] gestores e dos resultados”. A prioridade, com isso, seria a “responsabilização pelos resultados”, de modo que as metas acertadas pelas partes em um contrato fossem cumpridas eficientemente. Assim, estas novas formas de controle propostas visariam à produtividade da ação pública, o que implicaria um “acompanhamento simultâneo da atuação com medidas corretivas a cada passo, impedindo a dispersão no uso de recursos humanos e materiais alocados. Seria um controle passo a passo e não posterior”. O expositor esclareceu que o tipo de controle exercido por meio de contratos significaria a modernização do aparato normativo de fiscalização das ações administrativas.

A intenção não é de querer menos controle, mas um controle mais adequado à administração pública. A temática tem que estar muito mais voltada à geração de resultados, avaliação de resultados, responsabilização pelos resultados, e também ao impacto desses resultados nas áreas em que as ações são realizadas. Em algumas funções do contrato de gestão, ele pode ser visto como instrumento de coordenação administrativa, instrumento de controle interno da administração, como instrumento de referência para o controle externo. O controle é muito facilitado pela via da contratualização da ação pública, conferindo maior margem da atuação e certa mudança de mentalidade dos órgãos de controle em relação ao gestor público. Ele está realizando a ação conforme as regras postas no ordenamento [do contrato], gerando resultados (...) isso tudo está sendo avaliado inclusive pelos órgãos de controle externo, a todo momento, de modo concomitante.

Ainda no âmbito das discussões sobre os mecanismos de controle propostos pelo anteprojeto, destacou a necessidade de se instituírem formas de controle social com o objetivo de democratizar a administração pública. Embora reconhecendo que o Brasil já conta com instrumentos de participação popular em diferentes níveis e esferas de poder, *e.g.* os conselhos de políticas públicas, as conferências nacionais, as audiências públicas, o orçamento participativo, entre outros, afirmou considerar prioritário que progressivamente a administração estabeleça relações mais diretas com a população, uma vez que “nem o administrador, nem

o gestor sabem tudo”. Isto, sem dúvida, levaria à institucionalização de práticas de *accountability* pelas quais os agentes públicos (parlamentares, governantes e gestores) prestariam contas das ações e serviços do Estado aos cidadãos, sendo também cobrados pelos resultados da gestão pública.

Ilustrando as dificuldades gerenciais que afetam o setor público, em consonância com os relatos dos dois expositores precedentes, a apresentação de um gestor público no encerramento das exposições exemplificou algumas imprecisões jurídicas derivadas da Constituição de 1988 que, na sua visão, estariam afetando o funcionamento de empresas estatais como o Banco do Brasil, que é uma sociedade de economia mista. A questão retratada consistiria na confusão quanto ao regime jurídico a ser seguido pelas “empresas públicas” e “sociedades de economia mista”, conforme as disposições constitucionais previstas especificamente nos artigos 37 e 173. Segundo o expositor, apesar de o fundamento constitucional destas estatais consistir nestes dois artigos, o Artigo 37 as considera integrantes da administração pública indireta e, por isso, sujeitas aos princípios da administração pública (como o regime jurídico único), enquanto o Artigo 173 entende que se trata de entes que participam do regime de direito privado. Esta confusão seria agravada em função da “inexistência de uma legislação que estabeleça claramente em quais circunstâncias elas devem atuar em um regime de direito privado ou no regime de direito público”. A ausência deste marco regulatório provocaria dúvidas e indefinições quanto ao nível de autonomia operacional e financeira que caberia a estes entes e às formas de controle a que deveriam se submeter. Neste quadro de indefinição, o Banco do Brasil estaria submetido ao regime orçamentário, licitatório e de publicidade próprio da administração pública, o que limitaria sua atuação enquanto instituição financeira de sociedade anônima, a qual deveria se organizar pelos princípios da livre concorrência condizentes com um exercício administrativo autônomo. Além disso, o duplo *status* jurídico do Banco do Brasil proporcionaria uma profusão de formas de controle, como as instâncias internas de controle do próprio banco (os conselhos de administração e fiscal, a auditoria interna e o comitê de auditoria) e as instâncias de controle externo (como o TCU, o Banco Central do Brasil – BCB, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM) previstas pela CF. Este contexto suscitaria frequentes dúvidas a respeito dos limites e objetivos de cada tipo de controle, causando, principalmente entre os gestores, insegurança no exercício de suas atividades.

## **5 COMPATIBILIZANDO DIREITO, DEMOCRACIA E GESTÃO PÚBLICA: AS PROPOSTAS DE REFORMA DO ANTEPROJETO**

A quarta rodada de debates ocorreu no início de dezembro de 2009 e foi promovida para discutir especificamente o anteprojeto de lei orgânica da administração pública, conforme anunciado no tema proposto para discussão –

“A administração pública no Estado democrático – proposta da lei orgânica para a administração pública e entes de colaboração”. A realização do evento coincidiu com a divulgação pela imprensa de críticas a alguns pontos desta proposta de lei. Foram noticiadas em jornais manifestações críticas, em especial da CGU e do TCU, sobre as disposições do anteprojeto a respeito do sistema de controles da administração pública.<sup>8</sup> Assim, na maioria das apresentações mencionaram-se os desagregos noticiados pela imprensa e procurou-se, em parte, responder-lhes. Seguindo a tendência já manifestada no ciclo de debates anterior, ocorrido em outubro, as discussões concentraram-se no conteúdo do anteprojeto e apresentaram objetivamente informações sobre algumas dificuldades gerenciais da máquina pública que justificariam a atualização do seu marco legal, nos termos formulados pelo anteprojeto de lei orgânica.

Este encontro, diferentemente dos anteriores, não contou com a participação de gestores públicos; os palestrantes eram apenas juristas. Isto evidenciaria a intenção de que o encontro se concentrasse somente na exposição do texto legal. Ressalte-se que, entre os palestrantes, dois eram autores da proposta de lei, o que contribuiu para que fossem apresentadas em mais detalhes as reformas e mudanças anunciadas no anteprojeto e esclarecidos alguns dos tópicos polêmicos da proposta veiculados pela imprensa. Antes, contudo, da apresentação dos juristas, representantes do MPOG fizeram uma introdução a respeito da iniciativa do órgão de convocar uma comissão de juristas para elaborar um anteprojeto de lei com o objetivo de redefinir os marcos legais da administração pública. Estas exposições contextualizaram o estágio de desenvolvimento da gestão pública brasileira, procurando demonstrar o anacronismo do seu marco legal, cuja principal referência, conforme mencionado neste capítulo, seria o Decreto-Lei nº 200, de 1967.

Considerando que as disposições desse decreto não mais se adequariam ao atual contexto político e administrativo brasileiro, um dos expositores afirmou que “vivemos outra realidade em que a lei orgânica, o nosso Decreto-Lei nº 200, terá que ser construída no contexto da democracia (...) a administração pública tem que compatibilizar a eficiência técnica, a *expertise* e entregar resultados para a sociedade com a deliberação democrática, o controle social, o pluralismo político”. Levando adiante esta visão, outro representante do MPOG sustentou que a proposta de elaborar uma nova lei orgânica para a administração pública teve como objetivo a formulação de um arranjo organizacional que adequasse ao setor público o ordenamento democrático inscrito na Constituição de 1988.

---

8. “Governo apresentará projeto que limita ação do TCU”, 09 de novembro de 2009 – fonte: Agência Estado; “Proposta de lei do serviço público retira poderes do TCU”, 11 de novembro de 2009 – fonte: Agência Estado; “Hage critica projeto que limita órgãos de controle como o TCU e diz que Lula está recebendo informações falsas”, 27 de novembro de 2009 – fonte: jornal *O Globo*; “Proposta de Lei Orgânica da Administração pode afrouxar fiscalização, diz secretário do TCU”, 01 de dezembro de 2009 – fonte: Agência Brasil.

O propósito do ministério era promover uma revisão das formas de organização e regulação da administração pública brasileira “para fazer frente a todos os desafios que a Constituição lançou”. Segundo este entendimento, alguns dos marcos constitucionais de 1988 deveriam orientar o arranjo institucional e, conseqüentemente, o funcionamento de uma administração pública democrática. Assim, a nova lei orgânica seria formulada observando a “garantia dos direitos sociais e individuais, o equilíbrio das relações entre os três poderes, a descentralização federativa, as parcerias entre o Estado e entidades da sociedade civil e os espaços de participação social”, conforme definido pelos princípios e dispositivos constitucionais. Portanto, a finalidade do anteprojeto consistiria em atualizar o marco legal do setor público, tornando-o coetâneo aos avanços constitucionais, pois, não obstante a “Constituição ter ampliado os desafios do Estado, no que se refere à administração, ainda falta um melhor debate, uma reflexão sobre como ela deveria se organizar” para efetivar estes avanços.

Feitos esses esclarecimentos, que revelaram as motivações do MPOG para promover o processo de atualização do referencial legal da administração pública, cujo propósito seria conciliar as condições institucionais do exercício administrativo com o regime político democrático, a apresentação seguinte, de um dos autores do anteprojeto, contribuiu para divulgar, por sua vez, as motivações técnicas que orientaram o grupo de juristas na produção do anteprojeto. Nesta explanação, além de terem sido feitas algumas considerações sobre o formato e o escopo da proposta de lei, foram expostos, pontualmente, todos os elementos submetidos a apreciação. Destacou-se ainda que o anteprojeto consistiu em um esforço de “sistematização da organização administrativa”, levando em conta as disposições da Constituição de 1988 e “toda a evolução da legislação desde o Decreto-Lei nº 200”. Assim, “considerou-se o que havia, o que está em vigor, a jurisprudência, a doutrina, o direito comparado, para pensar-se em uma sistemática adequada daquilo que a maioria, ou por vezes todos, concordaram ser o melhor”. A proposta seria de não apenas modernizar o marco legal da administração pública, mas reunir e organizar todas as disposições legais em vigência neste âmbito, que inclusive já previam e dispunham sobre alguns pontos enunciados no anteprojeto.

Dando seqüência à explanação, o palestrante esclareceu, inicialmente, que o texto legal, apesar de ter o seu conteúdo compatível com o objeto de uma lei complementar, que “se destinaria a disciplinar, regular institutos básicos da Constituição”, assumiu, no entanto, o formato de uma “lei orgânica”. Esta decisão foi tomada porque “a Constituição limitou o número de assuntos, de matérias que necessariamente têm que ser de lei complementar e estabeleceu-se um entendimento de que somente aquelas matérias é que devem ser objeto de lei complementar”. Além disso, optou-se também por manter o *status* de lei orgânica, de forma a se oferecer ao Poder Executivo a decisão de definir para o anteprojeto o



encaminhamento que considerar mais conveniente. Na opinião do expositor, se o Executivo optar por encaminhar o anteprojeto como uma lei complementar, enfrentará um trâmite legislativo mais complexo e difícil, mas “em compensação terá uma base eficazional mais firme”; caso contrário, adotará o formato de uma lei ordinária. Outro entendimento prévio que orientou a comissão de juristas teria a ver com o escopo do anteprojeto, que não deveria se limitar à administração pública federal. Considerando-se que a elaboração da lei orgânica se amparou fundamentalmente no Artigo 37 da Carta de 1988, o qual “reúne todas as administrações e estabelece os princípios e as regras básicas que comandam a estrutura, o funcionamento e aspectos fundamentais do direito administrativo em termos organizacionais”, partiu-se do suposto de que, em seus aspectos fundamentais, a administração pública deixou de ser uma matéria exclusiva de cada Unidade Federativa. Portanto, a estrutura organizativa tal como disposta no anteprojeto teria validade em todos os níveis administrativos de qualquer esfera de governo.

Tratando ainda do escopo deste texto legal, ressaltou-se que “a lei orgânica não é apenas da administração pública, mas contém normas gerais, normas fundamentais sobre a organização administrativa, aspectos do seu funcionamento e relacionamento com entidades que, embora não integrantes da administração pública, mantêm com ela um vínculo específico, desenvolvendo atividade ou prestando serviço de interesse público”. Assim, por procurar regular as entidades de colaboração que atuam junto ao Estado,<sup>9</sup> a ementa do anteprojeto recebeu o seguinte enunciado: “proposta de organização da administração pública e das relações com entes de colaboração”. Precisamente, o objetivo da lei orgânica consistiria em distinguir e regular as entidades que integram a administração pública, denominadas entidades estatais, além das entidades paraestatais e das de colaboração. Entre as entidades estatais, incluir-se-iam os entes governamentais, abrangendo a administração direta, bem como as entidades com personalidade jurídica de direito público e as com personalidade jurídica de direito privado. Com o propósito de tornar mais claras as diferenças entre estas duas entidades, o anteprojeto teria oferecido uma “sistematização completa das pessoas jurídicas, quer de direito público, quer de direito privado”. A despeito de divergências doutrinárias, jurisprudenciais, e até mesmo legislativas, fixou-se que caberia apenas às autarquias a natureza de pessoa jurídica de direito público. Com este entendimento se tentaria sanar a confusão conceitual em torno das fundações estatais, às quais a lei ora alude como regidas pelo direito público, ora pelo direito privado.<sup>10</sup>

---

9. Segundo a disposição do Artigo 73 do anteprojeto de lei orgânica, “são entidades de colaboração as pessoas jurídicas de direito privado não estatais, sem fins lucrativos, constituídas voluntariamente por particulares, que desenvolvam atividades de relevância pública, essenciais à coletividade, objeto de incentivo e fiscalização regular do Poder Público.”

10. De acordo com a exposição de motivos da lei orgânica da administração pública, “o objetivo central do anteprojeto, no tocante às fundações estatais, é o de, por meio de uma clara definição de seu regime jurídico, reverter a equivocada tendência de autarquização de todas as fundações (...). Se, por um lado, a comissão propõe submeter ao regime



Especificamente, as autarquias passariam a abranger não apenas os serviços públicos previstos no Decreto-Lei nº 200, mas também outras atividades administrativas que implicam poderes próprios do Estado e que só podem ser prestadas por pessoas jurídicas de direito público. Seria o caso, por exemplo, das atividades de polícia, de intervenção e de regulação.

Como ressaltou o palestrante, a comissão procurou definir o regime jurídico das entidades estatais de direito privado, de forma a distingui-las dos entes com personalidade de direito público. As empresas estatais, que compreendem as empresas públicas e sociedades de economia mista, e as fundações estatais foram, então, objeto de apreciação, levando-se em conta o caráter flexível que marcaria o regime privado. Assim, enfatizou-se que “o anteprojeto tem um tratamento jurídico específico para entidades de direito privado (...), exatamente pela natureza e pelas finalidades que cada uma das entidades desenvolve”. Estas diferenças seriam em termos de licitação, orçamento e pessoal, conforme as disposições dos artigos 21 a 26 do anteprojeto, mas, fundamentalmente, um dos principais instrumentos de flexibilidade instituídos pela lei orgânica seria o contrato de autonomia pelo qual as entidades estatais de direito privado poderiam ampliar a sua autonomia gerencial, orçamentária e financeira. Ademais, considerando este nível de autonomia próprio das entidades estatais de direito privado, no seu âmbito organizacional e de funcionamento, o expositor acrescentou que as diferenças entre os regimes jurídicos das entidades de direito público e de direito privado se estenderiam também à questão dos controles. Coube, então, o detalhamento, e esclarecimento, de um ponto do anteprojeto que tem suscitado questionamentos, a saber, o sistema de controles das atividades dos órgãos e entidades estatais.<sup>11</sup> Neste tópico, ponderou-se que o objetivo ao se tratar desta questão foi dar adequação e separar as várias formas de controle – em resumo, “o que se procurou foi dar uma sistemática adequada, afastar o controle meramente formal, estabelecer como regra o controle *a posteriori*”. Expôs-se o entendimento da comissão sobre o papel e o formato que o sistema de controles deveria assumir:

O controle dos resultados, o controle finalístico, fundamental, o controle compatível com a natureza do órgão ou da entidade, de acordo com os programas, com o planejamento, mantendo uma distinção fundamental e absolutamente verdadeira no direito administrativo, que é a distinção entre legalidade, no sentido amplo,

---

autárquico as fundações de direito público, por outro, entende que a fundação estatal de direito privado é um modelo jurídico não só compatível com a Constituição como indispensável para a atuação eficiente do Estado na área social.”

11. Na Seção III do anteprojeto, denominada “Do Controle”, são elencadas três formas de controle dos órgãos e entidades estatais: *i*) o autocontrole, que compreende o controle interno, exercido por um órgão central e órgãos setoriais que atuam de forma articulada e coerente, assim como o controle correccional, executado pelos órgãos de auditoria ou corregedoria (artigos 58 ao 61); *ii*) o controle externo, exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas respectivo (artigos 62 ao 65); e *iii*) o controle social, exercido pela sociedade civil, por meio de processos participativos (artigos 66 e 67).

vinculação e discricionariedade. Não há possibilidade de se administrar sem ter, salvo as exceções, em que a atividade é inteiramente vinculada, um núcleo de opções. A atividade administrativa não pode ser totalmente tipificada, nunca o foi (...) [ao contrário, hoje,] quando se fala em políticas públicas, em resultados, em eficiência, eficácia, efetividade, [constata-se que] o poder discricionário aumentou, tem que aumentar (...), porque o administrador público, como costume dizer, não é o juiz, o juiz proleta uma sentença [e] fica satisfeito. Se aquilo vai ser executado, se o precatório vai ser cumprido, isso não é mais com ele.

Na apresentação seguinte, de outro autor do anteprojeto, destacou-se a preocupação de enfatizar instrumentos de participação social no arranjo administrativo, que orientou os trabalhos da comissão. Um dos resultados deste esforço seria a incorporação no anteprojeto de um tipo específico de controle, o controle social, exercido pela sociedade civil, “por meio da participação nos processos de planejamento, acompanhamento, monitoramento e avaliação das ações de gestão pública e na execução das políticas e programas públicos”. Com isso, se promoveria o “fenômeno de desmonopolização do poder”, que consistiria “na quebra da posição hegemônica do Estado como espaço político”, garantindo espaço para a atuação das instâncias participativas da sociedade civil. O objetivo seria instituir as bases de uma governança participativa, que promoveria a atuação de setores organizados da sociedade em todo o ciclo da política pública, nas fases de planejamento, execução, controle e avaliação, realimentando-o. Desse modo, destacou o expositor que um dos principais desafios enfrentados pela comissão na elaboração de uma lei orgânica da administração pública foi superar o “alcance limitado das relações do universo sociopolítico”. Procurou-se mostrar que estas relações são muito mais complexas e que devem ser tratadas no âmbito público, privilegiando mecanismos democráticos de interação da esfera governamental com os destinatários das políticas públicas.

Cabe registrar que, ao final das apresentações, dois auditores do TCU manifestaram algumas ressalvas a respeito do conteúdo do anteprojeto, especificamente ao exercício do controle externo, que constitucionalmente caberia ao próprio TCU, juntamente com o Congresso Nacional (Artigo 71). De forma específica, os questionamentos dirigiram-se aos artigos 62 e 63 do anteprojeto, que negariam ao controle externo, respectivamente, a competência de interferir na gestão de órgãos e entidades a eles submetidos e de proceder em exames prévios para validar os atos da administração. O objetivo desta normatização seria eliminar os controles prévios e concomitantes do ato administrativo. Um dos auditores declarou entender que, em virtude disso, o “anteprojeto padeceria de um vício de iniciativa”, contrariando dispositivos da própria CF (artigos 70 e 71) e entendimentos já manifestados pelo STF em mandados de segurança (MS nº 20.882, de 1994, e MS nº 24.510, de 2003). Ainda segundo a opinião do auditor, “a própria Constituição prevê o

exercício prévio e com constante controle, de modo que para viabilizar a aprovação do anteprojeto teríamos que imediatamente alterar o texto constitucional”. Aventou-se também que, a vigorarem as disposições do anteprojeto a respeito do controle externo, produzir-se-ia uma negação do sistema democrático de pesos e contrapesos, que “busca efetivamente estabelecer um maior controle recíproco entre os poderes e órgãos autônomos, como o Ministério Público e o próprio TCU”. Por fim, complementando estas considerações críticas, fez-se uma ressalva à própria estrutura dos Ciclos de Debates, atentando para a ausência de representantes dos órgãos de controle – CGU, TCU e Congresso Nacional – nas discussões promovidas pelo projeto. Alegou-se que a participação de representantes destes órgãos como palestrantes serviria para enriquecer o debate, proporcionando uma discussão mais completa, dado que “há algumas questões de funcionalidade muito graves, que precisam ser amplamente debatidas, em um evento que contasse com outros tipos de especialistas, não só aquelas pessoas que ficaram envolvidas no desenvolvimento da minuta do anteprojeto”.

## **6 A REALIDADE GERENCIAL DO BRASIL À LUZ DAS PROPOSTAS DE REFORMA DEFINIDAS NO ANTEPROJETO**

Ainda em dezembro de 2009 ocorreu o quinto e último encontro do ano promovido no âmbito do projeto, seguindo a mesma proposta de discussão iniciada no encontro anterior, que consistiria na discussão do anteprojeto de “lei orgânica para administração pública e entes de colaboração”. Contando com um grupo de participantes mais diversificado em comparação ao evento anterior, proveniente de carreiras jurídicas, da administração pública e de um órgão de controle, o encontro teve o propósito de intensificar a discussão da proposta de lei a partir da exposição de um dos autores do texto, que procurou responder a alguns questionamentos ao anteprojeto formulados pelos expositores e também às críticas veiculadas pela imprensa. O aspecto comum a todas as apresentações foi que elas buscaram comentar algum aspecto da lei orgânica; especificamente, fizeram referência às disposições do texto sobre a questão do controle. Isto contribuiu para que o encontro se tornasse, de fato, um espaço de debate e de possível aperfeiçoamento da lei em discussão. Portanto, em relação aos quatro encontros iniciais do projeto, o último parece ter engajado mais setores do Estado em torno, propriamente, do debate sobre pontos específicos da lei orgânica.

Abrindo as exposições, um representante do MPOG procurou esclarecer que os esforços empreendidos pelo órgão para promover a elaboração do anteprojeto não priorizaram mudanças na “questão do controle público”. Considerando que este tópico não foi o objetivo central que mobilizou as ações do ministério, o expositor destacou que:

os esforços estiveram focados em tentar melhorar as definições dos formatos institucionais hoje existentes na área pública, e também sinalizar para uma administração voltada para resultados, para mensuração de desempenho e produtividade, incluindo na proposta a regulamentação de dispositivos constitucionais que até hoje não haviam sido devidamente encaminhados.

Citando a figura do contrato de autonomia, disposta no anteprojeto, reconheceu, no entanto, que este mecanismo proporcionaria aos órgãos e entidades públicas uma maior margem de autonomia administrativa, financeira e orçamentária, mas condicionada a um contrato que definiria metas e responsabilidades. Dessa forma, o nível de discricionariedade que adviria desta modalidade de contrato não implicaria a diminuição do controle sobre o exercício da administração pública, mas a introdução de novas formas de fiscalização focadas em resultados, “matizando a tradição de controle de procedimentos que caracterizam a cultura administrativa brasileira”.

Em sequência à apresentação do representante do MPOG, um membro do Ministério Público Federal (MPF) fez um pronunciamento apresentando dados objetivos sobre os resultados das ações dos órgãos de controle. Segundo o expositor, o MPF recebe por ano aproximadamente 15 mil queixas ou representações a respeito de irregularidades envolvendo o patrimônio público, e deste total, cerca de 12 mil, em média, são encaminhadas para o processo de homologação, quando não há irregularidades ou faltam provas. Destes 12 mil, 90% são realmente homologados, comprovando-se que nestas representações não houve irregularidades. Estes resultados demonstram, na sua visão, uma discrepância, considerando o total de representações que o MPF recebe e o que efetivamente se comprova como irregularidade, “mostrando a certeza de que o anteprojeto de lei orgânica da administração pública não pode mais esperar”. Em consonância com o representante do MPOG, o expositor advertiu, no entanto, que nas discussões sobre as “novas roupagens jurídicas da administração pública”, suscitadas com a elaboração do anteprojeto de lei orgânica, “a intenção não é disseminar a ideia ou filosofia de redução do controle, mas a requalificação deste, principalmente” por ser o Brasil, historicamente, “um país com grande volume de recursos públicos desviados”.

Na apresentação seguinte, de um importante gestor do Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), este destacou com entusiasmo a adequação entre as medidas dispostas no anteprojeto e o atual nível de desenvolvimento das demandas e atividades exercidas pela administração pública. Especificamente, o gestor fez referência a um ponto que interessaria bastante às funções e atividades sob atribuição do órgão ao qual pertence, que consistiria nos vínculos de parcerias, reconhecidos pelo anteprojeto principalmente nos artigos 73 a 82, referentes às entidades de colaboração. Considerando que na área da ciência torna-se cada vez mais comum

e necessário o desenvolvimento de pesquisas que envolvam cooperações entre entes públicos e privados, entre entidades nacionais e estrangeiras, haveria de se ter, por isso, um arcabouço legal adequado para regular e viabilizar parcerias e empreendimentos cooperativos e, neste ponto, o expositor reconheceu que algumas disposições específicas da lei orgânica atenderiam às demandas do ministério. Da mesma forma, no âmbito do desenvolvimento tecnológico e da produção industrial, o contexto seria semelhante. Conforme o expositor, nestas áreas “o cooperativismo atinge o ponto” de as “empresas dividirem os enormes custos do desenvolvimento tecnológico, no que [se] convencionou chamar de ‘pesquisa tecnológica cooperativa pré-competitiva’”. Embora reconhecendo que já existem na legislação brasileira regulamentos que autorizam novas formas de relação entre o público e o privado, como as leis nº 10.973, de 2004, e nº 11.196, de 2005 (capítulo 3), o gestor ponderou que “as empresas estão reticentes em aplicar a lei, não obstante seu uso tenha sido crescente”. Isto estaria ocorrendo devido à insegurança das empresas em relação ao quadro legal geral que regularia as práticas de parceria incentivadas pelas leis nºs 10.973 e 11.196, pois, de fato, se faria necessária uma regulamentação adicional que possibilitasse a estas leis produzirem seus efeitos. Na visão do expositor, do ponto de vista normativo o anteprojeto poderia contribuir para alavancar as parcerias.

Outra gestora pública, representante do Ministério da Educação (MEC), também procurou comentar algumas disposições da lei orgânica à luz das experiências administrativas do MEC. A gestora focou seus comentários nos dispositivos do anteprojeto que mais interessavam ao ministério, especificamente os que se referem ao contrato de autonomia, tendo em vista a sua importância para as universidades federais. Conforme seu relato, “hoje as universidades celebram muitos contratos, recebem muitos recursos no âmbito da lei da inovação (Lei nº 10.973, de 2004) e são chamadas a desenvolver uma série de relações para as quais elas não estão, muitas vezes, [legalmente] preparadas”. Lembrando que a Constituição de 1988 dispõe no Artigo 207 sobre a autonomia das universidades, e que este dispositivo ainda carece de regulamentação, a gestora ressaltou que as universidades, de fato, demandariam uma lei definitiva que estabelecesse o regime de autonomia, para que desfrutassem de um “arcabouço legal mais moderno, com condições de governança mais transparente e ágil”. Advertiu, contudo, que alguns instrumentos de autonomia, como “os procedimentos próprios de contratação” (Artigo 29 do anteprojeto), previstos no capítulo referente ao contrato de autonomia, devem ser regulados com mais cautela, a fim de se evitar uma crescente fragmentação no âmbito da administração pública, devido ao “risco de permitir a celebração ou a construção de regimes próprios de contratação, criando outros regimes” que apresentarão dificuldades de compatibilização “com a ordem mais ampla”. Por isso, recomendou que as inovações dispostas na lei orgânica

se desenvolvam em setores específicos da administração e depois se estendam a outros campos, “sem deixar muito abrangente o regime de autonomia”. No caso da “concessão de bônus em caráter eventual para servidores”, o que também está disposto no Artigo 29 do anteprojeto, a expositora ponderou que esta inovação poderia “padecer do risco de fragmentação já citado”, além de ter “um potencial grande de desorganizar as carreiras para ser trabalhado em termos gerais”. A exemplo de outros expositores, sugeriu que esta medida, antes de prover uma flexibilidade fragmentadora, seja testada pontualmente para avaliar seus efeitos e, desse modo, não se torne uma referência imediata para diferentes órgãos e esferas da administração pública.

Por fim, tratando do dispositivo referente à flexibilidade orçamentária, também prevista no referido Artigo 29, a palestrante considerou que a “simplificação da programação orçamentária” que permitiria o “remanejamento administrativo de dotações entre ações específicas” seria um avanço, tendo em vista que, no caso das universidades federais, as fundações de apoio têm sido utilizadas como “uma espécie de mecanismo de sobrevivência criado para conservar recursos” não gastos que não podem ser remanejados para outros campos. Advertiu que a “autorização para receber e aplicar as receitas de fontes não orçamentárias” (por exemplo, a contraprestação por execução de serviço), concedida a qualquer órgão e entidade, conforme as disposições da lei orgânica sobre a flexibilidade orçamentária (Artigo 29, inciso II, letra c), deveria ser regida por um “adequado controle pela entidade que presta o serviço”, sob pena de este mecanismo de flexibilidade tornar-se também um elemento desagregador da gestão do órgão.

Em seguida, um dos autores do anteprojeto expôs pontualmente algumas propostas previstas no texto legal, procurando demonstrar a correspondência entre as iniciativas de reforma e as atuais demandas de organização e funcionamento da gestão pública brasileira. Antes de aprofundar as questões de conteúdo da lei orgânica, o apresentador destacou alguns pontos referentes aos limites da atuação da comissão de juristas convocada pelo MPOG para elaborar a minuta do anteprojeto. Asseverou que “esse é um trabalho” no qual sem dúvida há “o risco de se pôr o estudioso para fazer lei”, tendo em vista a propensão de se transformar “textos de artigos doutrinários em artigos de lei, que é uma tentação irrefreável de todos aqueles que lidam com o direito”. Assim, reconhecendo o caráter doutrinário que muitas das vezes nortearia o trabalho de juristas, o expositor qualificou de positivas as críticas e comentários direcionadas ao anteprojeto, principalmente pelo potencial de aperfeiçoá-lo. Além disso, considerando que “a comissão não tem mais um papel de revisora do texto”, uma vez que o anteprojeto foi oferecido ao MPOG e “passa a ser um texto a se trabalhar no âmbito do governo, das instituições”, o expositor expressou a convicção de que as discussões deveriam, então, prosseguir no interior do próprio governo. Por isso, questões levantadas a respeito

do anteprojeto nestas esferas de debate, sobretudo por agentes governamentais – como a expositora anterior proveniente do MEC –, teriam de ser levadas em conta para a construção de entendimentos.

Na abordagem específica dos propósitos da comissão que elaborou a lei orgânica da administração pública, o debatedor destacou, em primeiro lugar, o entendimento compartilhado sobre a natureza da lei, isto é, o *status* hierárquico que deveria assumir em relação às demais legislações que dispunham sobre a organização e o funcionamento da administração pública. Para os elaboradores, a lei orgânica teria “pouco conteúdo mandatório”. Seria, então, uma lei de baixo *enforcement*, incluindo poucos dispositivos com comandos do tipo “faça” ou “é proibido fazer”. Assim, por não ter caráter de lei complementar, o anteprojeto poderia ser definido como uma “lei ordinária de baixo *enforcement*, que será efetiva quanto mais puder dar instrumentos claros, objetivos e aplicáveis para a administração, sendo uma lei de referência, uma lei de comandos diretos e objetivos”. Ademais, segundo o expositor, seriam três os objetivos da comissão ao propor reformas no marco legal da administração pública. Efetivamente, o principal propósito seria aperfeiçoar o marco normativo estabelecido pelo Decreto-Lei nº 200 naquilo que ele fosse “insuficiente, impreciso e contraditório”. O segundo objetivo seria decorrente da necessidade de “regulamentar temas criados pelas reformas administrativas” que promoveram mudanças na Constituição de 1988, por meio das emendas nº 19, de 1998, e nº 32, de 2001. Vale citar como exemplo que um dos dispositivos constitucionais introduzidos por estas reformas consistiu na figura do “contrato de gestão”, rebatizado de “contrato de autonomia” pelo anteprojeto. Por fim, interessaria à comissão “dar conta da agenda organizatória da administração pública” – o que o Decreto-Lei nº 200 não pressupunha, e que adviria das demandas e atribuições assumidas pelo Estado ao longo dos últimos anos e governos.

Na apresentação sobre o conteúdo do anteprojeto, o expositor detalhou a maioria dos dispositivos fixados pela lei orgânica – o que também haviam buscado fazer os autores do anteprojeto nos dois ciclos anteriores –, e, além disso, aprofundou algumas considerações sobre a produção do texto legal. Entre elas, lembrou, inicialmente, que uma das principais propostas e desafios do anteprojeto seria definir e distinguir cada uma das quatro entidades que integram a administração indireta: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações. Procurou “deixar claro que cada um desses entes servirá para atividades específicas [a] que a Administração Pública queira dar curso”. Ou seja, a comissão tentou definir detalhadamente o conjunto de finalidades que caberia a cada entidade da administração indireta, especificando o regime jurídico (público ou privado) próprio às suas funções. Desse modo, buscou-se fixar que “a personalidade em direito público dos entes da administração indireta é prestante àquelas



atividades que sejam próximas às atividades próprias do Estado. Por outro lado, a personalidade de direito privado dos entes da administração indireta é prestante àquelas atividades compatíveis e condizentes com o regime de direito privado”.

Outra consideração sobre o anteprojeto aprofundada pelo expositor diz respeito ao contrato de gestão, previsto no Artigo 37, § 8º, da Constituição de 1988, que recebeu na lei orgânica uma “designação mais alta”, sendo rebatizado de “contrato de autonomia”. Assinalando que este dispositivo constitucional ainda não fora regulamentado, destacou que o anteprojeto contribuiria para discipliná-lo, regulando e uniformizando a sua aplicação na administração pública. Segundo avaliou o expositor, a lógica do contrato de autonomia é permitir a um ente ou órgão administrativo usufruir, por um lado, de flexibilidades, principalmente gerenciais, orçamentárias e financeiras, mas, por outro lado, exigir que se cumpram os objetivos estabelecidos no contrato dentro do período acordado. Daí se concluiria, então, que “o contrato de autonomia não transfere autonomia em absoluto, de maneira atemporal. Ele define um período e, então, confere a autonomia”. Ademais, como disposto no capítulo 4 do anteprojeto, a realização desta modalidade de contrato pressupõe “a fixação clara e precisa das metas a serem atingidas pelo ente que receberá essa autonomia reforçada”. Dessa forma, a execução do contrato de autonomia exigiria definitivamente o controle dos resultados – “assim como ocorre o controle de procedimentos, o controle concomitante, há de se checar se os resultados foram ou não atingidos”.

Prosseguindo suas observações sobre a produção da lei orgânica, o expositor pontuou que o capítulo 5, referente ao “planejamento, articulação e controle das entidades estatais”, foi objeto de atenta apreciação pela comissão, pois havia o esforço de definir e distinguir as dimensões específicas de cada uma destas categorias. Avaliava-se que o planejamento, a articulação e o controle são dimensões intersociáveis do processo administrativo, de modo que se uma não for bem executada comprometerá a realização das demais. No que tange à disposição sobre o planejamento, o que se pretendeu foi atualizar o marco normativo deste instrumento, tendo em vista as deficiências decorrentes da definição dada pelo Decreto-Lei nº 200 e dos novos entendimentos inscritos na Constituição de 1988. Assim, o planejamento foi pensado como “aquela atuação administrativa que se estabelece, [se] aprimora, e que tem por objetivo organizar tanto o ponto de vista orçamentário e financeiro, como o ponto de vista dos programas, objetivos, metas e finalidades. Aquilo que se quer obter em um longo prazo, ou, pelos menos, em um prazo superior de um mandato”. Por sua vez, entendeu-se que a articulação produziria uma referência entre todos os entes que integram a administração pública. Isto se daria por intermédio da coordenação, por meio de uma articulação horizontal entre órgãos; ou verticalmente, via supervisão, concretizada por relações de subordinação hierárquica ou por vinculação. Quanto à supervisão reali-



zada mediante uma relação por vinculação, esclareceu-se que seria estabelecida entre a administração central e os entes da administração indireta, pois “os entes da administração indireta têm um grau de autonomia por lei, por contrato, por estatuto que não permite que se tenha uma relação meramente hierárquica”. Foi lembrado que o Decreto-Lei nº 200 dispôs sobre a questão da supervisão de maneira um pouco imprecisa, tratando-a como uma dimensão do controle.

Neste sentido, caberia ao anteprojeto definir precisamente os tipos, formas de atuação e finalidades do sistema de controle da administração pública, de forma a diferenciá-lo, por exemplo, da supervisão. Dando bastante ênfase na sua apresentação à seção do controle, em razão da polêmica gerada por este tópico específico do anteprojeto, o expositor explicou que “a única razão que levou a comissão a dispor sobre o tema do controle numa lei quadro foi o fato de que essa é uma dimensão” presente no decreto-lei, tratada, a seu ver “de uma forma um tanto embaralhada, superada”. Seguiu, então, afirmando que os autores da lei orgânica procuraram dispor sobre esta questão tendo por referência os princípios de eficiência, eficácia e racionalidade.

Eficiência é o cálculo de custo-benefício. Chegar ao máximo que você pode ter de controle, que é positivo, para além do que você começa a ter um gasto de procedimentos, de custos, de recorrências de trabalhos, sem que tenha um ganho na qualidade do controle. Essa foi a lógica da eficiência. Segundo, tornar a atuação dos órgãos de controle efetiva. Em outras palavras, produzir resultados concretos, não apenas para a irregularidade praticada, mas para a política geral e os objetivos da administração pública, que não são apenas bem gerir os instrumentos meios. Seu objetivo é prover direitos fundamentais, atender às necessidades da população. E, terceiro, o que aqui foi chamado de racionalidade do controle. Isso significa evitar a sobreposição de competências, a sobreposição de órgãos e procedimentos, que longe de melhorar a qualidade do controle, muitas vezes acabam por atrapalhar. Este é um cenário em que existem vários órgãos trabalhando na mesma atuação, o que não significa que essa atuação esteja sendo mais eficiente, mais produtora.

Procurando responder a uma das críticas direcionadas à lei orgânica, que entendia o princípio da “racionalidade do controle” como um subterfúgio do anteprojeto para diminuir as formas de controle sobre a administração pública, o expositor lembrou que este dispositivo não seria uma novidade a ser introduzida pelo anteprojeto, dado que era previsto no próprio Decreto-Lei nº 200, Artigo 14, segundo o qual “o trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco”. O que o anteprojeto pretendia ao tratar da “racionalidade do controle” era promover a simplificação dos procedimentos de fiscalização e prestação de contas, de forma que não houvesse “uma complexificação dos procedimentos de controle a tal ponto que” se exigisse

“mais energia institucional do órgão” na prestação de contas do que no exercício de “sua atividade fim”. O dispositivo da lei orgânica referente ao controle *a posteriori* (Artigo 50, inciso II), que estabelecia ainda como exceção às atividades dos órgãos e entidades estatais o “controle prévio e concomitante”, também foi um ponto aprofundado, em razão das críticas e questionamentos que suscitou. O expositor fez a ressalva de que “talvez o termo ‘exceção’ [referente ao emprego das formas de controle prévio e concomitante no processo administrativo] tenha sido um pouco drástico”, e destacou que o entendimento da comissão não era de que o controle de resultados *a posteriori* negligenciasse a atuação dos órgãos de controle. Longe disso, não significaria a “redução da atuação dos órgãos de controle, mas uma alavanca da sua atuação”, pois em nenhum momento o anteprojeto estabeleceu que “tudo pode ser feito desde que a obra, o serviço ou o programa sejam executados”.

Na sequência, os demais expositores seguiram tratando do conteúdo do anteprojeto, focalizando o impacto das propostas de reforma nas suas respectivas áreas de atuação. De modo geral, as exposições de representantes de órgãos jurídicos ou de controle assumiram um tom mais crítico em relação a alguns pontos do anteprojeto, enquanto as apresentações dos expositores que ocupavam postos na administração pública, em diferentes esferas de governo, se caracterizavam por uma firme defesa do conteúdo da lei orgânica. Dessa forma, na apresentação de um procurador da República foi manifestada preocupação em relação às flexibilidades decorrentes do contrato de autonomia, sobretudo pelos riscos que poderiam causar ao bom exercício da administração pública caso o nível de autonomia delegado se revelasse inadequado. Argumentou-se que a autonomia “teria que ser atingida gradualmente, de maneira meritória”, de modo que não deveria ser conferida aos órgãos e entes do Estado num nível “amplo” como prevê a lei orgânica. Questionou-se, ainda, a definição das metas previstas pelo contrato de autonomia, que, no limite, poderiam ser forjadas apenas para prover autonomia a alguma entidade da administração pública. Segundo o expositor, “o processo de elaboração das metas deve ser muito transparente e participativo. Deve partir de uma análise real de qual é a efetiva condição do ente para que se possa saber onde se deseja chegar. Sem a base real, a meta em si também não é real”.

De uma servidora do TCU partiu também uma observação crítica em relação ao modelo de contrato de autonomia definido na lei orgânica. Preocupada em “como o sistema estruturante de controle pode ser afetado segundo o figurino que se adote”, a expositora argumentou que o advento do contrato de autonomia poderia proporcionar aos órgãos e entidades da administração pública um regime de flexibilidade orçamentária preocupante do ponto de vista do sistema de controle. Considerando que para o TCU o orçamento se configura um elemento de controle e transparência fundamental, argumentou que a concessão de uma margem de autonomia orçamentária aos entes da administração pública diminuiria

as possibilidades de controlá-los. A expositora disse que sua preocupação residia, especificamente, “nos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal [LRF], de dívida”, isto é, na possibilidade de que os órgãos que obtenham algum nível de flexibilidade orçamentária, proporcionada pelo contrato de autonomia, venham a se endividar, uma vez que não estariam mais sob o controle orçamentário dos auditores do TCU.

Defendendo as propostas de reforma definidas no anteprojeto, um médico e professor universitário destacou, em sua apresentação, a experiência que teve enquanto gestor público de um “órgão de ponta”, um hospital universitário em Santa Catarina. Em sua exposição, retratou as dificuldades administrativas que vivenciou no cargo de direção. Exemplificou com as situações nas quais havia a necessidade de realizar compras emergenciais de medicamentos ou equipamentos hospitalares, que, no entanto, mesmo em caráter de urgência, tinham que se submeter ao lento processo licitatório; os casos de evasão de recursos humanos, sobretudo de médicos, em função das disparidades salariais entre o setor público e o privado, que, na sua visão, poderiam especificamente ser contornadas se a direção do hospital gozasse de recursos orçamentários e autonomia para incrementar o rendimento dos médicos com bonificações, como prevê o anteprojeto; e o sistema rígido de dotações orçamentárias ao qual o hospital estava submetido, que impedia a transferência e manejo de recursos de acordo com as necessidades de cada setor e serviço. Neste contexto, seria imprescindível à administração pública dispor de um conjunto de regulamentos flexíveis, que proporcionassem uma gestão ágil e eficiente. Conforme o expositor, a “questão da autonomia se apresentou atraente”; ele se disse, então, um entusiasta do contrato de autonomia tal como disposto pelo anteprojeto de lei orgânica. Segundo os argumentos levantados nesta exposição, os entraves da administração pública que se manifestam na ponta, *e.g.* as dificuldades gerenciais enfrentadas no hospital, afetam diretamente grande parcela da população, beneficiária destes serviços, o que a torna a principal interessada na agenda de reforma que está sendo debatida. Assim, ponderou que o processo de discussão sobre o anteprojeto deveria continuar, levando-se em conta “que muitas das dúvidas que surgem não podem ser impeditivas no processo de mudança”.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das exposições enunciadas nas seções 2 a 6, foi possível conhecer a dimensão das reformas administrativas dispostas no anteprojeto de lei orgânica da administração pública, assim como as perspectivas e desafios que se colocam ao encaminhamento desta proposta de lei. As informações reunidas também evidenciaram que as discussões promovidas pelo projeto Ciclos de Debates constituem apenas uma etapa inicial do processo de apreciação da lei orgânica no âmbito das instituições do governo federal, o que indica que o anteprojeto ainda se submeterá a diversos trâmites e procedimentos de decisão no interior do poder Executivo, antes de ser remetido ao Congresso Nacional para votação. É possível, inclusive,

que a versão do projeto de lei a ser encaminhada ao Legislativo contenha diferenças em relação ao texto originalmente produzido pela comissão de juristas e debatido nos cinco encontros. Com isso, constata-se que os espaços de discussão proporcionados pelos ciclos de debates não constituem espaços centrais de decisão, no âmbito do Executivo, que concentrem o poder de determinar e negociar alterações, suspensões e acréscimos no texto legal.

Em referência, propriamente, ao anteprojeto, o campo de atuação dos Ciclos de Debates restringe-se, no momento, aos propósitos de divulgação e discussão do texto. Isto, no entanto, não invalida as iniciativas do projeto desenvolvido pela Seges/MPOG e pela ANPR. A promoção de espaços de discussão, em nível nacional e regional, sobre temas pertinentes à gestão pública e, especificamente, ao anteprojeto de lei orgânica da administração pública, representa uma iniciativa oportuna, que proporciona a interlocução e a reflexão sobre questões relacionadas à sua organização e funcionamento. Como resultado, os ciclos geraram um amplo conjunto de informações. Nos cinco encontros emergiram importantes relatos, explicações, questionamentos e críticas sobre o conteúdo do anteprojeto, que devem se constituir em material de referência no processo de deliberação governamental. Além disso, a partir dos debates é possível identificar, por exemplo, os principais pontos de consenso e dissenso a respeito das matérias e regulamentos do anteprojeto. A identificação de “consensos mínimos” em torno de alguns dispositivos da lei poderia servir como um oportuno ponto de partida nas deliberações acerca das reformas administrativas no âmbito do governo federal.

Convém reconhecer, no entanto, que o formato do projeto pode ser aperfeiçoado, de forma a tornar-se mais efetivo no processo de deliberação sobre o novo marco jurídico-legal da administração pública. Para tanto, uma medida necessária seria a reestruturação da sua dinâmica de funcionamento, incorporando às discussões representantes de todos os órgãos públicos afetados pelo conjunto de reformas, o que pressupõe maior participação das esferas jurídicas e de controle da administração pública. Estas participações teriam o potencial de incrementar as discussões, trazendo esclarecimentos e informações sobre a atuação destes órgãos e suas respectivas posições a respeito do anteprojeto de lei orgânica. Ademais, também se constituiria numa oportunidade de negociar e alcançar, entre as diferentes esferas do Estado, um conjunto de compromissos e consensos mínimos em relação aos dispositivos de reforma previstos no anteprojeto. Pode-se aventar que com esta configuração o projeto se fortaleceria institucionalmente e adquiriria condições de interferir no processo de deliberação sobre a proposta de lei orgânica a transcorrer em outras esferas do Poder Executivo. Aliás, a atuação dos Ciclos de Debates enquanto instância de negociação e articulação em torno do anteprojeto conferiria outro *status* ao projeto no âmbito governamental, porquanto, neste papel, estaria exercendo uma das funções mais importantes no processo de decisões políticas, não se restringindo às funções de natureza consultiva e informativa.

## ANEXO

### **Relação dos palestrantes que se apresentaram nos cinco encontros do projeto Ciclos de Debates *Direito e Gestão Pública* em 2009, e das respectivas funções e órgãos que representavam**

Aldino Graef – Diretor de Departamento da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Seges/MPOG)

Alexandre Kalil Pires – Diretor-Adjunto da Seges/MPOG

André Bertuol – Procurador da República

Antonio Carlos Bigonha – Procurador da República e presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR)

Antônio Carlos Fonseca – da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF)

Carlos Alberto Cabral – Presidente da Associação Brasileira de Linfoma e Leucemia (Abrale)

Carlos Ari Sundfeld – Professor de direito da Fundação Getulio Vargas (FGV) e presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)

Ciro Campos Christo Fernandes – da Seges/MPOG

Elzira Maria do Espírito Santo – Coordenadora-Geral de Recursos Humanos do Ministério da Saúde (MS)

Florian Azevedo Marques Neto – Advogado e professor associado do Departamento de Direito Público e Constitucional da Universidade de São Paulo (USP)

Gustavo Henrique Justino de Oliveira – Professor de direito administrativo da USP

Hêider Aurélio Pinto – Diretor de Atenção Básica da Secretaria Estadual de Saúde da Bahia (SESAB)

João Jornada – Presidente do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro)

José Augusto Dias de Castro – do Movimento Brasil Competitivo (MBC)

José Augusto Moreira de Carvalho – da Assessoria Jurídica do Banco do Brasil

José Eduardo Sabo Paes – Procurador de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT)

José Genoio – Deputado federal (PT/SP)

José Pimentel – Ministro da Previdência Social

Luciene Pereira da Silva – Auditora do Tribunal de Contas da União (TCU)

Luiz Moreira – Doutor em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Marcelo Viana – Secretário de Gestão do MPOG

Maria Aparecida Abreu – Técnica de Planejamento e Pesquisa do Ipea

Maria Coeli Simões Pires – Professora de direito administrativo da UFMG

Maria Paula Dallari – Secretária de Educação Superior do Ministério da Educação

Marina Pereira de Oliveira – da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI)

Mauro Luciano Hauschild – Advogado-Geral da União Adjunto

Nelson Rodrigues dos Santos – Assessor especial do gabinete do Ministro da Saúde

Paula Bajer – Procuradora Regional da República em São Paulo e diretora da ANPR

Paulo Bernardo – Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão

Paulo César Medeiros – Presidente do Conselho Nacional de Secretários Estaduais da Administração (CONSAD)

Pedro Barbosa – da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz)

Reinaldo Dias Ferraz – Secretário-executivo do Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT)

Sônia Regina Maul Moreira Alves Mury – Diretora do Departamento de Análise de Atos Normativos da Advocacia-Geral da União (AGU)

Roberto Monteiro Gurgel Santos – Procurador-Geral da República

Rommel Madeiro de Macedo Carneiro – Advogado da União e Coordenador-Geral de Análise de Licitações e Contratos da Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE)

Sérgio de Andréa Ferreira – Desembargador e professor de direito administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Thiago Falcão – Secretário-adjunto da Seges/MPOG

Vagner de Souza Luciano – Diretor do Departamento de Logística do MS

Valéria Salgado – Gerente de Projeto do Departamento de Inovação e Articulação Institucional do MPOG


Wilson de Castro Junior – Consultor Jurídico do MPOG





## **PARTE II**

**PARA AMPLIAR O DEBATE:  
CONTRIBUIÇÕES DO  
SEMINÁRIO *DEMOCRACIA,  
DIREITO E GESTÃO PÚBLICA***







## UMA PROPOSTA DE HARMONIZAÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE OS PODERES POR MEIO DA COMPREENSÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DO PLANEJAMENTO, DO ATIVISMO JUDICIAL, DO ATO E PROCESSO ADMINISTRATIVOS

Juliano Ribeiro Santos Veloso\*

### 1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento passa necessariamente pelo bom desempenho do Estado na realização de políticas públicas exitosas, no sentido de fornecer, direta ou indiretamente, os bens indispensáveis ao cidadão, como saúde, educação, moradia, alimentação etc.

No Brasil, esses bens estão previstos como direitos constitucionalmente assegurados em um extenso rol de garantias. Pode-se dizer que o desenvolvimento passa necessariamente pela capacidade de efetivação de direitos garantidos na Constituição Federal (CF).

Ao mesmo tempo, no sistema constitucional brasileiro, qualquer política pública deve ser realizada por meio da compreensão da lei em sentido amplo, como decorrência natural do princípio da legalidade (Artigo 5º, II, e 37 da CF), que estabelece os limites de atuação do Estado.

Nesse contexto, administrar uma política pública nada mais é do que aplicar a lei de ofício,<sup>1</sup> uma vez que na lei em sentido amplo é determinado o interesse público primário, de onde decorrem os objetivos, metas, alocação de recursos etc.

Sob esta ótica, o desenvolvimento ocorre também pela compreensão do Direito<sup>2</sup> pelos seus operadores<sup>3</sup> de como agir para efetivar o acesso dos cidadãos àqueles bens (saúde, educação, moradia, alimentação etc.).

---

\* Procurador federal da Advocacia Geral da União (AGU).

1. Expressão criada por Seabra Fagundes.

2. Direito, aqui grafado com inicial maiúscula, deve ser entendido como *ciência do direito*.

3. Enquanto operadores do direito devem ser entendidos aqui não somente os bacharéis em direito, mas todos aqueles que de alguma forma recebem ou exercem alguma influência na aplicação do direito.

Todavia, em sentido oposto, a incompreensão por parte desses operadores pode gerar um risco para o êxito das políticas públicas, ou mesmo um obstáculo para a efetivação dos direitos.

Essa incompreensão muitas vezes gera um conflito no seio da administração pública entre os gestores e os detentores do conhecimento técnico jurídico – por exemplo, entre Executivo e Judiciário. Muitas políticas públicas deixam de ser efetivadas em função de obstáculos ou pseudo-obstáculos legais. Na verdade, é possível afirmar que muitos destes conflitos partem da falta de compreensão acerca de institutos jurídicos que influenciam diretamente no êxito das políticas públicas, em função de uma visão míope, gerando ineficiências.

Tal conflito pode também ser exemplificado pela incompreensão do instituto jurídico do *planejamento*, que, apesar de estar presente de forma ampla na Constituição e em praticamente todos os tipos de normas do ordenamento, nunca foi estudado e compreendido na lógica sistêmica do Direito.

Essa falta de visão do planejamento como instituto jurídico impede uma visão prospectiva do direito no sentido de efetivação das políticas públicas, seja pela própria sociedade, que tem canais de atuação limitados, ou pelo Estado – tanto por seus órgãos de controle quanto pelos de execução.

O fenômeno do ativismo judicial é um indício forte das dificuldades que têm os operadores do direito em lidar com estas variáveis, que em um primeiro momento poderiam parecer óbvias, mas na lógica jurídica ainda não foram sistematizadas.

Em função das dificuldades na realização de políticas públicas, o cidadão recorre ao Poder Judiciário para exigir a efetivação dos seus direitos, que, por sua vez, exige do Executivo uma atuação muitas vezes desproporcional, atendendo uma determinada demanda em detrimento do interesse público. Ou seja o Executivo não consegue atender os anseios sociais, tampouco, na maioria das vezes, justificar esta incapacidade perante o Judiciário, o que predispõe à intervenção – a qual por várias ocasiões não é a melhor solução para a sociedade.

Nesse mister, este capítulo tentará demonstrar, por meio da caracterização do fenômeno do ativismo judicial, a necessidade de compreensão de institutos jurídicos gerenciais, exemplificando especificamente o instituto do *planejamento*, como forma e condição de efetividade das políticas públicas ou, pelo menos, de fator não limitador, que permite uma visão realista ao longo do tempo também para o Judiciário, servindo, igualmente, como defesa ao Poder Executivo.

Parte-se do pressuposto de que o ativismo judicial é a predisposição do Poder Judiciário a agir em face do distanciamento entre as políticas públicas e as necessidades sociais. Em seguida, serão exemplificados os problemas das relações nem sempre conscientemente tratadas, e como a participação social pode ajudar a minorar estas adversidades.

Por conseguinte, será proposta uma releitura dos institutos básicos do Direito administrativo constitucional, de modo a permitir a criação de um marco jurídico gerencial democrático adequado a esse necessário modelo de atuação mais harmônico.

Por fim, tentar-se-á demonstrar a importância do estudo de institutos como o *planejamento* e, principalmente, fornecer conceitos e reflexões aos operadores do direito, de modo a mitigar o desequilíbrio entre a liberdade e o controle, permitindo a realização dos desideratos constitucionais não de forma unilateral pelo Judiciário, mas como decorrência de um processo em que o político, o técnico e o jurídico estejam alinhados, evitando-se conflitos desnecessários.

## 2 ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial surge em função do distanciamento entre os desideratos constitucionais e as políticas públicas vigentes. Há uma predisposição de intervenção do Judiciário em termos de garantias de direitos nas políticas públicas, o que causa uma readequação no limite da liberdade (discricionariedade) do gestor público.

Por sua vez, as implicações concretas dessas intervenções nem sempre podem gerar o resultado esperado, porquanto há uma extensa gama de inter-relações envolvidas que quase nunca estão conscientemente tratadas nas decisões judiciais. Diversos são os atores sociais envolvidos (associações, sindicatos, Ministério Público, magistrados, acadêmicos, entre outros), e formas de participação social na gestão devem estar delimitadas.

Nesse cenário, partindo da Constituição Federal de 1988, um novo marco teórico deve ser capaz de criar um campo fértil no sentido do desenvolvimento da experiência jurídico-gerencial das políticas públicas.

## 3 PREDISPOSIÇÃO À INTERVENÇÃO

O ativismo judicial é um fenômeno mundial, conforme demonstra Abramovich e Pautassi (2009). Não há prevalência do político sobre o jurídico e vice-versa. Pelo contrário, em pesquisa realizada em alguns países como Brasil, África do Sul, Índia, Indonésia e Nigéria, ficou demonstrado que o ativismo judicial vem justamente atuar como um “sistema de alarme”, permitindo a realização de “compromissos incompletos”, tendo em vista a opinião pública e os atores sociais relevantes (ABRAMOVICH; PAUTASSI, 2009).

Justamente onde o sistema político tem um determinado nível de institucionalização, o ativismo judicial apresenta melhores resultados.

Na maioria dos casos estudados, a intervenção judicial não aparece como uma via para enfraquecer o sistema político, mas pelo contrário, parece supor certo nível ou capacidade de reação dos atores políticos para conseguir efetividade. Aponta,

inclusive, para solução de problemas de rendimento do orçamento ou problemas na atribuição de responsabilidades entre as agências públicas (ABRAMOVICH; PAUTASSI, 2009, p. 49. Tradução livre. Grifo nosso).<sup>4</sup>

O ativismo judicial não é necessariamente bom ou ruim. Isto é, cada caso é um caso. Há diversos casos positivos e diversos casos negativos. Muitas vezes, a disponibilização de medicamentos pelo Judiciário vem suprir uma deficiência do sistema de saúde pública. Todavia, a litigância pode ser inclusive uma estratégia da indústria farmacêutica para vender mais remédios. Há decisões judiciais determinando o fornecimento de remédios que possuem equivalentes genéricos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o que é uma aberração.

A doutrina da aplicação dos direitos sociais varia entre dois polos. Alguns entendem que estes não seriam direitos, enquanto outros entendem que seriam direito público subjetivo.

Esta diferença estrutural entre os direitos sociais e os direitos de liberdade deu lugar a diversas concepções sobre o conceito e a estrutura dos direitos sociais. Estas concepções se movem em um amplo espectro, que vai desde aquelas que, como a de Atria, pregam a impossibilidade de entender estes direitos em um sentido jurídico e propõem um entendimento apenas político destes, até aquelas outras que tentam tornar viável uma concepção dos direitos sociais como direitos subjetivos juridicamente aplicáveis (SARMENTO; SOUZA NETO, 2010, p. 151).

Nesse contexto, o ativismo judicial vem justamente demonstrar uma crescente preponderância daqueles que entendem que os direitos sociais são direitos públicos subjetivos.<sup>5</sup>

É pacífico o entendimento de que o ato administrativo<sup>6</sup> pode e deve ser controlado no que tange à legalidade ampla ou à juridicidade, devendo ser respeitado o mérito (conveniência e oportunidade) da administração pública. No caso concreto, tendo em vista a teoria dos motivos determinantes, é possível verificar onde termina a discricionariedade e onde começa a ilegalidade. Isto é, o mérito não pode servir para um salvo-conduto ao controle jurisdicional e social.

A política é o início e o fim do Direito. A política deve ter seu espaço legítimo de determinação dos desejos sociais respeitados, mas não pode servir como um escudo ao direito de modo a impedir a realização dos desideratos constitucionais. O ativismo

---

4. No original: "En la mayoría de los casos estudiados, la intervención judicial no aparece como una vía para debilitar el sistema político, sino que por el contrario, parece presuponer un cierto nivel o capacidad de reacción de los actores políticos para lograr efectividad, incluso apunta a resolver problemas de rendición de cuentas o debilidad en la atribución de responsabilidades entre las agencias públicas."

5. O reconhecimento de direito público subjetivo implica o reconhecimento de sua exigibilidade.

6. Filia-se aqui à corrente segundo a qual não há critério diferenciador entre um ato político, ou ato de governo propriamente dito, e um ato administrativo.

judicial representa a aplicação de um direito substantivo e a forma é um instrumento do direito material, não um fim em si mesmo. Na verdade, o político, o jurídico e o técnico convivem ou devem conviver harmonicamente. Não deve haver sobreposição de um pelo outro. Cada uma destas variáveis ocupa seu espaço no processo de formulação e implantação das políticas públicas e de controle pelo Judiciário.

Os direitos sociais/fundamentais constitucionalmente previstos são perenes a qualquer governo, sendo vedado o retrocesso, conforme leciona a melhor doutrina. Contudo, necessário se faz ir mais além, buscando a concretização do princípio da realização progressiva. A sociedade não mais se contenta com ineficiências ou a prestação de serviços sem adequação, e a realização progressiva dos direitos deve ser uma realidade.

Assim, o ativismo judicial decorre da própria ineficiência do Estado; decorre da própria incapacidade em realizar os fins constitucionalmente almejados. Representa, na verdade, um sinal de alerta para a administração pública.

Essa ineficiência começa na própria gestão dos recursos do orçamento, como na questão do contingenciamento dos recursos financeiros (PINTO, 2008).

Não há respostas no campo abstrato para assegurar a aplicação dos direitos sociais por meio dos juízes, e até onde esta pode ir. Somente no caso concreto será possível verificar onde há falácia e onde deve haver juízo de razoabilidade.

Definitivamente, houve uma readequação entre o que é jurídico e o que não é jurídico. O ativismo judicial representa um fenômeno de expansão dos limites do objeto do Direito, que por sua vez ganha sustentação teórica em correntes como a do neopositivismo ou constitucionalismo da realidade. Neste contexto, muitas dificuldades surgem.

#### **4 IMPLICAÇÕES CONCRETAS E FORMAS DE PARTICIPAÇÃO**

O valor justiça muitas vezes excede a judicialização, que não raro é também inimiga dele. Os tribunais podem não ser o melhor local para solucionar diversos problemas de implantação de políticas públicas: eles têm dificuldade de estabelecer a conduta devida pela administração pública, tendo em vista tratar-se de questões políticas e técnicas – de competência e jurisdição – e a falta de jurisprudência acerca dos temas. São inúmeras as variáveis envolvidas:

A avaliação dos efeitos possíveis de um processo de judicialização das políticas públicas dependerá da ponderação de diversos fatores: o alcance do reconhecimento destes direitos na Constituição e nas leis; a interpretação constitucional das obrigações que originam; a capacidade dos atores sociais relevantes para atuar na representação dos interesses de grupos discriminados ou excluídos; a acessibilidade física, material e cultural dos tribunais; o grau de organização e fortalecimento da sociedade civil

e sua experiência e capacidade técnica para fazer uso das ferramentas legais; a maior predisposição dos tribunais para enfrentar este tipo de questões; os sistemas de procedimentos mais abertos ou fechados e o tipo de remédios ou ordens de que os juízes podem dispor; os mecanismos de escolha dos juízes e a independência e imparcialidade dos tribunais em relação ao poder político e certos atores sociais relevantes nestes casos; o grau de desenvolvimento dos sistemas de seguridade social e as capacidades de resposta do governo, do Congresso e das burocracias de Estado às demandas de prestações prometidas nos textos legais; entre muitos outros assuntos (ABRAMOVICH; PAUTASSI, 2009, p. 42. Tradução livre).<sup>7</sup>

Diante dessa complexidade, necessário se faz a qualificação dos juízes e dos operadores do direito para entender os fenômenos econômicos, políticos, financeiros e sociais sob a ótica jurídica. Os juízes não são onipotentes ou onipresentes, e necessitam de qualificação adequada, até mesmo para entender laudos técnicos. Na fundamentação das decisões judiciais será possível determinar se estará cumprindo o limite da legalidade ou não. Um governo de juízes é uma distorção do regime democrático. A sociedade deve estar atenta a isto.

Este modelo constitucional demanda dos juízes um grau maior de responsabilidade na fundamentação e argumentação de suas decisões, pois o sistema político em seu conjunto assume a tensão de não substituir arbítrio político por arbítrio judicial.

Daí a importância da aplicação de princípios claros de interpretação constitucional que, por certo, não eliminam as margens consideráveis de discricionariedade e valoração dos juízes, mas ao menos submetem a interpretação constitucional a certas regras de interpretação (ABRAMOVICH; PAUTASSI, 2009, p. 45. Tradução livre).<sup>8</sup>

Trata-se de um caminho sem volta. A democracia, os direitos humanos e o desenvolvimento são elementos interconectados e interdependentes. Apesar das dificuldades em uma perspectiva teórica de aplicação, o enfoque de direitos, isto é, o reconhecimento de direitos por parte do Estado, de modo a balizar as políticas

---

7. No original: "La evaluación de los efectos posibles de un proceso de judicialización de las políticas dependerá de la ponderación de numerosos factores: el alcance del reconocimiento de estos derechos en la Constitución y en las leyes; la interpretación constitucional de las obligaciones que originan; la capacidad de actores sociales relevantes para actuar en representación de los intereses de grupos discriminados o excluidos; la accesibilidad física, material y cultural de los tribunales; el grado de organización y fortaleza de la sociedad civil y su experiencia y capacidad técnica para hacer uso de las herramientas legales; la mayor predisposición de los tribunales a enfrentar este tipo de cuestiones; los sistemas de procedimientos más abiertos o cerrados, y el tipo de remedios o órdenes que los jueces están habilitados para disponer; los mecanismos de selección de jueces y la independencia e imparcialidad de los tribunales respecto del poder político y de ciertos actores sociales relevantes en estos casos; el grado de desarrollo de los sistemas de seguridad social y las capacidades de respuesta del gobierno, del Congreso, y de las burocracias del Estado a las demandas de prestaciones prometidas en los textos jurídicos; entre otros muchos asuntos."

8. No original: "Este modelo constitucional demanda por ello de los jueces un grado mayor de responsabilidad en la fundamentación y argumentación de sus decisiones, pues el sistema político en su conjunto asume la tensión de no reemplazar arbitrio político por arbitrio judicial."

De allí la importancia de la aplicación de principios claros de interpretación constitucional, que, por supuesto, no eliminan los considerables márgenes de discreción y valoración de los jueces, pero que al menos sujetan la interpretación constitucional a ciertas reglas de argumentación."

públicas, e seu reconhecimento judicial, é um caminho para o cumprimento dos objetivos fundamentais da República previstos no Artigo 3º da Constituição.

Por exemplo, a Comissão Econômica para América Latina (Cepal) das Nações Unidas sinalizou em um trabalho recente que “a titularidade dos direitos deve guiar as políticas públicas. Trata-se de orientar o desenvolvimento conforme o marco normativo dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, plasmado em acordos vinculantes, tanto nacionais como internacionais. Isto exige, por sua vez, um contrato ou pacto social que deve materializar-se politicamente tanto na legislação como nas políticas públicas” (CEPAL, 2006, p. 14).

O trabalho ainda afirma que é fundamental contar com organismos do Estado que sejam competentes política e tecnicamente, “a fim de que os direitos sejam mais exigíveis, ou seja, que se garanta a existência de mecanismos jurídicos e de política pública para que as pessoas possam exigir a titularidade dos seus direitos.

[...]

Este aparente consenso mostra a rigor um profundo dissenso, já que a definição da pobreza, bem como suas causas, são fundamentais para o desenho de políticas para sua superação. Apesar de haver consenso em se pensar em direitos como via superadora, o dissenso está precisamente nas causas do fenômeno como também o conteúdo dos direitos recomendados e um desconhecimento dos padrões contidos em cada direito (ABRAMOVICH; PAUTASSI, 2009, p. 293. Tradução livre).<sup>9</sup>

Nas estratégias de desenvolvimento e redução da pobreza é amplamente reconhecida a importância de dotar de poder os setores excluídos e pobres por meio do reconhecimento de direitos, quer pelo Executivo, quer pelo Judiciário. Há uma mudança de beneficiários/usuários/clientes para titulares de direito.

O direito é um valor ético e político que corre o risco de ficar na retórica se não existir exigibilidade por parte dos seus titulares (sindicabilidade, justiciabilidade ou exigibilidade judicial), o que pressupõe uma técnica de garantia por meio de ações judiciais, ativando mecanismos de responsabilidade. Ou seja, o reconhecimento de direito é um reconhecimento de um campo de poder em que estão limitadas as margens de ação dos sujeitos obrigados.

---

9. No original: “*Por ejemplo, la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) de Naciones Unidas ha señalado en un trabajo reciente que ‘la titularidad de los derechos debe guiar las políticas públicas. Se trata de orientar el desarrollo conforme al marco normativo de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, plasmado en acuerdos vinculantes, tanto nacionales como internacionales. Esto exige a su vez un contrato o pacto social que debe materializarse políticamente tanto en la legislación como en políticas públicas’ (CEPAL, 2006: 14). Agrega el trabajo que resulta fundamental contar con organismos del Estado que sean competentes política y técnicamente, ‘a fin de que los derechos sean más exigibles, es decir que se garantice la existencia de mecanismos jurídicos y de política pública para que las personas puedan exigir la titularidad de sus derecho (...) Este aparente consenso muestra en rigor un profundo dissenso, en tanto la definición de la pobreza, como sus causas, son fundamentales a los efectos de diseñar políticas para su superación, y si bien el consenso esta puesto en pensar en derechos como vía superadora, el dissenso se encuentra precisamente en las causas del fenómeno pero también en el contenido de los derechos recomendados y un desconocimiento de los estándares contenidos en cada derecho.’*”



O indivíduo é sujeito ativo do desenvolvimento econômico e social (*Declaração sobre o direito ao desenvolvimento econômico e social* – Resolução nº 41/128 da ONU). E para exercer este papel, ocupando seu espaço, a tutela dos direitos é de fundamental importância, mesmo tendo em vista as dificuldades na construção da experiência jurídica. O primeiro passo na garantia dos direitos públicos subjetivos, em termos de políticas públicas, é reconhecer a necessidade de enfrentamento destas dificuldades.

## 5 NOVO MARCO TEÓRICO

Diante dessa complexa realidade, necessária se faz a tradução das demandas sociais para a ótica do Direito administrativo e constitucional. No Direito penal, os operadores do direito já internalizaram o termo “política”, quando tratam da política criminal. No Direito administrativo e constitucional, a efetivação das políticas públicas vem aos poucos ganhando destaque.

O ativismo judicial pode e deve ser traduzido em termos de pressupostos básicos do Direito administrativo para sua real compreensão e para o correto encaminhamento das questões postas pelo operador do direito. Neste sentido, deverá ser feita uma proposta de releitura do ato e processo administrativos.

Não basta mais que o ato administrativo observe somente a finalidade pública produzindo efeitos jurídicos, como seu elemento. É preciso que haja um sexto elemento, qual seja, o *resultado* concreto.

O ato administrativo passaria a ter, então, os seguintes elementos:

- sujeito/competência;
- objeto (produção de efeitos jurídicos);
- forma;
- motivo;
- finalidade (descrição do interesse público primário); e
- resultado (objetivo concreto).<sup>10</sup>

A doutrina atual discute a efetividade dos direitos sociais de forma perplexa, sem considerar o fundamento capaz de permitir a compreensão sistemática dentro do direito administrativo.

---

10. Carvalho Filho (2010) entende que a finalidade e o objeto seriam vetores do resultado. O objeto seria o fim imediato, ou seja: o resultado prático e a finalidade seriam o fim mediato ou interesse coletivo. Todavia, muitas vezes o ato administrativo produz efeitos jurídicos, e o resultado concreto não fica visível. Por isto, entende-se que o *resultado* deve ser um sexto elemento. Barroso faz uma interessante distinção entre eficácia jurídica e eficácia social (Barroso, 2009, p. 82).

Há uma tendência tanto no Judiciário quanto na doutrina em reconhecer eficácia imediata àquelas normas que até então dependiam de um programa para serem realizadas. Diversos textos esbarram na perplexidade e nas inter-relações provocadas pelo assunto, sem que haja uma sistematização no âmbito jurídico.

A compreensão dos fenômenos econômicos, sociais, culturais e sua repercussão jurídica necessariamente passa pela compreensão de que o resultado faça parte do ato administrativo.

Pergunta-se: como será possível mensurar em termos quantitativos ou qualitativos uma política pública, se não for entendido que o resultado faz parte do próprio ato administrativo? Como o Judiciário pode exigir uma determinada prestação ou conduta da administração, sem perceber todos os elementos do ato administrativo, e determinar qual será o resultado?

A título de ilustração, José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 123) entende que pedidos genéricos não são possíveis juridicamente, não atendendo os requisitos das condições da ação. Ele exemplifica que pedidos como a “*construção de uma escola em cada bairro da cidade; ou o asfaltamento de todas as estradas da região*” são juridicamente impossíveis, porquanto o Judiciário não poderia expedir decisões obrigando a administração pública a realizar tais decisões.

Por isso, o *resultado* como elemento do ato administrativo deve ser descrito em sua especificidade, não podendo ser genérico. Ele deve ainda ser mensurável, quantitativa ou qualitativamente. O *resultado* deve ser atingível/alcançável e realista. Não é possível que um ato seja planejado sem que seja verificada a possibilidade fática de ser realizado. Por fim, o *resultado* deve ser determinado em um tempo específico.

Em resumo, são características do elemento *resultado* do ato administrativo: ser específico, mensurável, atingível/alcançável, realístico, e ter um prazo determinado.

Ao mesmo tempo, o ato administrativo deve ser visto enquanto inserido no processo administrativo, porquanto aquele faz parte deste. O processo administrativo não só contempla uma forma contenciosa: na verdade, é muito mais amplo.

A política pública pode ser definida como um processo, um conjunto de atos. A doutrina francesa chama este processo de administrativo “não contencioso”. Neste artigo opta-se por chamá-lo de processo administrativo de resultado. Alguns autores da doutrina brasileira nomeiam este processo administrativo de gracioso, contrapondo ao processo administrativo contencioso.

Os limites entre a ilegalidade e a discricionariedade, no ativismo judicial, está na compreensão deste processo administrativo não contencioso em conjunto com o ato administrativo voltado para o resultado. Este processo está presente em diversos textos legais, como a Lei nº 8.080/90, entre outros. O Artigo 18, I, da

Lei nº 8.080/90 é bem exemplificativo, e representa o que seria o mais abrangente em termos de processo administrativo não contencioso.

“Artigo 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;(...)”

Em síntese, o processo administrativo não contencioso pode ser assim descrito: *planejar, executar, controlar e avaliar*.

O planejamento, execução, controle e avaliação, apesar de previstos em leis, são simplesmente ignorados pelos operadores do direito, o que permite gerar decisões judiciais descompassadas com a realidade.

O que se reclama hoje é que as normas, além de produzirem eficácia jurídica, produzam eficácia social; que o direito não seja apenas expressão da forma, mas seja materialmente reconhecido. Nesta linha, há um longo caminho para que a experiência jurídica forneça respostas, mas é possível dizer que o caminho começa na rediscussão do direito administrativo nos seus institutos mais básicos: o ato e o processo administrativos.

Nesta linha, o reconhecimento do sexto elemento *resultado*, do ato administrativo, bem como do processo administrativo não contencioso, ou de resultado descrito em diversos textos legais, visa preencher essa lacuna teórica.

Necessário se faz dissecar as políticas públicas em termos do processo administrativo não contencioso previsto nos diversos textos legais, de modo a permitir a delimitação da discricionariedade no detalhe de cada uma destas políticas, sejam elas relacionadas com a saúde ou a educação, ou mesmo de ordem econômica, monetária etc.

Lugares-comuns, nas jurisprudências ou na doutrina, não contribuem para a evolução do direito. Necessário se faz ir além, como dito por Diogo Figueiredo Moreira Neto.<sup>11</sup> As pesquisas jurídicas devem sair das bibliotecas para o campo de trabalho, de modo a poder mapear as variáveis intervenientes, conferindo relevância ou não sob a ótica jurídica.

---

11. “Duzentos anos de progresso do Direito Administrativo produziram extraordinários frutos em prol da racionalidade e da moralidade nas atividades da burocracia, mas o necessário prosseguimento dessas conquistas exigirá que se adentre essa zona cinzenta, indefinida, volúvel e desafiadora, que se situa mais além: no espaço que vai da política à administração pública, onde se encastelou o arbítrio nos Estados contemporâneos, com a sua corte de mazelas. Para tanto, é mister, desde logo, reconsiderar a missão do Direito Administrativo a partir de suas próprias conquistas, repensando tanto a sua nova dimensão pós-moderna quanto o instrumental que será necessário para provocar mais um salto qualitativo – desta feita, visando ao controle do ciclo de políticas públicas, um conceito ainda em formação, mas que oferece um aberto desafio ao Direito em razão da resistência de seu núcleo duro, impérvio ao *judicial review*, não obstante os avanços do *hard look review* em prática no direito norte-americano e em todo mundo, até mesmo porque expressiva parcela da classe política ainda resiste ao que considera uma perda de poder” (Moreira Neto, 2008, p. 59).

Padrões de experiências devem ser delimitados à luz das melhores práticas. Fenômenos econômicos, políticos e sociais devem ser interpretados sob o prisma jurídico. Não há como utilizar o método sociológico, econômico ou político no Direito, mas o reconhecimento destes pontos de ligação impõe que a interdisciplinaridade seja reconhecida e entendida sobre a ótica do Direito e de sua efetividade.

Esse raciocínio é inclusive respaldado pelo Artigo 543-A, §1º, do Código de Processo Civil, que, ao fixar os requisitos para a repercussão geral, estabelece a necessidade de se verificarem questões relevantes do ponto de vista econômico, político e social, demonstrando que estes fenômenos devem ser compreendidos sob a ótica da aplicabilidade jurídica.

Como um sistema de vasos intercomunicantes, essas disciplinas exercem influência sobre o Direito, mas também são influenciadas por este. Deste modo, como um equilibrador de pratos sob varetas, o operador do direito deve tentar equilibrar ao mesmo tempo todas estas variáveis para que se alcancem os desideratos constitucionais.

O pressuposto é que os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais *são universais, indivisíveis e interdependentes*.

Está se formando um consenso segundo o qual os direitos não são somente ideais a serem atingidos: podem e devem ser exigidos sem a necessidade de se aguardar um programa de governo.

Nas diversas intervenções não há um diálogo global com as distintas e sucessivas políticas com seu grau de cumprimento; falta um diálogo horizontal com as diversas formas de atuação.

O império da lei não significa somente ter textos legais; deve-se buscar a efetividade destes textos, ou seja: a lei é a chave para garantia dos direitos em um Estado democrático. Para ser cumprida, requerem-se faz instituições legítimas e eficientes capazes de formular e implementar políticas públicas, que sejam monitoradas por controles rigorosos, focados em resultados.

Em suma, percebe-se a necessidade de uma reorganização do direito público a partir de noção de políticas públicas. A proposta de uma releitura do ato e do processo administrativos conforme aqui exposto vai ao encontro desta necessidade, e, por sua vez, dos desideratos constitucionais.

É forçoso reconhecer razão à crítica de meu amigo Gilberto Bercovici quanto à minha proposta de reorganização do direito público a partir da noção de políticas públicas, *pelo menos até que se organize um arsenal teórico suficiente para compreender, analítica e prescritivamente*, os mecanismos de ação governamental como propulsores da ação

coletiva. Dessa compreensão acumulada poderá resultar o entendimento mais rico dos múltiplos mecanismos de ação do Estado e essa noção central, sim, poderá ensejar uma reordenação do direito público (BUCCI, 2008, p. 256, grifo nosso).

Na mesma linha, Gustavo Binenbojm (2008, p. 320) defende a reformulação do direito administrativo à luz dos direitos fundamentais e da democracia.

Os direitos fundamentais são interesses públicos perenes/permanentes que independem das mudanças de governo. Da mesma forma, uma teoria capaz de justificar a sua aplicação, mesmo que seja por meio do Judiciário, também deve ser perene. As linhas que antecedem este parágrafo foram uma tentativa nesta direção.

Partindo do pressuposto da releitura aqui descrita, necessário se faz demonstrar que o planejamento é um instituto jurídico capaz de alinhar as variáveis técnicas e políticas, maximizando a efetivação das políticas públicas, permitindo o delineamento dos limites de atuação, bem como impedindo eventuais conflitos.

## 6 O INSTITUTO JURÍDICO DO PLANEJAMENTO

Na Constituição Federal, o instituto jurídico do planejamento é mencionado 99 vezes, por meio dos termos *plano* (48 vezes), *planejamento*, *planejar* ou *planejada* (11 vezes) e *programa* (40 vezes), em mais de 40 artigos, estando presente em quase 16% de todo o texto constitucional. Estas menções são literais, mas há outros artigos que tratam de planejamento não de forma literal, o que vem a corroborar sua grande abrangência.

Todavia, é um tema ainda pouco estudado no Direito. Isto causa miopia aos seus operadores, e dificulta, sobretudo, a atuação dos gestores públicos; por meio de ações ou decisões judiciais e interpretações legais, não se consegue aplicar holisticamente este instituto – que passa, por sua vez, pela percepção da correlação entre institutos jurídicos afins, tais como o controle, a execução, a avaliação e a eficiência.

Basta uma simples leitura do texto constitucional para verificar que se trata de tema bastante complexo, porquanto o planejamento deve ser realizado para os diversos tipos de recursos financeiros, humanos, materiais, tecnológicos, nas respectivas competências da União, estados e municípios, no curto, médio e longo prazos de forma democrática, atendendo o interesse público.

Neste primeiro momento, necessário se faz entender que o *planejamento* é um instituto jurídico porquanto, por meio dele, criam-se, modificam-se e extinguem-se direitos, produzindo efeitos jurídicos os mais diversos, além de permear todos os tipos de *status* de normas – desde a Constituição até os regulamentos.<sup>12</sup> Como bem coloca Carvalho Filho (2008), a realização de muitos

---

12. Alguns autores distinguem o jurídico do técnico (não necessariamente o planejamento), sem fazer uma caracteri-

direitos exige um planejamento adequado e, apesar de este autor entender que muitos pedidos são juridicamente impossíveis em função disto, entende-se neste capítulo que é justamente por meio deste instituto que pode ocorrer a efetivação dos direitos sociais sem maiores prejuízos.

A crônica judicial tem oferecido vários exemplos de formulação de pedidos que constituem obrigações de fazer em face do Estado insuscetíveis de serem cumpridas sem um adequado *planejamento* (Carvalho Filho, 2008, p. 121).

O instituto jurídico do planejamento na Constituição tem natureza jurídica de princípios e regras. Há momentos na Constituição em que o planejamento é um verdadeiro mandado de otimização, como no Artigo 174, *caput* e §1º, quando coloca ser o planejamento determinante para o setor público, devendo ser fixadas diretrizes e bases.

Artigo 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

Há outros momentos em que o planejamento é uma regra que deve ser cumprida, como nos Artigos 165 e 166 da CF, quando estabelece o Plano Plurianual e as leis orçamentárias.

Artigo 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

- I - o plano plurianual;
- II - as diretrizes orçamentárias;
- III - os orçamentos anuais.

O planejamento, conforme previsto no ordenamento jurídico pátrio, pode ser definido como o método utilizado em nível nacional, regional, estadual, me-

---

zação cientificamente coerente. Neste trabalho, parte-se do pressuposto que o planejamento é um instituto jurídico, porque, além de estar presente em diversas normas, é capaz de gerar direitos, na mesma linha com as lições dos professores Miguel Reale e Paulo Dourado Gusmão: "(...) 'Direito' está em correlação essencial com o que denominamos 'experiência jurídica', cujo conceito implica a efetividade de comportamentos sociais em função de um sistema de regras que também designamos com o vocábulo Direito" (Reale, 2002, p. 62). "O conceito de modelo, em todas as espécies de ciências, não obstante as suas naturais variações, está sempre ligado à ideia de planificação lógica e à representação simbólica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma sequência ordenada de medidas ou prescrições" (Reale, 2002, p. 184). "De modo muito geral, pode-se assim definir a ciência do direito: conhecimentos, metodicamente coordenados, resultantes do estudo ordenado das normas jurídicas com o propósito de apreender o significado objetivo das mesmas e de construir o sistema jurídico, bem como de descobrir as suas raízes sociais e históricas (...) (*op. cit.*, p. 3). Norma jurídica é a proposição normativa inserida em uma fórmula jurídica (lei, regulamento, tratado internacional etc.), garantida pelo poder público (direito interno) ou pelas organizações internacionais (direito internacional)" (Gusmão, 2006, p. 79).

tropolitano, municipal e setorial, pelo qual são alocados os recursos financeiros, materiais, humanos, tecnológicos e operacionais. Estabelece diretrizes, objetivos e metas, no curto, médio e longo prazos, de modo a alcançar os fins constitucionais e legais de forma concreta e efetiva, por meio de valores democráticos. Há ainda que se permitir a participação da sociedade na sua elaboração, consecução, controle e avaliação, como condição para sua validade e efetividade.

O planejamento é um método<sup>13</sup> porquanto é um procedimento técnico com o fito de alcançar objetivos, que pode variar a depender da área de conhecimento, nível de abrangência, número de atores sociais envolvidos etc. O planejamento orçamentário, por exemplo, possui um conjunto de etapas bem delineadas na Constituição, diferentes das etapas do Plano Nacional de Educação, que não possuem uma forma específica na Carta Magna. Este Plano Nacional de Educação pode ser feito por meio de técnicas diferentes. Logo, é um método que pode gerar os mais diferentes resultados, o que dependerá de suas regras e organização.

Desde já, percebe-se que a variável política<sup>14</sup> é inerente ao planejamento. Está contida nele de forma indissociável. A forma como ele é elaborado determinará seu resultado. Em outras palavras, o cidadão tem o direito de participar do planejamento porque é por meio dele que se inicia a consecução dos direitos sociais, por exemplo. O planejamento mal elaborado pode causar graves prejuízos.

Este método é bastante concreto: reuniões, dinâmicas, audiências públicas, arenas visíveis em que os governos devem conduzir o planejamento das políticas públicas. Ao final, o planejamento deve ser visível em um documento escrito e inteligível para o homem médio.<sup>15</sup>

A compreensão desse método por parte da sociedade é de fundamental importância para sua própria efetividade. A consensualidade entre governo, empresas e sociedade é condição para gerar o comprometimento e a credibilidade. A cidadania como fundamento da República (Artigo 1º da CF) ganha no planejamento um relevo fundamental. É por meio da cidadania, da participação popular, que se torna possível identificar as necessidades e prioridades em níveis local, regional ou nacional. É por meio desta participação que se permite a definição social do conteúdo e alcance dos direitos abstratamente previstos na Constituição.

---

13. Método significa processo para se atingir resultados. A palavra *método* surge do grego e é composta por *meta*, que significa "resultado a ser atingido", e *hodós*, que significa "caminho ou processo".

14. Política vem do grego *pólis*, e significa, originariamente, tudo aquilo que diz respeito à cidade. Atualmente, política está ligada ao exercício do poder. A utilização do poder político se refere à condução das coisas do Estado, da administração pública. Nesse sentido, está sendo utilizada a variável *política* como forma de determinação do rumo do Estado.

15. Há diversas técnicas para a elaboração do planejamento que não serão objeto aqui, uma vez que fogem diretamente ao conteúdo jurídico abordado neste capítulo. Mas é interessante frisar que toda a administração pública, seja ela no Executivo, Judiciário ou Legislativo, está se familiarizando com o chamado planejamento estratégico, facilmente verificado nos endereços eletrônicos destes órgãos.

Percebe-se, portanto, que as variáveis técnicas e políticas convivem harmonicamente com o direito público subjetivo do planejamento, uma vez que é possível requerer tutelas para se garantir a participação até na própria execução de políticas que exijam a existência de um planejamento, plano ou programa.

O planejamento previsto na Constituição pode ser classificado pela abrangência territorial em: nacional, regional (Artigo 21, 43 CF); estadual (204, I); metropolitano (Artigo 25, §3º); municipal (Artigo 29 e 30); e setorial (Artigo 58, VI, 165, §4º).

O planejamento deve abranger as três esferas de poder. Ou seja, em eventual demanda judicial, o Poder Judiciário, por exemplo, deve ser capaz de corrigir os rumos das políticas partindo da compreensão do planejamento dos objetivos dos recursos.

A classificação em termos de políticas públicas<sup>16</sup> se divide em: agrícola (Artigo 187); previdenciária (Artigo 202); educação (Artigo 208; 212, §3º; 214; 30, VI); cultura (215, §3º; 216, §6º); juventude (Artigo 227) habitação e saneamento básico (23, IX); reforma agrária (184, §4º); assistência social (204, I e parágrafo único); transporte (Artigo 208, VII); alimentação (Artigo 208, VII); saúde (Artigo 227, §1º); assistência ao deficiente (Artigo 227, §1º, II); prevenção do uso de entorpecentes (Artigo 227, §3º, VII); idoso (230, §1º) e fundo de erradicação à pobreza (Artigo 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT). Isto não quer dizer que o planejamento não esteja elencado em outras políticas, mas sim que está previsto expressamente nestes artigos.

A Constituição Federal deu ênfase ao planejamento para permitir a alocação de recursos financeiros, detalhando todo processo orçamentário. Todavia, principalmente no Plano Plurianual (Artigo 4º, adiante), fica claro que o planejamento também abrange outros tipos de recursos, como os materiais, humanos, tecnológicos e operacionais.

A Constituição utiliza-se indistintamente de plano, planejamento, programa. Na verdade, é pertinente considerar o programa como um detalhamento do plano, com ele se confundindo, portanto. O Plano Plurianual assim define programa para os seus próprios fins:

Artigo 4º Para efeito desta Lei (Plano Plurianual), entende-se por: I – *Programa: instrumento de organização da ação governamental que articula um conjunto de ações visando à concretização do objetivo nele estabelecido, sendo classificado como:* a) Programa Finalístico: pela sua implementação são ofertados bens e serviços diretamente à sociedade e são gerados resultados passíveis de aferição por indicadores; b) Programa de Apoio às Políticas Públicas e Áreas Especiais: aqueles voltados para a oferta de

16. Necessário deixar claro, mais uma vez, que estas classificações não dizem respeito a todos os direitos constitucionais, mas somente àqueles que mencionam literalmente *plano* ou *programa*.



serviços ao Estado, para a gestão de políticas e para o apoio administrativo. II – Ação: instrumento de programação que contribui para atender ao objetivo de um programa, podendo ser orçamentária ou não-orçamentária, sendo a orçamentária classificada, conforme a sua natureza, em: a) Projeto: instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou aperfeiçoamento da ação de governo; b) Atividade: instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações que se realizam de modo contínuo e permanente, das quais resulta um produto necessário à manutenção da ação de governo; c) Operação Especial: despesas que não contribuem para a manutenção, expansão ou aperfeiçoamento das ações do governo federal, das quais não resulta um produto, e não gera contraprestação direta sob a forma de bens ou serviços (grifo nosso).

Nessa linha, a Constituição enfatiza a necessidade de planos de carreira (Artigo 198, §5º – agente comunitário de saúde e combate à endemia; Artigo 206 – educação) e incentivos, avaliação da qualidade e produtividade, realização de treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade (39, §7º).

Percebe-se que o constituinte não utilizou o termo planejamento ou programa para todas as políticas públicas – nem precisava, em virtude de se tratar de concepção principiológica tão importante quanto a da moralidade, insculpida no Artigo 37 da Lei Maior. Os riscos de desperdício de recursos e outras mazelas da administração pública são tão relevantes sem o planejamento, que qualquer atividade que não conte com previsão orçamentária é nula (Artigo 167, I), mesmo porque o planejamento é determinante para o setor público no desenvolvimento da atividade econômica (Artigo 174, *caput*).

O planejamento estabelece diretrizes, objetivos e metas (Artigo 165, §1º). As diretrizes são parâmetros genéricos que orientam a fixação dos objetivos e metas. Os objetivos devem ser específicos, mensuráveis, atingíveis, reais e determinados em um prazo específico. As metas representam o detalhamento dos objetivos em termos de resultados esperados.

O planejamento pode ser classificado em função do tempo em curto (Lei Orçamentária), médio (Lei de Diretrizes Orçamentárias) e longo prazo (Plano Plurianual). Cumpre lembrar que todos devem guardar consonância entre si (Artigo 165, §4º).

Essa noção do tempo é de fundamental importância em termos de acompanhamento e concretização dos resultados. Muitas vezes uma tutela judicial não pode ser cumprida imediatamente, mas no médio e longo prazo isto pode se

tornar realidade. Em termos de método de planejamento, é necessário prever uma reserva para eventuais demandas judiciais, também democráticas, não previstas inicialmente no orçamento. Não se trata, portanto, de usurpar a competência de outro poder, mas reconhecer a falibilidade humana, permitindo intervenções mais urgentes. Até determinada porcentagem do orçamento, é razoável que demandas não concretizadas, ou que não ganharam relevo no orçamento, sejam atendidas por meio de decisões judiciais, e, por isto, a compreensão do planejamento neste contexto é de fundamental importância.

Ao mesmo tempo, diversos são os atores sociais envolvidos de forma organizada (associações, sindicatos, Ministério Público, magistrados, acadêmicos, entre outros) ou desorganizada, e as respectivas demandas devem ser representadas no processo de alocação de recursos. Trata-se do campo de discricionariedade do político dentro do instituto do planejamento, por intermédio do qual a sociedade, diretamente ou por meio de seus representantes, determinará onde, quanto, como, quando e por quem os recursos do erário serão alocados, de modo a atender o interesse público primário.

Todavia, o planejamento é somente o primeiro ato na consecução do interesse público – a realização concreta do resultado planejado. Necessário enfatizar que o planejamento inicia o chamado processo administrativo não contencioso, que preferimos denominar processo administrativo de resultado.

Uma vez determinado o montante do recurso financeiro, e quem será o órgão competente para executar, tem início a concretização da política pública.

O controle do planejamento orçamentário é previsto nos artigos 48, IV; 58, VI; 72; 74; e 166 da CF. O controle é realizado externamente, pelo Congresso, com a ajuda do Tribunal de Contas da União, e internamente – além da possibilidade de controle social e judicial, conforme o caso.

Por fim, ocorre a avaliação e a retroalimentação do sistema.

O Artigo 214 é um bom exemplo de tudo que foi explicado acerca do instituto do planejamento:

Artigo 214. A lei estabelecerá o Plano Nacional de Educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: [redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009]

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

III - melhoria da qualidade do ensino;

IV - formação para o trabalho;

V - promoção humanística, científica e tecnológica do País;

VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto [incluído pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009].

O Plano Nacional de Educação terá o prazo de dez anos, e será elaborado por meio de lei, onde e quando poderá haver a participação da sociedade, fazendo críticas, propondo ideias, enfim, exercendo a cidadania. Percebe-se que a Constituição já descreveu alguns objetivos. Pode-se descrever como primário o objetivo de assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino, determinando a competência de todos os poderes públicos e das diferentes esferas. Isto é, trata-se de responsabilidade de todos os poderes nos três níveis de poder. Nesta linha, é possível, por exemplo, tutela judicial para ação proposta por pais, para permitir a contratação de professores, se seus filhos não estiverem tendo aulas por inexistência ou déficit de corpo docente. Caberá ao juiz competente identificar no plano nacional o caminho a ser respeitado, ou determinando prazo para a administração contratar, ou realocando professores de outras escolas temporariamente. A verificação do planejamento é necessária na delimitação da ilegalidade e da discricionariedade.

Desse modo, o planejamento é de fundamental importância, quer seja na execução de uma atividade da administração, quer seja em um ato judicial em que há condenação da administração pública. Esta situação é mais preeminente nos casos de determinações de prestações pelo Poder Judiciário, como nos casos de remédios, construção de hospitais etc. As decisões que comportam o chamado ativismo judicial devem ser delimitadas desde o planejamento, para que outras políticas públicas não sejam prejudicadas,

O planejamento da execução dos direitos é erigido implicitamente como instituto jurídico desde o plano internacional até o plano local:

O emprego da noção de igualdade material supõe uma ferramenta de enorme potencialidade para examinar as normas que reconhecem direitos, e também a orientação das políticas públicas que podem servir para garanti-los em situações que têm o potencial de afetá-los. Com relação a determinadas pessoas que integram grupos vulneráveis ou suscetíveis de ser discriminados em seus direitos econômicos, sociais e culturais, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU estabeleceu, em diversos instrumentos, que o Estado tem a obrigação de sancionar normas que os protejam contra esta discriminação e adotar medidas especiais que incluem políticas ativas de proteção.

Ademais, umas das principais obrigações dos Estados é a determinação de quais são os grupos que requerem atenção prioritária em determinado momento histórico no exercício destes direitos e a incorporação de medidas concretas de proteção destes grupos ou setores em seus *planos de ação*. Assim, além da identificação dos setores tradicionalmente discriminados no acesso a determinados direitos, é necessário que o Estado defina, com caráter prévio, a formulação de *seus planos* ou políticas na área social, quais são os setores que requerem uma atenção prioritária no momento de formular suas políticas (por exemplo, os habitantes de determinada região, de certa faixa etária) e fixe medidas para compensá-los ou afirmar seus direitos, ou ainda, em muitos casos, restituir os direitos vulnerados (ABRAMOVICH; PAUTASSI, 2009, p. 325. Tradução livre. Grifos nossos).<sup>17</sup>

Como lembra Binbenbojm (2008, p. 296): “Os mecanismos fundamentais de participação e controle social sobre a atividade administrativa são as audiências públicas, as consultas públicas e os conselhos consultivos”. Neste momento, quando da criação das audiências, consultas ou conselhos, está sendo realizado o planejamento, plano ou programa. Este é o momento da participação popular.

Lembra ainda o autor que:

A política pública, pois, transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa. Há um paralelo entre o processo de formulação da política e a atividade de planejamento, mas a escolha das diretrizes da política pública e os objetos de determinado programa não são simples princípios de ação, pois que a formulação da política consiste num procedimento de coordenação entre os programas e atos complexos de governo (*op. cit.*, p. 296).

Fazendo referência a Mileski, e Marília Santos, destaca Binbenbojm (*op. cit.*, p. 222):

Em relação ao planejamento, tem-se como imprescindível sua utilização, uma vez que é o meio capaz de utilizar de forma adequada e pertinente os recursos disponíveis,

---

17. No original: “El empleo de la noción de igualdad material supone una herramienta de enorme potencialidad para examinar las normas que reconocen derechos, pero también la orientación de las políticas públicas que pueden servir para garantizarlos o en ocasiones que tienen el potencial para afectarlos. Con respecto a determinadas personas que integran grupos que resulten vulnerables o susceptibles de ser discriminados en sus derechos económicos, sociales y culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha establecido, en diversos instrumentos, que el Estado tiene la obligación de sancionar normas que los protejan contra esa discriminación y adoptar medidas especiales que incluye políticas activas de protección.

Por lo demás, una de las principales obligaciones de los Estados es la determinación de cuales son los grupos que requieren atención prioritaria o especial en un determinado momento histórico en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales y la incorporación de medidas concretas de protección de esos grupos o sectores en sus planes de acción. De manera que además de la identificación de los sectores tradicionalmente discriminados en el acceso a determinados derechos es necesario que el Estado defina, con carácter previo a la formulación de sus planes o políticas en el área social, cuáles son los sectores que requieren una atención prioritaria al momento de formular sus políticas (por ejemplo, los habitantes de determinada área geográfica del país, o las personas de determinado grupo etario) y fije medidas para compensarlos o afirmar sus derechos, o en muchos casos restituir los derechos vulnerados”.

sejam eles materiais, humanos ou ainda financeiros, possibilitando, dessa forma, uma racionalização no modo de agir mais eficaz e eficiente, visando atingir os objetivos propostos. Em se tratando do poder público, como os recursos são escassos se faz ainda mais imperiosa a presença do planejamento com o intuito de prestação de melhores serviços, otimizando os recursos, comportando-se, desta forma enquanto 'proposta técnica', o que faz com que haja uma organização no que se refere aos serviços públicos, avaliando, também, os processos de redução ou elevação das desigualdades sociais, buscando igualdade de oportunidades, dentre outros.

Neste aspecto, os planejamentos, planos e programas serão os instrumentos pelos quais serão instrumentalizadas as políticas públicas, na qual, para tanto, expressar-se-ão em leis que permitam institucionalizar suas diretrizes e metas. Contudo, o termo política pública é mais abrangente que o de plano ou programa (os quais apenas escolhem meios de realização das metas de governo), compreendendo, para tal, um ensejo de opção entre os objetivos (havendo, portanto, uma hierarquização) a qual depende dos agentes através de uma escolha de prioridades.

Percebe-se, portanto, pelo exemplo descrito, que a doutrina, apesar de reconhecer a criação, extinção ou modificação de direitos por meio do planejamento, e reconhecer também sua relevância social, ainda não trata o planejamento como um instrumento jurídico propriamente dito, caminho este que se entende natural.

O instituto jurídico do planejamento está presente de forma profícua na Constituição e em diversos textos legais, tendo reconhecida sua importância pela doutrina e jurisprudência. Tentou-se explicitar a qualidade jurídica do planejamento, que convive harmonicamente com as outras qualidades técnicas e políticas. Tentou-se, ainda, sinteticamente, expor suas características fundamentais, e uma definição capaz de abranger o contexto constitucional. Espera-se que estas poucas linhas contribuam para o caminho da concretização dos direitos constitucionais.

## 7 CONCLUSÃO

Um novo marco jurídico e gerencial democrático surge com o ativismo judicial. Esta situação de redefinição de limites é capaz de gerar um aperfeiçoamento do sistema político, jurídico e gerencial, quando bem delineado. Como visto, vários fatores são intervenientes, e para evitar distorções do sistema de equilíbrio de poderes, bem como fazer prevalecer os valores democráticos, requer-se a dissecação do caso concreto de modo a delimitar onde termina a discricionariedade e onde começa a ilegalidade.

Nesse diapasão, uma visão do ato administrativo com o sexto elemento ou atributo, o *resultado*, conjuntamente com o *processo administrativo não contencioso*

*ou de resultado*, permite um aperfeiçoamento da leitura dos fenômenos econômicos, financeiros, sociais e políticos sob a ótica jurídica, bem como o aperfeiçoamento da participação dos diversos atores sociais,<sup>18</sup> contribuindo para o melhoramento do sistema.

O *planejamento* se destaca como exemplo de instituto jurídico gerencial em função de sua grande dispersão na Constituição em outros tipos de normas, e sua importância como momento de participação democrática, discricionariedade técnica e limite de controle judicial.

Espera-se, portanto, que tenha ficado demonstrada a necessidade de releitura do Direito administrativo constitucional e a explicitação de institutos jurídicos gerenciais básicos, de modo que a compreensão desse fenômeno por todos permita a concretização de direitos por meio do êxito das políticas públicas, superando a pecha do Direito como obstáculo, ou eventuais outros conflitos.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V.; PAUTASSI, L. **La revisión judicial de las políticas sociales**: estudio de casos. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BREUS, T. L. **Políticas públicas no Estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica para análise de políticas públicas. In: FORTINI, C.; ESTEVES, J. C. S.; DIAS, M. T. F. (Org.). **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CARVALHO FILHO, J. S. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativa. In: FORTINI, C.; ESTEVES, J. C. S.; DIAS, M. T. F. (Org.). **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 107-125.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

---

18. O planejamento, no processo administrativo não contencioso, por exemplo, é o momento em que a participação social tende a ganhar grande relevância.

FORTINI, C. Controle jurisdicional dos contratos administrativos: controle de legitimidade do gasto público pelo Poder Judiciário. *In*: FORTINI, C.; ESTEVES, J. C. S.; DIAS, M. T. F. (Org.). **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, p. 41-48, 2008.

GUSMÃO, P. D. **Introdução ao estudo do direito**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA NETO, D. F. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. *In*: FORTINI, C.; ESTEVES, J. C. S.; DIAS, M. T. F. (Org.). **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, p. 58, 2008.

PEREIRA, M. F. P. C. O Estatuto da Cidade e as perspectivas de novas receitas municipais. *In*: FORTINI, C.; ESTEVES, J. C. S.; DIAS, M. T. F. (Org.). **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PINTO, É. G. Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre execução orçamentária. *In*: FORTINI, C.; ESTEVES, J. C. S.; DIAS, M. T. F. (Org.). **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, p. 69-105, 2008.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. Ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. (Org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

## O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NACIONAL E UM JUDICIÁRIO INTERVENCIONISTA

Luís de Freitas Júnior\*

### 1 INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo acerca da influência do comportamento do Judiciário no desenvolvimento econômico. Nestes termos, haverá uma investigação da tendência judicial de empregar interpretações que não coincidem com os textos de lei. Especificamente, referir-se-á à ingerência dos magistrados na revisão de contratos constituídos legitimamente.

Nesse espectro, haverá uma perscrutação sobre os efeitos causados pela falta da previsibilidade no ordenamento jurídico decorrente dessa discricionariedade dos julgadores.

A importância da discussão maximiza-se na conjuntura política atual, que se caracteriza pelo neoliberalismo. Assim, é imperioso compatibilizar a atuação do Judiciário à presente ideologia econômica. A finalidade desta adequação é propiciar um ambiente favorável à circulação de riquezas.

A presente pesquisa lastreou-se na legislação pátria a fim de desvendar a principiologia constitucional. Igualmente, se enveredou na doutrina nativa e estrangeira para descobrir as tendências atuais dos institutos sociais. Foi colacionada da bibliografia uma pesquisa para se aferir o pensamento dos juízes e da sociedade acerca da ingerência judicial nos acordos de vontade. Ademais, efetuou-se consulta à jurisprudência para demonstrar a atuação do Judiciário.

Essa análise tem como objetivo a reflexão sobre a existência de um resultado eficiente em se conferir justiça ao caso concreto, mesmo que isto sacrifique a segurança jurídica. Para se chegar a uma resposta, haverá um exame de conceitos econômicos, será observado o presente contexto político e serão apreciadas as vantagens

---

\* Procurador federal e professor de direito administrativo no Rio Grande do Norte.



de um sistema judicial previsível. Em outro quadrante, questionar-se-á a corrente que defende o emprego de uma justiça social nas decisões judiciais.

Espera-se, com esse trabalho, que o leitor conheça um maior número de ideias acerca do tema, a fim de oxigenar as suas impressões propedêuticas. A partir daí, que se tenha consciência das influências da economia na justiça, para que ao final concilie as informações e se chegue a uma visão equilibrada do papel que os magistrados devem desempenhar na exigibilidade dos contratos.

## 2 DIREITO E ECONOMIA

Os ramos do conhecimento não são campos fechados em si mesmos. É necessária a oxigenação de outros valores nos meandros de cada matéria. Isto porque a realidade é multifacetária e não comporta uma visão fragmentária de seus elementos. Assim, para se conseguir uma efetiva visão global dos fatos, com vistas à modificação da realidade, é mister o manejo das ferramentas de várias searas.

Nesse pórtico, para se compreender o processo de desenvolvimento de uma sociedade há necessidade de comunicar os valores, entre outros, do direito e da economia. O direito visa à positivação de normas para realização da paz social e o alcance da justiça, com vistas a dar a cada um o que é seu.

Por sua vez, a economia visa à eficiência, ou seja, à maximização dos resultados frente à utilização otimizada dos recursos escassos, com vistas a obter uma forma de alocação de recursos para gerar o bem-estar (TIMM, 2010, p. 151).

A crítica à economia é que, para esta atingir a eficiência, não se preocuparia em desprezar a equidade. Contudo, seus defensores argumentam que quando se consegue a eficiência, via de regra, se alcança a equidade (FONSECA, 2010, p. 302).

Em uma visão aplicada ao mercado, o direito serviria como conjunto de instituições que protege as relações negociais e contribui para sua eficiência. Nesses termos, este saber funcionaria como um indutor de comportamentos, no afã de estimular as atitudes desejáveis e que forcem seu cumprimento. Orienta Arnold Wald:

A análise econômica é importante e a introdução da noção da eficiência no direito é condição *sine qua non* no progresso econômico e da boa aplicação da Justiça. O que não se pode fazer é submeter o direito à economia. Queremos uma justiça eficiente no tempo e na qualidade, mas não uma justiça que esteja a serviço exclusivamente da economia, sacrificando os direitos individuais ou, em certos casos, afetando até o respeito dos contratos e a sua fiel execução. Entendemos que a economia e o direito se complementam, pois “o direito sem o mercado é a imobilidade ou paralisia da sociedade”, enquanto “o mercado sem o direito é o caos” (*apud* PINHEIRO, 2005, p. 87).

Deverá haver um amálgama entre os preceitos econômicos e o direito, tudo num clima de equilíbrio e razoabilidade.

### 3 EFICIÊNCIA E JUSTIÇA

Para a economia, a eficiência é uma convivência ótima entre o ônus e o bônus de uma relação de troca de riquezas; seria a situação em que se alcançam maiores resultados e lucratividade (CAMARGO, 2010, p. 109).

Um *mercado eficiente* é aquele em que todas as pessoas têm acesso às informações de forma integral e simultânea. Nesse espaço, as negociações são claras e geram uma maior efetividade nos resultados (FONSECA, 2010, p. 276).

A ausência, a insuficiência ou a incerteza das informações conduzem a maiores “custos de transação”, ou seja, riscos e atritos do mercado que o distanciam do ideal.

O conceito de eficiência não necessariamente está identificado com a ideia tradicional de justiça individual. Há uma variedade de teorias econômicas a respeito da eficiência que merecem ser perscrutadas a fim de oxigenar os conceitos ortodoxos.

Consoante o *teorema de Pareto*, haverá eficiência sempre que alguém melhore sua situação sem que ninguém venha a se prejudicar por causa disto. É o que se chama de *Pareto superior*, visto que uma parte não pode perder mais e a outra continua a ganhar. Quando toda a coletividade deixa de experimentar desenvolvimento econômico, devido à revisão judicial de um contrato legítimo, embora oneroso, não está havendo uma situação *Pareto superior*, uma vez que o ganho do particular implicou perda para a sociedade (TIMM, 2010, p. 151).

Outra teoria que explica a eficiência é o *princípio de Kaldor Hicks*, segundo o qual uma pessoa sempre pode continuar perdendo, o que importa é que as demais pessoas ganhem mais que aquela perdeu. Logo, se o quantitativo das pessoas que se beneficiam for maior que o daquelas que experimentaram prejuízo, haverá eficiência. Ilustra esta eficiência o caso em que não se desconstitui um contrato, mas se garante a segurança jurídica das pactuações. Assim, o particular perde um pouco, mas há crescimento da economia que beneficia a todos em maior escala (TIMM, 2010, p. 143).

Outro estudo que merece destaque acerca da efetividade é a *teoria dos jogos*. Esta doutrina explica qual é a melhor estratégia a ser tomada num ambiente em que as regras são claras, mas no qual não se conhece a atitude que será tomada pelo outro, visando alcançar o *equilíbrio de Nash*. Como exemplo, cite-se a situação em que, considerando-se a atitude da outra parte, o sujeito não saiu perdendo ou não se arrepende (CAMARGO, 2010, p. 117).

Entrevê-se a aplicação da teoria dos jogos no direito na relação entre credores e devedores, no que tange ao cumprimento das dívidas, tendo em vista a exigibilidade que o Judiciário conferirá às leis e aos contratos. O devedor busca saber o que é mais eficiente: cumprir espontaneamente sua obrigação ou descumpri-la e esperar a execução judicial. A resposta será obtida a partir da obrigatoriedade que o Judiciário local dê aos contratos e às leis.

Para o *teorema de Coase*, a parte que tem menor custo deve arcar com os prejuízos, independentemente de estar certa ou errada. Busca-se, com isso, a eficiência em detrimento da justiça (TIMM, 2010, p. 165).

Num ambiente sem custos de transação, em que todos têm acesso às informações, o Judiciário seria desnecessário, pois se chegaria a custos de produção menores se se entregasse a disposição ao poder das partes e seus contratos. Há erro na ideia de deixar os indivíduos regularem-se sozinhos porque na economia não há ambiente sem atrito. Assim, a solução ótima é que o Judiciário cumpra a lei.

Da apreciação das teorias econômicas, deduz-se que há uma imbricação entre o progresso econômico e a postura adotada pelo Judiciário. Casos existirão em que não haverá a isonomia absoluta entre as partes, porém ocorrerá uma eficiência que beneficiará a coletividade em geral. É imperativo que o Judiciário proceda a um amálgama entre as teorias do direito e da economia, e defina uma postura a seguir, a fim de proferir decisões justas e eficientes.

#### 4 CONJUNTURA SOCIOECONÔMICA E O DIREITO

É cediço que o direito possui princípios universais e atemporais, que indicam um núcleo mínimo e intangível de justiça, que o caracteriza. Porém, o direito, como fruto das vicissitudes humanas, sofre influências dos momentos históricos e dos paradigmas vigentes.

Por muito tempo vigorou um sistema jurídico em que o magistrado tinha ampla discricionariedade na aplicação das normas. Este modo de resolução dos conflitos era reflexo de um sistema autoritário, em que o Estado concentrava todas as funções e não respeitava os direitos individuais.

Esse modelo foi quebrado com a Revolução Francesa, quando prevaleceu o liberalismo econômico, momento no qual havia a proteção máxima à propriedade privada, a fim de se proteger a classe burguesa emergente. Para isso foi adotado o sistema de codificação do direito, que o considerava sem lacunas. Assim, restava diminuída a possibilidade de interpretação judicial.

*A posteriori*, coincidentemente às duas grandes guerras mundiais, à Revolução Russa e à maiêutica da Constituição de Weimar, sobrepôs-se um Estado de bem-estar social que adota uma postura proativa, para fazer frente às iniquidades geradas

e não solucionadas pelo liberalismo. Nesse diapasão, o ordenamento é acrescido de direitos sociais e o Judiciário passa a ter uma maior margem de interpretação sobre os comandos legais, com o escopo de promover a justiça social. Nessa época, pensando na conjuntura atual do momento, escreveu Orlando Gomes:

Orienta-se modernamente o direito das obrigações no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos, não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social, aos interesses individuais de cunho meramente egoístico.

Corrige situações injustas a que conduziu, quando imperava na órbita política e econômica, o liberalismo, dando-lhes conteúdo mais humano, social e ético. Tende, em resumo, para a socialização e a moralização, na conformidade das convicções a esse respeito dominantes.

O direito das obrigações elaborado no século XIX, calcado no direito romano e aperfeiçoado principalmente na Alemanha, pela Escola das Pandectas, concorreu para o desenvolvimento econômico, mas legitimou abusos, ao favorecer a prepotência das pessoas economicamente fortes (1967, p. 2-3).

Contudo, ultrapassado o clímax dessa crise, ressurge a ideologia de diminuição do Estado e da entrega da atividade produtiva para a iniciativa privada. É a fase do neoliberalismo, em que foi dado início às grandes reformas administrativas, como privatizações, abertura do mercado e desregulamentações.

Nesse contexto, a economia passa a enxergar no Judiciário uma responsabilidade maior sobre o mercado. Ora, num contexto em que impera a circulação de riquezas em nível global torna-se necessário o cumprimento do estrito sentido da lei e da fiel execução dos contratos. Apenas com este ambiente de segurança jurídica e previsibilidade se conseguiria o desenvolvimento econômico.

Entretanto, contrariando a atual fase histórica, o Judiciário brasileiro assumiu uma postura mais intervencionista no cumprimento dos contratos e na interpretação da lei. Notadamente após a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) e a edição de diplomas como o Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil tem-se verificado uma tendência em se perquirir a justiça social, mesmo que para isto se dê novo sentido à lei ou se descumpra o negócio jurídico.

Eis o dilema enfrentado pelo Judiciário na atual conjuntura socioeconômica. Tal questão, para ser solucionada, requer uma razoabilidade na hermenêutica dos dispositivos legais. Assim, exige-se que o Judiciário adote um comportamento que propicie o desenvolvimento social a partir do modelo neoliberal vigente.

O caminho a ser seguido para se compatibilizarem interesses aparentemente em conflito será uma postura lúcida e que dê preferência a uma justiça em longo prazo e para toda a coletividade, ainda que prescindida da justiça social ao caso concreto.

## 5 APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA NAS QUESTÕES JURÍDICO-ECONÔMICAS

Conforme analisado, o Judiciário tem se defrontado com posições antagônicas na aplicação das normas, máxime nas relações econômicas.

Destarte, o magistrado tem-se colocado entre o dilema de conferir segurança jurídica e previsibilidade ao sistema, aplicando invariavelmente o conteúdo da lei. Por outro prisma, vê-se na responsabilidade de conferir a justiça ao caso concreto, mesmo que para isto despreze a literalidade da norma e se valha de interpretação do ordenamento jurídico.

No âmbito da doutrina que autoriza uma maior discricionariedade do juiz, afirma-se que não se pode tratar a aplicação das normas como uma tarefa mecânica de subsunção da lei. Isto porque compor uma contenda é mais que identificar um dispositivo adequado, antes é propiciar a decisão justa àquela situação. Caso contrário, se fosse correto colar automaticamente uma regra a um litígio, não seriam necessários juízos pensantes, mas meras máquinas.

Friedrich Müller corrobora com esse pensamento ao afirmar:

Por “automação” deve-se compreender a possibilidade de substituição da decisão humana pela racionalização maquinal no âmbito de sistemas mecânicos e, sobretudo, eletrônicos. Entretanto, as normas de direito constitucional se prestam pouco a tal axiomatização... Em outras palavras, procedimentos automáticos de aplicação do direito fazem sentido onde a aplicação do direito não se apresenta como concretização, mas no sentido de positivismo legalista como subsunção, como “aplicação” (MÜLLER, 2005, p. 80).

É cediço que um sistema de normas é algo coerente em si mesmo. Há regras que são direcionadas especificamente a uma determinada situação, o que redundará na sua aplicação *a priori*. Todavia, há casos concretos em que existe conflito entre um princípio e um dispositivo. Nessa hipótese, os conflitos porventura existentes seriam apenas aparentes, porquanto os comandos não se excluem do ordenamento, apenas prevalecem em determinada aplicação.

A aplicação da regra ou do princípio não indicará superioridade absoluta de um sobre o outro na generalidade dos casos, nem a exclusão de um deles no sistema. O que ocorre é a sobreposição momentânea do conteúdo de um desses comandos no caso concreto (ÁVILA, 2003, p. 24).

Entretanto, contrapõe-se a essa teoria o pensamento econômico de que não se pode dar margens a intervenções interpretativas que desvirtuem a previsibilidade do ordenamento jurídico.

A coesão da aplicação do ordenamento jurídico é uma prática que beneficia a todos, uma vez que se conviverá num ambiente margeado por certeza e previsibilidade. Uma larga margem de interpretação irá resultar num sistema judicial da sorte, em que a interpretação do direito dependerá da cabeça de cada magistrado.

É preclara a premissa hermenêutica de que o interesse público deve sobrepor-se aos anseios particulares. Com isso não se quer sacrificar os interesses individuais para acastelar o comunitário. Mas, busca-se não dificultar o desenvolvimento de uma sociedade, para que, ao fim e ao cabo, resulte a melhoria de vida de cada um de seus cidadãos. É a interpretação teleológica.

O ideal é que se tome como parâmetro a aplicação da norma positivada pelo legislador; igualmente, que toda a interpretação judicial não negue a essência da norma objeto. A exceção a esta regra somente se admitiria em casos extremos.

Consiste, assim, a função da hermenêutica numa melhor apreciação do direito, no afã de coalizar os interesses em jogo e sistematizar a aplicação das normas de acordo com os melhores resultados que se possam alcançar.

## 6 JUSTIÇA SOCIAL

Em face da crise da pós-modernidade, ora vivida, tem havido um constante embate entre os fins da economia e os do direito. A razão da contenda é a possibilidade ou não da interpretação judicial modificadora das leis e contratos. O resultado desta disputa ideológica é fundamental para o perfeito funcionamento do mercado. É preciso conhecer todas as teorias ainda que não se concorde integralmente com elas.

Há uma corrente que entrevê no Judiciário um poder responsável por aplicar a justiça social, ainda que caso a caso. Esta linha de pensamento conta com grande adesão dos magistrados.

Nessa perspectiva, a lei deve ser entendida como um mecanismo para se alcançar a redução das desigualdades sociais e não apenas para imprimir comportamentos baseados na racionalidade econômica.

Argumenta-se que o emprego de uma visão mais humana sobre o direito respaldar-se-ia na própria Constituição Federal brasileira.

Dessa forma, aduz-se que o Brasil está constituído em um Estado democrático de direito, e adotou entre os seus fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF/1988, Artigo 1º, incisos I e II). Igualmente, determinou como objetivos

a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (CF/1988, Artigo. 3º, incisos I e III) (BRASIL,1988, p. 07).

Daí infere-se que deve haver uma concordância prática entre os princípios fundamentais da Constituição e os princípios da ordem econômica. Esta ponderação de valores induz que a aplicação das leis não tem compromisso somente com o mercado, mas com todos os princípios da Constituição Federal.

No caso concreto, haveria uma preponderância maior de um determinante constitucional, qual seja, a redistribuição de renda. Ora, num país com enorme concentração de renda, bem como com uma grande porcentagem da população vivendo abaixo da linha de pobreza, proteger estas pessoas mais fracas, ainda que se aumentando os custos sociais, estaria causando um efeito solidário.

Desse modo, não se poderia argumentar a existência de leis específicas para não aplicar a Constituição, porquanto a Carta Maior é hierarquicamente superior às leis. Consequentemente, a efetivação daquela deve ser sublimada quando suas disposições estejam em conflito com estas.

O juiz quando aplica uma interpretação constitucional estaria seguindo a norma, porém a norma constitucional. Esta atitude se faz necessária quando a lei ordinária não consagra os valores da Epístola Máxima.

Então, alega-se que o problema situa-se no trabalho do Legislativo, pois não positivou as leis de acordo com a CF/1988. Por isso os juízes não precisam continuar no mesmo erro, afinal o juiz é um ser pensante e não uma máquina reprodutora de leis injustas. O que não se admite é que, por descaso de um poder, as injustiças imperem e a CF/1988 continue a ser desacetada, por inércia dos demais poderes.

Funcionaria o Judiciário como reduto de legitimidade do direito quando o Legislativo não positivar conforme a CF/1988. Esta postura deve ser sublimada, máxime em face dos abusos na postura de alguns parlamentares.

Por conseguinte, não haveria que se falar em surpresa dos jurisdicionados com os julgamentos com cunho social, tendo em vista que, quando uma empresa entra em um país, tem que saber qual a ideologia constitucional daquele Estado.

Outrossim, na defesa da ingerência judicial, traz-se a ideia de combate a uma ideologia dos grupos dominantes. A economia visa à eficiência e à aplicação ortodoxa da lei pelo juiz. Mas esta ideia vem da Revolução Francesa, em que predominava o culto ao patrimônio. É preciso se adaptar aos atuais paradigmas de direitos humanos, justiça distributiva, valores éticos, morais e sociais que ventilam a contemporaneidade. Cite-se trecho de uma sentença judicial em que o magistrado determinou a modificação das cláusulas contratuais:

Modernamente, o contrato não é mais visto como algo estático e individual, mas como algo dinâmico e social, necessário para o comércio jurídico e satisfação de interesses legítimos. Com essa nova perspectiva relativiza-se o princípio *pacta sunt servanda* e abre-se espaço para a justiça contratual, a tutela da confiança e a boa fé. O contrato, então, deve ser o instrumento de necessidades individuais e coletivas, não para a supremacia de um contratante sobre o outro ou para que esse enriqueça às custas daquele (TJCE, 2007, p.3).

O sistema de neutralidade e de não implementação da justiça social poderia funcionar bem em países com pessoas com mesmo nível econômico, social e cultural. No Brasil, onde mais da metade da população está abaixo da linha de pobreza, como se pode querer que o Judiciário feche os olhos a esta realidade e aplique a letra fria da lei, como se estivessem todos em pé de igualdade?

Fala-se, ainda, que há uma tendência mundial do Judiciário de adotar sua visão política nos julgamentos. Contudo, isto é muito decorrente da existência de conceitos abertos na legislação. Acontece que neste caso o juiz não está atuando em desconformidade com a lei, porquanto é a própria norma que permite a sua complementação (COSTA, 2004, p. 58).

Citando o escólio da professora Rachel Sztajn (2005, p. 264-265), há dois sintomas na atividade judicante atual: a “judicialização do conflito político” e a “politização das decisões judiciais”. O primeiro decorre da falta de maioria no Legislativo, o que não possibilita que os parlamentares cheguem a um consenso sobre matérias específicas da lei. Como consequência, somente se aprovam textos genéricos, deixando-se ao magistrado a responsabilidade de construir a norma em cada caso concreto. Por sua vez, a politização das decisões judiciais decorre, em parte, do sentimento do juiz de proteger a parte mais fraca, tal como pequenos devedores e trabalhadores, ou ainda de suas convicções pessoais. A politização é um fenômeno mais frequente nas operações de crédito, consumidor, meio ambiente, trabalhista e previdenciária que em relações entre empresas.

Para esses teóricos, não basta aplicar a lei para realizar a tarefa judicante com perfeição. O direito não é apenas o respeito à letra fria da lei, mas também justiça e legitimidade. A fria aplicação da lei pode produzir iniquidades, como o holocausto, ocorrido com respaldo em mandamentos legais. Não se pode executar um ser humano para que se salve a ortodoxia do sistema.

É importante se apresentarem os pensamentos dissonantes para que se possa compará-los e reconhecer os seus pontos fracos. Ademais, é preciso temperar os conceitos tidos como ideais com os limites de racionalidade das outras teorias. A melhor alternativa será uma conciliação destes valores, mas sempre com vistas a adequar-se com a realidade, para que o direito possa conferir eficiência e justiça coletiva.



### 6.1 Postura prática do Judiciário na aplicação das normas

A relação entre o esquema teórico de como o Judiciário deveria funcionar e como ele realmente atua é fundamental para compreender o desempenho econômico de um país.

O estudo da sociedade contemporânea tem orientado para uma postura mais previsível do Judiciário, no sentido de zelar pelo conteúdo das normas e dos contratos. Esta atuação conferiria uma maior eficiência coletiva e, portanto, seria mais vantajosa que a ilusória justiça social realizada em casos particulares, a partir do desacato dos pactos e do afastamento do conteúdo das leis.

Debalde, entretanto, têm sido essas conjecturas, haja vista a recalcitrância do Judiciário em se pautar de forma interventiva na legislação e, com isso, subtrair a previsibilidade e a segurança jurídica do aparelho legal.

Nesse diapasão, importante citar a pesquisa realizada pela professora Rachel Sztajn e Decio Zylbersztajn (2005), acerca da concepção dos magistrados sobre o bom emprego do direito.

Consoante a aludida análise, 73,7% dos juízes entendem que o magistrado não pode ser um mero aplicador das leis, antes tem de ser sensível aos problemas sociais. Ainda, responderam 73,1% que prefeririam desrespeitar os contratos, desde que assim conseguissem alcançar a justiça social, pois acreditam que a sociedade deseja isto deles. Todavia, a pesquisa diz que a sociedade, de forma geral, não deseja esta posição, preferindo um respeito aos contratos (ZYLBERSZATJN, 2005, p. 248 a 267).

Pode-se extrair desses dados que os juízes estão dispostos a se afastar da imparcialidade e da previsibilidade, para concretizar a sua ideia de justiça social. Para os magistrados, o Judiciário deve ter um papel proativo na redução de desigualdades sociais. Por isso, não aceita ser um mero aplicador do direito produzido pelo Legislativo. Contudo, esta ingerência do Judiciário, que acredita estar legitimado pela opinião pública, não corresponde aos anseios da sociedade.

## 7 INSTITUIÇÕES E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Para se propiciar um ambiente idôneo para o crescimento da economia, é necessária a existência de um mercado eficiente. Este campo ideal é caracterizado, primordialmente, pelo respeito às instituições. Assim, interessa ao estudo da economia e direito a análise da lei, dos contratos e do Judiciário.

### 7.1 Lei

A lei é um pacto entre o homem e a sociedade em que está inserido, com o escopo de estabelecer incentivos para que o comportamento individual se adéque à consciência social.

O papel das leis na economia é servirem como instituições que reduzem os riscos de transação. Tal desiderato será possível pela antecipação das regras que irão ditar as relações entre as partes. Por conseguinte, há uma relação direta entre o conhecimento prévio dos dispositivos jurídicos de uma sociedade e a segurança das relações negociais.

## 7.2 Contratos

Outro ponto igualmente relevante para a germinação de um mercado eficiente é a certeza do cumprimento dos contratos avençados.

As pessoas se sentem mais estimuladas em investir o seu patrimônio quando há acordos jurídicos que garantam o cumprimento das obrigações e a segurança de seu capital. Estes pactos são a forma de dar previsibilidade e diminuir os riscos das negociações (POSNER, 2010, p. 49).

Entende-se que, se a ordem jurídica for eficiente, as partes terão desestímulo para descumprir os contratos, porque será inútil e caro o seu desacato. Caso contrário, as partes assumirão uma reincidência no descumprimento, por ser mais vantajoso.

Durante o andamento do contrato poderão surgir situações não previstas em seus escaninhos que exigirão uma complementação, ou mesmo seu questionamento.

A regra geral deve ser que os contratos precisam ser cumpridos, partindo da premissa de que foram firmados de acordo com a lei. O seu descumprimento, então, deve ser visto como uma exceção e possibilitado apenas quando houver desconformidade com as normas.

## 7.3 Judiciário

O Judiciário, na perspectiva de um mercado eficiente, tem a obrigação de incentivar a ideia de certeza das negociações e diminuir os fatores de risco. Esta postura induziria a proliferação das pactuações e o progresso da circulação de riquezas.

O ambiente ideal é aquele em que o Judiciário agiria de forma rápida, imparcial, previsível e com respeito aos contratos e à lei.

Logo, para a economia, um bom Judiciário não é somente aquele que pratica a decisão justa ao caso particular, mas aquele que se firma como instituição no qual toda a sociedade pode confiar.

No atual contexto, o papel do legislador e dos juízes na distribuição da tarefa normativa tem se modificado. Há uma exigência de redução da discricionariedade judicial e um cumprimento da produção legislativa, na intenção de propiciar o desenvolvimento dos mercados. Contudo, na realidade brasileira, o Judiciário tem se imiscuído na função legiferante com frequência.

O Judiciário tem assumido uma desconfiança na positivação levada a cabo pelos parlamentares. Por esta razão, quando os magistrados supõem que uma lei está em desconformidade com a CF/1988, não titubeiam em ignorar a atividade do Legislativo e gerar um comando para o caso particular. Com muita propriedade asseverou Habermas:

(...) entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação de opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político (*apud* SADDI, 2007, p. 259).

O sistema de freios e contrapesos deve existir, mas não de forma a caracterizar uma burla à tripartição de poderes. Quando o Judiciário se posicionou na condição de protetor da CF/1988 e passou a descumprir o que o Legislativo produz, gerou-se uma crise democrática, pois há um poder não representativo impondo-se como superior à manifestação da soberania popular.

Há uma presunção de legitimidade em favor da produção legislativa, o que deveria representar uma barreira para o seu desacato pelos magistrados. Mas, na prática, o Judiciário não tem nenhum pudor em afastar seguidamente as normas legais para aplicar a sua vontade pessoal.

É patente que a realidade legislativa brasileira é marcada por *lobbies* e por interesses escusos, o que pode gerar manifestações de vontades viciadas pelo Legislativo. Contudo, não se pode alegar isto para não seguir as suas leis. Afinal, quem garante que o Judiciário é íntegro e livre de influências, a ponto de se entregar unicamente a este órgão a função moralizadora?

Se não se confia na boa-fé do Legislativo, a atitude devida é a cassação do mandato ou a punição penal dos representantes. Se se está descontente com a constitucionalidade da lei, deveria ser encaminhado para o Legislativo editar nova lei. O que é inadmissível é um poder querer fazer o papel de dois, ou seja, aplicar as leis e também criá-las.

Uma alternativa democrática para se adequar a legislação à CF/1988 seria compor uma corte constitucional eclética, formada por magistrados, líderes do legislativo, representantes do Executivo e alguns particulares. Este órgão apreciaria apenas aqueles abusos de inconstitucionalidade mais relevantes para a coletividade. Esta atitude geraria uma maior legitimidade e previsibilidade ao ordenamento.

Mas na atualidade predomina o inverso, uma vez que são justamente os tribunais superiores os mais previsíveis. A primeira instância, que conta com

juízes monocráticos e mais jovens na carreira, e, portanto, teria menos autoridade de modificar um preceito legislativo, é a que mais altera o ordenamento jurídico e o condena à imprevisibilidade.

É preciso ter em mente que o Judiciário é uma criação humana e, portanto, não deve querer se arvorar no papel de oráculo de justiça divina.

Logo, exige-se que o Judiciário respeite e faça cumprir as normas e os contratos. Não é devida a excessiva ingerência hermenêutica do juiz na aplicação da norma. As regras e os pactos apenas devem ser desobedecidos em hipóteses excepcionais, haja vista as influências danosas para a ortodoxia do sistema jurídico. Com a coalizão dessas três instituições vicejará ambiente fértil para o adequado desenvolvimento econômico.

### 7.3.1 Sistemas jurídicos

Existem dois sistemas jurídicos no Ocidente que orientam a emanação e concretização das normas, quais sejam, o *common law* e o *civil law*.

O sistema de direito codificado visa reduzir o poder discricionário dos juízes em editar normas. Portanto, os magistrados decidem de acordo com as regras editadas pelo Legislativo. Por sua vez, o *common law* franqueia uma maior liberdade ao Judiciário para criar normas no caso concreto.

A razão de os países de direito consuetudinário terem aceitado a liberdade normativa dos juízes se deve ao fato de que seus magistrados não ameaçaram o desenvolvimento de uma economia de mercado. Por conseguinte, os juízes partem de um pressuposto na decisão das celeumas, qual seja, o respeito à propriedade privada.

Note-se que a formação dos juízes no *civil law*, via de regra, não tem uma fase prática, mas eminentemente dogmática, o que os tornava distantes do mercado e, portanto, insensíveis ao trato com a economia.

O regime codificado, por um lado, gera sistematicidade e segurança, mas, por outro, gera um entrave ao ordenamento jurídico, porque cada mudança demanda um processo legislativo, o que dificulta o acompanhamento das modernidades. Por este motivo, há uma tendência do Judiciário de querer modificar o sentido da norma e dar-lhe outro significado.

Contudo, não se pode concluir que o sistema *common law* dê mais condições ao desenvolvimento econômico que o *civil law*, uma vez que um sistema não pode ser analisado separadamente da realidade fática que lhe subjaz.

A crítica que se faz ao sistema brasileiro é que ele adotou o direito codificado, mas não segue fielmente a lei. Ao reverso, há uma ampla liberdade interpretativa

do juiz. Se a intenção era adotar o sistema de precedentes, que se oficializasse o *common law*. Desta maneira se teria a certeza do sistema seguido.

## 8 RISCO JUDICIAL

Na atual conjuntura econômica, o mercado precisa de um sistema jurídico previsível para engendrar suas atividades. Trata-se do conhecimento das regras jurídicas, que permita o comportamento de acordo com o direito e a entabulação contratos. Partindo destas informações as empresas passam a projetar as suas atividades para o futuro.

Ora, em um modelo neoliberal, caracterizado por uma economia de mercado, é necessário que se dê a liberdade para os particulares negociarem (SCHAPIRO, 2010, p. 68). O Judiciário deverá funcionar simplesmente como garantidor do cumprimento das normas.

Portanto, a lógica da economia parte do pressuposto de que o direito cumprirá com uma função de fornecer as condições negociais. Nesse sentido, propiciará um clima de segurança jurídica dos institutos e estimulará os investimentos.

Somente com um campo transparente e lógico as empresas conseguirão otimizar a alocação da propriedade, visto que conhecerão os custos de produção e os riscos de cada operação.

Partindo desse pressuposto, o mercado conceberia uma atividade competitiva devidamente regularizada. Haveria o emprego das teorias econômicas e de suas estratégias negociais. Assim, este seria o ambiente ideal para se estimular uma aceleração do crescimento.

A empresa, como um feixe de contratos, exercerá a sua função social ao gerar lucros dentro das regras do jogo. Se o Estado cria estas regras, não pode posteriormente descumpri-las.

Não obstante, o Judiciário ainda não se afinou com os preceitos da economia, para definir o seu funcionamento. É como se este poder não considerasse a realidade em sua volta para pautar sua atuação. Nestes termos, o Judiciário tem desprezado a demanda do mercado por previsibilidade ao ordenamento jurídico. Esta objetividade será alcançada quando o Judiciário passar a aplicar o teor preciso da norma. Para isto será imperioso diminuir a carga de subjetividade com que decide.

O problema do Judiciário é que de seus órgãos emanam decisões diversas para casos semelhantes, sem haver preocupação com a coerência e previsibilidade do sistema. Nesse ponto, a regulamentação da súmula vinculante trará uniformidade e certeza ao pensamento judicial.

O Judiciário, ao desprezar a objetividade de uma regra e aplicar a sua visão de equidade, visa aplicar justiça social ao caso concreto. Entretanto, as decisões judiciais que contrariam a atual sistemática causam um impacto inverso na vida das pessoas. A falta de confiança no Judiciário atrapalha o desenvolvimento e contribui para a estagnação, uma vez que os planejamentos teóricos não irão se concretizar em virtude da desobediência das premissas legais em que estavam apoiados.

Com isso, haverá uma tendência da economia de não aplicar suas regras de eficiência em virtude das interferências negativas do Judiciário. Isto porque, uma vez não cumpridos os contratos, a economia passa a adotar mecanismos próprios para se defender das incertezas.

Nesse sentido, cite-se reportagem de revista de grande circulação nacional, que critica a atuação discricionária de alguns magistrados em decidir em desacordo com a previsão legal:

A imprevisibilidade, como se sabe, é o maior veneno do capitalismo. É também a representação da supremacia do individualismo sobre as instituições. Os juízes entendem que estão promovendo justiça social com esse tipo de decisão. Essa suposta justiça social se transforma em mais custos para as empresas e, em consequência, num número menor de empregos protegidos pela legislação (EXAME, 2007, p. 111-112).

É falaciosa a ideia de se alcançar justiça social por meio da aplicação da visão humana do juiz, em detrimento do emprego da lei. Deste modo, o desprezo da lei nas decisões causará um sentimento generalizado de falta de exigibilidade nos acordos. Esta imprevisibilidade ocasionará o aumento dos custos para fazer frente aos prejuízos.

Senão, caso, por exemplo, se decida proibir uma empresa de reajustar os valores de tarifa conforme previsto no contrato de concessão, sob o pretexto de permitir à população valores mais baixos de tarifa, verifica-se que a empresa deixará de investir, e que se desestimularão outras empresas a também investir no Brasil, porquanto neste país não se cumprem contratos. Isto gera desemprego e pouco crescimento do país, enquanto beneficiaria apenas em alguns centavos a população.

Nessa lide, discute-se um contrato firmado com obediência à lei, mas que gera uma situação mais onerosa para uma das partes, em virtude de seu menor poder aquisitivo. *In casu*, o magistrado quis julgar em favor do particular mais carente, para fazer justiça social, e decidiu desobrigá-lo de cumprir um acordo legítimo.

A repetição desse comportamento, que rendeu um limitado capital para a parte mais fraca, irá conduzir a uma crença de que os contratos nem sempre serão respeitados. Sabe-se que o mercado não se resigna com estes prejuízos. Quando a classe empresária precisa arcar com custos não previstos, repassa os prejuízos para os outros consumidores, como se cobrassem o preço do Judiciário.

O cerne da questão é que, quando fica patente que o Judiciário está assumindo um posicionamento protetivo em prol de uma parte que julga menos favorecida, é a coletividade que será taxada mais severamente pelo mercado.

Assim, será com o respeito às normas e à propriedade, ante as ingerências interpretativas feitas pelo Judiciário, que se conseguirá proteger os mais necessitados, no sentido de tornar mais fácil o acesso ao crédito.

Saliente-se que a discricionariedade judicial pode chegar até mesmo a inviabilizar a atividade econômica. Dessa forma, com o aumento dos preços decorrentes do custo do Judiciário, a população não conseguirá continuar com o mesmo consumo. Com isso, haverá a diminuição da circulação de riquezas e o afastamento dos investidores. Consequentemente, haverá a condução do país ao empobrecimento.

É necessário que se tenha uma visão maximizada do fenômeno da justiça. Assim, a justiça imediata deve ceder lugar a uma justiça sustentável. Nesses termos, a transferência da dívida de um particular para os demais cidadãos não pode ser considerada como justiça ideal. Deve-se buscar o bem-estar para o maior número de pessoas, em detrimento de uma justiça do caso particular, egoísta, que não conduz ao bem-estar coletivo.

Justiça social não se faz por meio do sacrifício da sociedade, mas por meio de políticas públicas. O Estado não pode sufocar a sociedade para fazer frente aos custos sociais, sob pena de sufocar os indivíduos financiadores dos impostos que custeiam este Estado.

## 9 CONCLUSÃO

No contexto neoliberal, o crescimento da economia está diretamente vinculado à existência de um sistema jurídico previsível. Por este motivo, a função do Judiciário deve ser, primordialmente, a de um assegurador da exigibilidade dos contratos e do fiel cumprimento das leis.

A postura intervencionista que grande parte dos magistrados tem adotado na interpretação das leis e revisão dos negócios jurídicos deve ser reconsiderada. *A priori*, a sociedade não quer do Judiciário a função de implementador da justiça social. Além disso, não é crível que um poder que não tem legitimidade representativa despreze a soberania popular expressa por meio dos comandos do Legislativo.

Assim, a aplicação de uma postura humanitária na solução dos conflitos, em detrimento do seguimento objetivo das normas, tem se mostrado pouco eficiente. A justiça do caso concreto gera insegurança no mercado, redundando em aumento de preços e estagnação econômica. Estas consequências, numa visão macroeconômica, trazem um grau de prejuízo à coletividade maior que o benefício propiciado ao particular.

Se é certo que a atuação particularista do Judiciário não favorece, de fato, a justiça social, ocorre que muitas vezes a atuação ativista do Judiciário se dá em ações coletivas, o que afastaria ou ao menos minimizaria o risco de particularismo. O buslís da questão é chegar a um ponto de equilíbrio entre a defesa da solidariedade, de um lado, e de outro, a segurança jurídica e a busca da eficiência.

Não seria possível radicalizar e querer um sistema puro, no qual a letra da lei não se tempere pela hermenêutica constitucional. Porém, é certo que o bem-estar coletivo não será alcançado com a total liberdade judicial. Esta discricionariedade deve ser reduzida a casos excepcionais e sujeita a controle.

Requer-se ter a consciência de que o Judiciário deve funcionar como mais uma peça da engrenagem social, e não como um órgão de costas para a realidade. Esta atitude será efetivada quando se reconhecer que um mercado eficiente deseja um Judiciário previsível no julgamento dos contratos e na aplicação das leis. Esta é a maneira mais efetiva de conceber dignidade humana a todos os membros da coletividade.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988) - Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: Senado, 1988. *In: Vade mecum*. 3. ed. Obra coletiva da autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos, Windt, Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMARGO, R. A. L. **Novo dicionário de direito econômico**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2010.

COSTA, A. E. O. N. **Poder judiciário e democracia constitucional**: limites e atividade jurisdicional sobre comissões parlamentares de inquérito. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

EXAME. ed. 900. São Paulo, n. 16, ago. 2007. Quinzenal.

FONSECA, J. B. L. **Direito econômico**. São Paulo: Forense, 2010.

GOMES, O. **Transformações gerais dos direitos das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MÜLLER, F. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PINHEIRO, A. C.; SADDI, J. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.



POSNER, E. **Análise econômica do direito contratual**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SADDI, J. **Crédito e judiciário no Brasil**: uma análise de Direito & Economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SCHAPIRO, M. G. **Novos parâmetros para intervenção do Estado na economia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TIMM, L. **Direito & Economia**. 2. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ (TJCE). **Ação ordinária de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela**. Nº 2005.0001.6849-3. 3ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza-CE. Fortaleza, Ceará, 13 fev. 2007.

ZYLBERSZATJN, D.; SZTAJN, R (Org). **Direito & Economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

#### **BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR**

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

## **A ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO STF E OS LIMITES DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

João Pereira de Andrade Filho\*

### **1 INTRODUÇÃO**

O tema a ser abordado neste capítulo cinge-se a analisar o conteúdo jurídico da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal (STF), que dispõe sobre a vedação à prática do nepotismo – e suas repercussões na liberdade de atuação da administração pública direta e indireta.

A súmula foi redigida nos seguintes termos:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

A abordagem tomará em consideração o conceito de nepotismo adotado pelo STF ao editar a referido enunciado, e suas implicações diretas na autonomia administrativa e organizacional dos órgãos do Poder Executivo, ponderando de que maneira essa peculiar modalidade de controle jurisdicional poderia macular o dogma constitucional da separação harmônica entre os poderes (Artigo 2º da Constituição Federal de 1988 – CF/88).

Com efeito, serão apreciadas questões relativas: ao âmbito de aplicação da súmula; aos limites de atuação do Poder Judiciário à luz do princípio da separação harmônica dos poderes e da estrita legalidade; à força normativa dos princípios

---

\* Advogado da União na Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG).

constitucionais; à legitimidade das súmulas vinculantes frente a outros postulados de alçada constitucional; à (des)necessidade de edição de lei formal para a regulamentação da matéria.

No desenvolvimento do tema, serão abordados, ainda, alguns aspectos em derredor do regramento jurídico levado a efeito pela administração pública federal para coibir a prática do nepotismo em seus órgãos e entidades, notadamente as regras veiculadas pelo Decreto nº 7.203, de 04 de junho de 2010.

## **2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O PAPEL EXERCIDO PELO STF NA EDIÇÃO DE SÚMULAS VINCULANTES: ILEGITIMIDADE PARA EDITAR SÚMULAS COM CONTEÚDO GERAL E ABSTRATO ACERCA DE MATÉRIA NÃO VERSADA DIRETAMENTE PELA CONSTITUIÇÃO**

A leitura atenta dos contornos normativos traçados pela Constituição Federal de 1988 acerca da divisão orgânica de poderes conduz à ideia de que o nosso constituinte, inspirado em modelo típico do constitucionalismo moderno, optou por cometer as funções a cargo do Estado a diferentes *podere*s (*rectius*, órgãos de poder). Deste modo, ao Legislativo cumpre exercer, com preponderância, a função legiferante, criando o direito positivo; ao órgão Executivo foi atribuída a função de administração e de execução não contenciosa da lei; e ao Judiciário cabe exercer primacialmente a função jurisdicional, aplicando a lei de maneira contenciosa, ao fito de decidir conflitos em grau de definitividade.

O exercício dessas três diferentes funções, conforme colocado, não se opera de modo exclusivo, uma vez que cada um dos blocos orgânicos de poder também exerce, de maneira anômala, as atribuições preponderantemente atribuídas aos outros órgãos de poder, caracterizando o que a doutrina convencionou denominar de sistema de freios e contrapesos (*check and balances*).

Assim é que, por vezes, o Poder Legislativo exerce função judicante, quando, por exemplo, o Senado processa e julga o presidente da República nos crimes de responsabilidade (CF, Artigo 52, inciso I); do mesmo modo que o Executivo, também atipicamente, poderá inovar na ordem jurídica, criando o *jus positum* por meio da edição de medidas provisórias em casos de relevância e urgência (Artigo 62 da CF/88). O Judiciário, a sua vez, também exerce função legislativa, quando um tribunal elabora seu próprio regimento interno (CF, Artigo 96, inciso I, alínea a), ou exerce também função administrativa, quando nomeia, concede férias ou aposentadoria a seus servidores.

À vista dessa sistemática, não seria um despropósito questionar: ao editar uma súmula vinculante, está o STF exercendo uma atividade de caráter jurisdicional, que lhe foi atribuída com predominância pela Carta Política, ou, ao revés, uma função de índole legislativa, de molde a caracterizar mais uma exceção ao princípio da separação harmônica dos poderes?

A resposta a essa indagação, ao menos no entendimento deste autor, impõe-se no sentido de que a edição de súmula vinculante tipifica-se como um ato de cariz jurisdicional, conforme analisado adiante.

Como é de conhecimento comum, a súmula vinculante foi instituída em nosso ordenamento jurídico por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004. O instituto veio a lume em um contexto de profundas modificações na estrutura e no próprio funcionamento do Poder Judiciário.

Com efeito, a positivação do instituto da súmula vinculante em nossa Carta Magna deu-se nos seguintes termos:

Artigo 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, *após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*

§ 1º *A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.*

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (CF/88, Artigo 103-A. Grifo do autor).

Conforme se verifica, o parágrafo primeiro do artigo 103-A da CF/88 deixa claro que essa modalidade de súmula tem por objetivo *a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas*, acerca das quais haja controvérsia atual. Claro está que não constitui objeto da súmula a edição de norma jurídica, aqui entendida como regra de direito dotada de generalidade e abstração, cujo objeto seja a regulação de condutas sociais. A inovação na ordem jurídica não constitui propósito da súmula vinculante.

Diversamente, edita-se um enunciado vinculante exatamente para se interpretar a lei, a regra de direito positivo já existente. A edição da súmula pressupõe, pois, a vigência de regras jurídicas abstratas, já criadas pelo legislador, sobre as quais haja controvérsia interpretativa.

Advém dessa constatação a primeira crítica ao conteúdo da súmula: nos termos em que foi editada e redigida, desatende os contornos constitucionais que conformam o instituto, já que, ao editá-la, o Pretório Excelso agiu, em uma clara demonstração de desmedido ativismo judicial, como legislador positivo, criando uma regra geral e abstrata a partir da interpretação e aplicação de princípios constitucionais (impessoalidade e moralidade), cujos conteúdos são dotados de um alto grau de vagueza semântica.

A problemática decorrente da situação foi muito bem sintetizada nos seguintes questionamentos formulados por Luiz Flávio Gomes (2008):

Particularmente no que diz respeito ao STF, ele pode criar normas obrigatórias, a partir de textos constitucionais, sem a interposição da lei e do legislador? Numa espécie de ativismo normatizante, ele pode invadir competência alheia e disciplinar assuntos ainda não cuidados pelo Poder Legislativo?

A resposta a esses questionamentos constituirão a base do desenvolvimento das ideias articuladas ao longo deste breve capítulo.

### **3 DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13**

#### **3.1 A Edição da Súmula e a Necessidade de Regulação do Tema por meio de Lei: o princípio da preferência de lei**

A Súmula Vinculante nº 13 foi redigida nos seguintes termos:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Muitas razões podem ser enumeradas para se tentar justificar a edição de uma súmula vinculante cujo objetivo seja vedar, em termos amplos, a prática do nepotismo: a mora de nossas casas legislativas no que toca à edição de lei para regulamentar a matéria; a descrença e ilegitimidade que tomam conta do Parlamento, onde a prática do nepotismo por parte dos agentes políticos tornou-se recorrente; a crise da lei, enquanto crise da ideia de legalidade como única forma de conduta exigível de particulares e do próprio Estado;<sup>1</sup> a supervalorização da eficácia jurídica dos princípios constitucionais; e o robustecimento da atuação jurídica e política do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional (ativismo judicial).

---

1. Essa ideia de crise de legalidade é bastante bem abordada por Gustavo Binenbojm (2008).

Em que pese a existência dessas razões, não se afigura razoável defender, sob o prisma da legitimidade constitucional, que tema tão delicado – vedação à prática do *nepotismo* – seja regulado por um ato emanado de um órgão jurisdicional. A este cabe aplicar regras de direito previamente existentes, e não ditar referidas regras, com o fim de regular diversas situações jurídicas criadas no âmbito da administração pública de todos os órgãos de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) de todas as entidades federadas (União, estados, municípios e Distrito Federal).

A questão sobre a regulamentação à proibição do nepotismo por meio do “direito judicial” envolve, sem dúvida alguma, a correta demarcação entre o papel do Poder Judiciário na concretização dos princípios constitucionais, e a função do Parlamento de regular condutas administrativas via edição de lei (princípio da legalidade em sentido amplo). Por um lado, a Constituição veicula a moralidade e a impessoalidade como vetores de atuação da administração pública, sugerindo, indubitavelmente, que a prática de nepotismo constitui ofensa a estes princípios constitucionais. Por outro lado, a definição *do que* seria nepotismo, de qual seria a extensão à vedação a tal prática, de que situações não se enquadrariam nesse conceito, constituem matérias de índole constitucional – pois que envolvem a densificação de princípios da Carta Magna –, as quais necessariamente deveriam ser submetidas ao processo político majoritário.

Contudo, esse não foi o entendimento abraçado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual entendeu que a regulamentação à vedação ao nepotismo não reclama a edição de lei formal. Neste sentido, confira-se a ementa do seguinte julgado:

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO DE NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, *CAPUT*, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no Art. 37, *caput*, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante de cargo em comissão. RE 579951 / RN - RIO GRANDE DO NORTE RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 20/08/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

À evidência, o entendimento de que a regulação do tema prescinde de lei não é capaz de esconder que a edição da súmula representa mais uma opção política da Corte Maior, e menos uma decisão estritamente jurídica. Opção política no sentido de que o STF, ao editar enunciado vinculante vedando em termos amplíssimos o nepotismo, valoriza o seu papel no cenário político nacional, na medida em que supre uma injustificável omissão do Poder Legislativo em regulamentar a matéria.

Bem analisado o conteúdo da súmula, será possível perceber que o STF definiu, mediante escolha e valorações de cunho político, as modalidades de parentesco (consanguíneo ou por afinidade); também determinou até que grau (terceiro) estende-se a vedação do nepotismo; e ainda prescreveu o âmbito espacial de aplicação da vedação às administrações públicas de todos os órgãos de poder em todos os níveis da federação (União, estados, municípios e Distrito Federal).

A matéria foi regulada de maneira ampla, descendo-se a detalhes e minúcias que refogem aos objetivos de uma súmula de caráter vinculante, e que não constam das atribuições constitucionalmente deferidas ao Poder Judiciário.

Note-se que com esse raciocínio não se está defendendo a legitimidade da prática do nepotismo, ou mesmo se afirmando que a Constituição Federal admite semelhante procedimento por parte dos administradores públicos. Não se trata disso.

O argumento que se vem desenvolvendo funda-se na seguinte premissa: é função do STF, enquanto guardião da Constituição, dizer que o nepotismo constitui, sim, prática ilegítima, vedada pela Lei Maior. Contudo, regulamentar a matéria, definindo o que se entende por nepotismo, quem são as autoridades proibidas de nomear, quem se sujeita à vedação, quais as modalidades de parentesco se incluem na proibição etc., não constitui atribuição do STF. Em outras palavras, a regulamentação da matéria nos termos assinalados não se insere no domínio próprio à função jurisdicional.

Com efeito, é fora de dúvida que o STF, no intuito de vedar a prática do nepotismo, extrapolou suas funções, usurpando competência que, a nosso ver, caberia ao Legislativo – pela edição de lei regulamentando em caráter geral a matéria – ou aos próprios órgãos administrativos de cada um dos poderes, por meio da edição de atos administrativos de caráter normativo que regulassem a matéria *interna corporis*.

Embora a Constituição não tenha colocado, em termos expressos, que a concretização do princípio da moralidade e da impessoalidade são questões sujeitas a alguma espécie de reserva de lei,<sup>2</sup> parece extremamente razoável sustentar que o tratamento da matéria por meio de uma lei nacional seria muito mais adequado – notadamente à luz do princípio da segurança jurídica – do que editar uma súmula vinculante para regular tema tão amplo e cercado de tantas peculiaridades.

Não se está a defender, evidentemente, a necessidade de haver reserva de lei para estatuir a disciplina jurídica acerca do nepotismo. Muito ao revés, a existência de uma reserva absoluta de lei em relação ao tema criaria a impossibilidade de que a matéria pudesse também ser abordada em nível infralegal, por intermédio de edição de atos normativos regulamentares.

---

2. Sobre as espécies de reserva de lei, ver Mendes (2009).

Em vez de uma reserva absoluta de lei, apregoa-se que haja uma *preferência de lei*<sup>3</sup> no tratamento da vedação ao nepotismo, em ordem a definir, mediante edição de uma lei nacional, o regramento padrão acerca da matéria. Destarte, abrir-se-ia a possibilidade para que as administrações públicas de todos os órgãos de poder em todos os níveis da Federação regulamentassem, de acordo com a suas conveniências, proibições mais rigorosas ou mais extensas, desde que não contravenham o disposto em lei nacional. Este é o exato sentido do princípio da *preferência de lei*.<sup>4</sup>

Com efeito, é constitucionalmente muito mais legítimo sustentar que a lei, manifestação inequívoca dos representantes do povo, trate da vedação ao nepotismo, descrevendo as condutas a serem seguidas, do que defender a ideia de que uma súmula vinculante seria instrumento constitucionalmente adequado para tratar do tema.

De outro vértice, não se pode deixar de anotar que a edição de súmula vinculante tratando do tema de maneira tão ampla é capaz de causar conflitos institucionais hábeis a comprometer seriamente o valor segurança jurídica.

Imagine-se o caso de um estado da Federação editar lei regulamentando o regime jurídico de seus servidores públicos. Pense-se que este mesmo estado-membro, com escopo de coibir a prática do nepotismo no âmbito de sua administração, regulamente a matéria na referida lei, tratando do tema de modo diverso ao disposto na Súmula Vinculante nº 13 – ao vedar, por exemplo, o nepotismo em termos menos amplos (*verbi gratia*: extensão da vedação apenas até o segundo grau, ou mesmo exclusão da vedação para o parentesco por afinidade).

Poder-se-ia entender que, no caso desse estado-membro, existiriam concomitantemente dois regulamentos normativos distintos acerca da vedação ao nepotismo, isto é, aquele previsto na súmula e o outro disposto na lei estadual que define o regime jurídico dos servidores públicos?

Não é difícil imaginar o significativo volume de problemas que poderiam advir dessa situação: no campo institucional, ter-se-ia um *status* em que se põe em choque, de um lado, a supremacia de uma determinação judicial de caráter vinculante e, de outro, a autonomia legislativa dos estados-membros.

No campo das questões jurídicas práticas, surgiriam dúvidas diversas envolvendo a situação retratada. Apenas à guisa de ilustração, poder-se-ia imaginar a possibilidade de serem ajuizadas reclamações contra atos administrativos praticados em obediência aos termos da lei estadual, mas em desacordo com a

---

3. Poder-se-ia sustentar, pelas mesmas razões expostas, que houvesse uma reserva relativa de lei em relação ao tema.

4. "O princípio da preferência de lei significa, para o direito administrativo, que o administrador público, em sua atuação, seja ela regulamentar, seja ela de atos concretos, não pode contrariar o que prescreve a lei, que terá preeminência em face de qualquer outro ato contrário a ela. Os atos contrários à disposição legislativa serão, assim, inválidos" (Binebojm, 2008, p. 164).



súmula vinculante; ou mesmo indagar se a posterior edição de lei cujo conteúdo seja diverso daquele constante da súmula teria o condão de revogar ou afastar a aplicação do entendimento do STF.

Enfim, todas essas dificuldades estão a demonstrar a conveniência de se proceder ao cancelamento da súmula, deixando-se a regulamentação da matéria a cargo do Poder Legislativo ou mesmo da administração pública, no exercício de sua função de controle interno e de autocontenção no que se refere à legitimidade e legalidade dos atos normativos de provimento de cargos em comissão – como já houvera feito o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao editar a Resolução nº 07/2005, e à semelhança do que fez o Poder Executivo federal recentemente, ao editar o Decreto nº 7.203/2010.

Em remate a este tópico, conclui-se que a vedação ao nepotismo é matéria que reclama preferencialmente a edição de lei ou de ato normativo de caráter infralegal, em que seja possível regulamentar a questão em toda a sua amplitude, levando-se em conta as diversas peculiaridades fáticas passíveis de ocorrência nas diversas relações jurídicas gestadas no âmbito da administração pública. Está, aqui, mais uma razão a evidenciar a inconveniência, a impropriedade e, sobretudo, a ilegitimidade da aprovação de súmula vinculante para proibir (regular) a prática do nepotismo.

### **3.2 Críticas ao conteúdo da Súmula Vinculante nº 13: restrições amplas e incondicionadas**

O conteúdo da súmula, tal como redigida, alcança situações até certo ponto esdrúxulas. Contudo, deixa de fora da vedação situações que, em certa medida de valoração política, mereceriam estar sob o abrigo da proibição. Alguns exemplos facilitarão a compreensão desta afirmativa.

Um servidor ocupante de cargo efetivo nomeado para exercer cargo de direção (provimento por comissão) no Ministério das Cidades, pertencente à administração pública federal, impediria, por exemplo, que seu irmão (parente colateral em segundo grau), também servidor público ocupante de cargo efetivo, fosse nomeado para exercer cargo em comissão ou função de confiança em uma superintendência da Polícia Federal situada em um estado-membro da Federação, em razão de ser este órgão pertencente à mesma pessoa jurídica na qual o Ministério das Cidades está entranhado: a União.

Outra situação esdrúxula consistiria na impossibilidade de nomear determinada pessoa para ocupar uma função comissionada de assessoria no âmbito do Poder Judiciário federal ou no Ministério Público Federal (órgãos da União) caso tenha ela um parente até terceiro grau ocupando cargo em comissão em qualquer ministério, por exemplo.

Sob esse prisma, o enunciado vinculante estaria cerceando amplamente a liberdade de atuação de todos os órgãos de poder, dado que impediria que cargos comissionados em órgãos distintos, sem relação de subordinação entre si, fossem providos por parentes, mesmo que sejam eles servidores de carreira (ocupantes de cargo efetivos) de seus respectivos órgãos.

Veja-se que em momento algum a Súmula Vinculante nº 13 faz menção ao requisito da subordinação, ou faz referência ao fato de os servidores nomeados ocuparem cargos efetivos. Isso porque, por intuitivas e óbvias razões, referidas particularidades não comportariam tratamento adequado no corpo de um enunciado de súmula.

Parece evidente que as situações retratadas nesses exemplos não ofendem, em termos jurídicos, a Constituição Federal, tampouco afrontam o valor moralidade. É possível imaginar toda sorte de situações semelhantes aos exemplos aventados que se enquadrariam formalmente na vedação estampada na súmula, mas que, sob o ponto de vista da moralidade e impessoalidade, não implicariam ofensa à Constituição.

Nesta ordem de ideias, é interessante anotar que a impropriedade no trato da matéria pela súmula foi posta em evidência na prática de atos administrativos levados a cabo pelo próprio STF.

Conforme amplamente divulgado na mídia,<sup>5</sup> o ministro presidente da Corte Maior nomeou, recentemente, para exercer cargos comissionados no tribunal, um casal. A rigor, esta situação encontra-se vedada pelos termos da súmula, embora não seja criticável sob o aspecto da moralidade, mormente se se tomar em consideração que, *in casu*, não existia relação de subordinação entre os cargos em comissão ocupados pelo marido (coordenação de segurança de instalação e transporte do tribunal) e pela esposa (coordenação de processamento de recursos).

A propósito do assunto, o STF divulgou, no dia 23 de junho de 2010, um a nota explicativa, com os seguintes dizeres:

1. As justas e fundadas ponderações do então Procurador-Geral da República, dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, sobre dúvidas suscitadas pelo texto da referida Súmula, nos autos da Reclamação nº 6838, não puderam na ocasião ser ali conhecidas porque, diante da revogação do ato que a provocara, o processo ficou prejudicado e, em consequência, teve de ser extinto sem apreciação do mérito.
2. Para atender a tais ponderações e propósitos, igualmente manifestados por alguns Ministros da Corte, bem como para evitar absurdos que a interpretação superficial ou desavisada da Súmula pode ensejar, o Presidente do STF está encaminhando aos senhores Ministros proposta fundamentada de revisão da redação da mesma Súmula, *para restringi-la aos casos verdadeiros de nepotismo, proibidos pela Constituição da República*.

---

5. A informação pode ser acessada no sítio eletrônico *Consultor Jurídico*, através do seguinte link: <<http://www.conjur.com.br/2010-jun-23/depois-nomear-casal-peluso-pretende-rever-sumula-nepotismo>>.

3. O teor da proposta será levado ao conhecimento da imprensa e do público, após a apreciação dos Senhores Ministros (Grifo do autor).

O teor da nota não é capaz de esconder dois grandes equívocos cometidos pelo STF ao editar referida súmula: *i*) a ilegitimidade de o Supremo, usurpando funções atribuídas ao Legislativo e ao Executivo (Poder Regulamentar), regular de modo abstrato e genérico a matéria; e *ii*) pressupor o STF que os “casos verdadeiros de nepotismo” estão proibidos na Constituição, quando, na verdade, a Lei Maior veda a prática do nepotismo, sem dizer ou definir o que se entende por isso.

Ainda a propósito das incoerências ínsitas à redação da súmula, mas seguindo-se agora uma lógica inversa, também não é difícil imaginar que o enunciado vinculante, na sanha de proibir a todo custo o nepotismo, deixou ao largo da proibição situações que, a toda evidência, violam a moralidade administrativa.

Pense-se no exemplo de um ministro de Estado (ocupante de um cargo de natureza especial, cujo provimento se dá por comissão) que nomeia diretamente um primo (parente colateral em quarto grau) para ocupar o cargo de secretário-executivo do ministério chefiado por ele, autoridade nomeante.

Imagine-se, também por hipótese, a situação de o secretário-executivo do Planejamento, Orçamento e Gestão ter seu irmão nomeado para ocupar um cargo comissionado na Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), entidade da administração indireta vinculada ao ministério. Seria possível adotar esse procedimento de nomeação, porquanto não se está diante de servidores de uma mesma pessoa jurídica.

Essas situações hipotéticas, embora não configurem ofensa à proibição contida na súmula, retratam uma clara violação à moralidade administrativa e à impessoalidade, valores que devem nortear a atuação do administrador público.

Além da já apontada ilegitimidade consistente no avanço sobre competência que constitucionalmente não foi confiada ao STF, os exemplos aqui ventilados demonstram, ainda uma vez, que a regulamentação à proibição do nepotismo enunciada na Súmula Vinculante nº 13 não foi feita a contento, circunstância que põe em evidência a necessidade de a matéria ser regulamentada por ato de caráter normativo.

#### **4 REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: EDIÇÃO DO DECRETO Nº 7.203/2010**

A vedação ao nepotismo no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta foi regulamentada pelo Decreto nº 7.203/2010, editado pelo presidente da República com fulcro na sua competência constitucional para promover a organização da administração pública federal.

Os estritos limites deste trabalho não permitem levar a cabo uma análise mais detalhada e profunda da disciplina normativa constante do decreto. Contudo,

tal limitação não impedirá de ressaltar os pontos altos da regulamentação constante do Decreto nº 7.203/2010.

A primeira constatação merecedora de realce diz respeito ao fato de as vedações não terem se restringido somente à nomeação para cargo em comissão ou função de confiança, abarcando ainda não somente a contratação por necessidade temporária de excepcional interesse público – desde que não precedida de regular processo seletivo –, como também as contratações para preencher vagas de estágio, exceto se houver realização de processo seletivo que assegure o princípio da isonomia entre os concorrentes.

Neste particular, verifica-se que, além de tratar de situação não abordada na súmula vinculante, o decreto cuidou de estipular vedações mais rigorosas, estendendo a vedação para além da nomeação para cargos e/ou funções de confiança.

Outro ponto digno de nota é o tratamento conferido ao chamado nepotismo cruzado ou velado, ao prescrever que se aplicam as “*vedações deste Decreto também quando existirem circunstâncias caracterizadoras de ajuste para burlar as restrições ao nepotismo, especialmente mediante nomeações ou designações recíprocas, envolvendo órgão ou entidade da administração pública federal*” (Decreto nº 7.203/2010. Parágrafo 1º, Artigo 3º. Grifo nosso).

Por igual, não se pode deixar de consignar que o decreto visou coibir uma forma muito particular de nepotismo, na qual não há contratação ou nomeação de pessoa natural, mas, diversamente, contratação de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção que entretenha alguma relação com autoridades ou ocupantes de cargos comissionados na administração pública. Reza o § 3º do Artigo 3º do decreto:

É vedada também a contratação direta, sem licitação, por órgão ou entidade da administração pública federal de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação ou de autoridade a ele hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão e de cada entidade.

Por fim, importa ter presente que o regulamento cuidou de assinalar, em obséquio aos princípios da moralidade e da impessoalidade, importantes exceções que não caracterizam hipóteses de nepotismo:

Artigo 4º Não se incluem nas vedações deste Decreto as nomeações, designações ou contratações:

I - de servidores federais ocupantes de cargo de provimento efetivo, bem como de empregados federais permanentes, inclusive aposentados, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo ou emprego de origem, ou a compatibilidade da

atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão ou função comissionada a ocupar, além da qualificação profissional do servidor ou empregado;

II - de pessoa, ainda que sem vinculação funcional com a administração pública, para a ocupação de cargo em comissão de nível hierárquico mais alto que o do agente público referido no Artigo 3º;

III - realizadas anteriormente ao início do vínculo familiar entre o agente público e o nomeado, designado ou contratado, desde que não se caracterize ajuste prévio para burlar a vedação do nepotismo; ou

IV - de pessoa já em exercício no mesmo órgão ou entidade antes do início do vínculo familiar com o agente público, para cargo, função ou emprego de nível hierárquico igual ou mais baixo que o anteriormente ocupado.

Parágrafo único. Em qualquer caso, é vedada a manutenção de familiar ocupante de cargo em comissão ou função de confiança sob subordinação direta do agente público.

A forma como a matéria foi regulada no decreto comprova a necessidade de um tratamento do tema mais minudente, detalhado, fato que também atesta, uma vez mais, o desacerto do STF em procurar chamar para si, via edição de um enunciado de súmula vinculante, a tarefa de regulamentar tema envolto de tantas particularidades.

## 5 CONCLUSÃO

De tudo quanto se expôs, é lícito concluir o que segue.

1. Ao vedar a prática do nepotismo por intermédio da edição da Súmula Vinculante nº 13, o STF extrapolou os limites constitucionais de suas atribuições, na medida em que pretendeu regular a matéria de maneira genérica e abstrata.
2. A regulamentação levada a efeito pela Súmula Vinculante nº 13, na qual se estipula vedação ampla e incondicionada à prática do nepotismo, ignora as peculiaridades e minúcias relacionadas à matéria, fato que limita de maneira indevida a atuação da administração pública no provimento de cargos de confiança.
3. Embora a Constituição não estipule qualquer reserva de lei em relação ao tema, seria de todo conveniente, em obediência ao princípio da preferência de lei e em obséquio ao primado da segurança jurídica, que a vedação ao nepotismo tivesse um regramento padrão disciplinado em lei nacional, de sorte a permitir que os administradores públicos das diversas esferas de poder em todos os níveis da Federação estipulassem, conforme valorações próprias (fatores de conveniência e oportunidade), restrições mais rigorosas e/ou mais extensas em relação ao tema.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

GOMES, L. F. **Súmula vinculante n. 13: o STF pode proibir o nepotismo?** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 26 agosto, 2008.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BINEBOJM, G. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. *In*: ARAGÃO, A.; MARQUES NETO, F. (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. São Paulo: Editora Fórum, 2008, p. 145-204.

MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 4ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.



## **ORÇAMENTO PÚBLICO E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES: EM QUE PESA A SUPREMACIA DO PODER EXECUTIVO NA PREVISÃO, ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DA RECEITA PÚBLICA?**

Márcio Rodrigo de Araújo Souza\*

### **1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A independência e harmonia entre os poderes da República é um princípio fundamental comandado pelo Artigo 2º da Constituição Federal de 1988. No entanto, a busca pela harmonização das competências dos poderes tem sido um dos grandes paradigmas enfrentados pelo Estado nos últimos anos. Inobstante o inegável avanço democrático promovido pela Constituição Cidadã, o texto constitucional trouxe em seu âmago alguns enrijecimentos burocráticos contrários aos avanços administrativos conquistados nos anos precedentes (PEREIRA, 2006; COSTA, 2006; TORRES, 2004).

O motivo alegado para esse retrocesso seria a notória e pública aversão a tudo quanto fizesse lembrar o regime ditatorial que governou o Brasil entre 1964 e 1985. Por esta razão, a Constituinte de 1988 teria blindado o aparelho estatal contra o excesso de discricionariedade do Poder Executivo durante o regime militar. Todavia, conforme a literatura supracitada, as medidas adotadas pela nova Carta teriam pecado pelo excesso de rigidez e formalismo, o que teria como consequência direta obstruções às ações do Poder Executivo em um ambiente cada vez mais complexo e exigente de medidas tempestivas e eficientes.

No contexto das discussões entre os limites da autonomia e do controle do Poder Executivo, este ensaio visa analisar e debater um problema que, embora recorrente na administração pública brasileira, surpreendentemente ainda não entrou na agenda de discussões acadêmica. Trata-se, em suma, da repartição

---

\* Auditor governamental na Controladoria-Geral do Estado do Piauí.



da receita pública entre os poderes, a qual se dá, do Poder Executivo para os demais, em forma de duodécimo. O mote das discussões é que, por falta de regras claras que disciplinem a matéria, ora se tem calculado o duodécimo com base na receita prevista, ora o cálculo tem sido feito com parâmetro na receita efetivamente arrecadada.

Ao final das análises feitas no decorrer do texto, pretende-se sugerir um modelo equitativo de cálculo do duodécimo. Com este intuito o capítulo foi dividido em quatro partes, além desta seção. Na segunda seção faz-se uma breve contextualização do problema estudado. Na terceira, discute-se o princípio do equilíbrio das funções estatais, enquanto na quarta apresenta-se o modelo de cálculo do duodécimo. Por fim, fecham o capítulo as considerações finais do autor.

## **2 ORÇAMENTO PÚBLICO E A QUESTÃO DO DUODÉCIMO**

O orçamento público é o instrumento por meio do qual todas as receitas e despesas públicas são contabilizadas e distribuídas de acordo com as atribuições e necessidades de cada poder e, no âmbito interno, entre os órgãos e/ou entidades que os compõem. No Brasil, o Poder Executivo de cada ente da Federação é responsável por consolidar as propostas orçamentárias dos demais poderes e órgãos autônomos.

Em matéria orçamentária, vigora no ordenamento jurídico nacional o princípio do equilíbrio das contas públicas. Não pode o ente estatal gastar mais do que consegue arrecadar, como também não é razoável tentar arrecadar além daquilo que é preciso despender. Por razões lógico-conjunturais o poder público busca o equilíbrio de suas contas pela via indireta, ou seja, tenta controlar os gastos em razão da arrecadação. Isto decorre do axioma da limitação dos bens econômicos em face das necessidades de consumo/poupança. Portanto, o equilíbrio orçamentário tende a ser encontrado por meio da seletividade dos gastos a serem incorridos, de modo a acomodá-los nos limites da previsão de arrecadação.

Compete ao Poder Executivo fazer a previsão anual de arrecadação, levando em conta a conjuntura econômica, o sistema legal – sobretudo o tributário –, e o comportamento das receitas nos últimos três exercícios financeiros. O estudo da previsão da receita deve ser encaminhado pelo Poder Executivo aos demais poderes e órgãos autônomos antes que estes concluam suas respectivas propostas orçamentárias (Art. 12 da Lei Complementar Federal nº101), pois, como acaba de ser demonstrado, o equilíbrio orçamentário tem como esboço a previsão de arrecadação.

Após análise, discussão, votação e aprovação pelo Legislativo, sanção pelo chefe do Executivo e publicação oficial, a proposta orçamentária passa a vigorar como lei de caráter especial. Em seguida, parte-se para a execução do orçamento.

Nesta fase, os poderes e órgãos que têm autonomia orçamentário-financeira passam a utilizar as receitas arrecadadas para custear as despesas incorridas. Entretanto, como a arrecadação da receita é feita por meio da chamada Conta Única, controlada pelo Poder Executivo, este fica encarregado de transferir a cada mês um duodécimo da receita dos demais poderes órgãos autônomos. Ou seja, até o vigésimo dia de cada mês 1/12 avos da receita prevista deve ser entregue ao poder Legislativo, ao Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública (Art. 168 da Constituição Federal de 1988).

Inobstante, embora seja um assunto de grande relevância este que tange à autonomia orçamentário-financeira dos poderes, representada tecnicamente pelo duodécimo, é interessante notar a omissão legislativa quanto a este assunto. Até hoje, nem a Constituição, nem a Lei Complementar nº 101/00, nem a Lei nº 4.320/64, tampouco as Leis de Diretrizes Orçamentárias anuais foram dedicadas a estabelecer regras claras e justas, com razoável grau de profundidade, para equacionar a questão dos duodécimos dos poderes, em razão de que o sistema funciona intuitivamente.

Na falta de positivação legislativa dessa matéria, as diferentes interpretações dadas ao assunto têm levado a discussão aos tribunais. Ainda assim, encontram-se entendimentos distintos na jurisprudência brasileira. Destacam-se, aqui, dois acórdãos bastante representativos. O primeiro, datado de 6 de agosto de 2002, tem como origem a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujo entendimento é de que o duodécimo deve ser repassado de acordo com a receita efetivamente arrecadada. O segundo, datado de 3 de abril de 2003, oriundo do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), determinou que o duodécimo não deve se sujeitar à programação financeira e efetiva arrecadação da receita, pois precisa ser feito de acordo com a previsão orçamentária. Veja-se a seguir.

Julgamento do Recurso Especial nº 189.146 pelo STJ:

De efeito, observa-se que a liberação contemplada no Artigo 168, Constituição Federal, não sendo autoaplicável, não é desordenada, obedecendo ao sistema de programação da despesa (Lei nº 4.320/64). Deveras, deve efetivar-se de forma parcelada, em duodécimos correspondentes a cada mês do ano, exigindo-se, assim, a apuração do valor a ser repassado. Andante, a liberação ou repasse não tem por base única a previsão orçamentária e sem a receita real do mês correspondente. O critério legal permite o equilíbrio, de modo que não sejam repassados recursos superiores à arrecadação, evitando-se o sacrifício de obrigações fundamentais da alçada do Executivo. Desse modo, não se vislumbra o direito líquido e certo à previsão (expectativa de receita).

Pois a liberação depende da receita real, base concreta dos cálculos dos duodécimos, estes assegurados constitucionalmente. Enfim, sua liberação ou “repasso” está sob

o resguardo das demonstrações de receita concreta, da despesa e disponibilidade.

Em síntese, sem deixar de louvar o mandamento constitucional (Art. 168), voltada a atenção à receita realmente concretizada e consideradas as despesas demonstradas pelo Executivo e Legislativo, o repasse realiza-se conforme a programação da despesa.

Nesse contexto, sublinha-se que a liberação cinge-se à disponibilidade agregada à receita real e não àquela prevista na lei orçamentária.

Encerrada a exposição, voto provendo parcialmente o recurso, reconhecendo o direito vindicado ao repasse dos duodécimos, calculados conforme os limites da receita orçamentária realmente concretizada e demonstrada contabilmente (Julgamento do Recurso Especial nº 189.146 pelo STJ).

A matéria está pacificada no âmbito desta Corte (...).

Repasse duodecimal determinado no Art. 168 da Constituição. Garantia de independência que não está sujeita à programação financeira e ao fluxo de arrecadação. Configura, ao invés, uma ordem de distribuição prioritária (não somente equitativa) de satisfação das dotações orçamentárias, consignadas ao Poder Judiciário. Mandado de Segurança deferido, para determinar a efetivação dos repasses (...).

A norma inscrita no Art. 168 da Constituição reveste-se de caráter tutelar, concebida que foi para impedir o Executivo de causar, em desfavor do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público, um estado de subordinação financeira que compromettesse, pela gestão arbitrária do orçamento – ou, até mesmo, pela injusta recusa de liberar os recursos nele consignados –, a própria independência político-jurídica daquelas instituições (Julgamento do Mandado de Segurança nº 23.267-3 pelo STF).

O objetivo do presente capítulo, portanto, é discutir essa problemática orçamentário-financeira sob o prisma do princípio constitucional da independência e harmonia entre os poderes. A discussão será pautada em dois pontos-chave: o primeiro relativo à previsão subestimada da receita; e o segundo conexo com a distribuição do excesso de arrecadação. O texto não tem pretensão de esgotar o assunto, nem de ser absoluto. A argumentação levantada tem como missão provocar o debate em torno da questão que ora soa bastante controversa.

### **3 FUNÇÕES DO ESTADO E EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES**

A função executiva do Estado sempre foi preponderante em face das demais (legislativa e judiciária) em razão do domínio que exerce sobre duas atribuições fundamentais: controle dos meios coercitivos estatais e das receitas públicas. Estes dois fatores são característicos da supremacia da função executiva sobre a legislativa e a judiciária, pois estas necessitam compartilhar dos recursos financeiros e da força pública para desempenharem suas missões institucionais (COELHO, 2009, p. 19-20).

Na arquitetura institucional pensada por Montesquieu e que passou a ser adotada pelos Estados modernos desde a Revolução Francesa, o poder estatal deveria ser distribuído, na razão de suas funções essenciais, entre o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, de modo que um controlasse o outro e, desta forma, nenhum exorbitasse sobre os demais e principalmente sobre os cidadãos.

No Brasil, todas as constituições consagraram o princípio da separação dos poderes como um aspecto fundamental da estrutura e organização política do Estado. A Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 2º, institui que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Ao Poder Legislativo, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, foram conferidas as competências para dispor sobre todas as matérias inerentes à União, além de fiscalizar os demais poderes. O Poder Executivo, exercido pelo presidente de República com auxílio de seus ministros, foi encarregado das medidas executórias da administração pública federal. O Poder Judiciário, composto por diversos órgãos, agrupados em sete categorias, foi incumbido de julgar as questões litigiosas dentro do território nacional.

O princípio da independência dos poderes consagra que cada poder deve ter autonomia em face dos demais para que não seja subordinado e, por consequência, não deixe de controlar os ímpetus excessivos reciprocamente. Uma estrutura governamental composta por diversos órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre eles seja pautado em normas de lealdade constitucional. Tal lealdade compreende duas vertentes. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos. A segunda determina que os titulares dos órgãos deve respeitar-se mutuamente, de modo a evitar a guerrilha e a retaliação institucional, os abusos de poder e a desconsideração grosseira (CANOTILHO e MOREIRA, 1993 *apud* MORAES, 2003, p. 370).

Para desempenhar suas funções, cada poder necessita de uma série de recursos (humanos, materiais, tecnológicos etc.), para os quais os recursos financeiros são a matriz geradora. Ou seja, os recursos monetários têm o condão de “se transformar” em qualquer outro bem econômico demandado pelos poderes estatais: remuneram a força de trabalho, viabilizam construções, adquirem equipamentos e materiais de expediente, custeiam o consumo de energia, os serviços de comunicação... Enfim, são imprescindíveis.

A autonomia orçamentário-financeira, portanto, é fundamental para garantir a independência dos poderes. Em razão disso, a Constituição de 1988, em seu Artigo 168, determinou que os recursos financeiros correspondentes às

dotações orçamentárias, inclusive dos créditos adicionais, dos poderes e órgãos autônomos, deveriam ser repassados pelo Poder Executivo até o dia 20 de cada mês, em forma de duodécimo.

Embora a lei orçamentária anual preveja receita e fixe despesa para todo o exercício financeiro, a execução financeira ocorre *pari passu*, de forma cadenciada, razão pela qual a soma dos recursos orçados não é imediatamente repassada para os poderes e órgãos. A receita que é “prevista” no orçamento pode ocorrer conforme o prognóstico, pode ser superior, mas também pode ser inferior.

Por esse motivo, o problema da estimação da receita orçamentária tem sido bastante discutido na literatura especializada. Argelina Figueiredo e Fernando Limongi (2008, p. 57) traçam um panorama exemplificativo dessa situação-problema. De acordo com esses autores,

De fato, o Congresso adotou a prática de reestimar receitas, mas não fez isso sozinho, o Executivo também recorreu a esse subterfúgio à sua maneira, isto é, incorporando à proposta receitas a serem auferidas por alterações da legislação tributária ainda por aprovar. *Tampouco se deve presumir que o Executivo tenha condições de oferecer uma estimativa acurada das receitas a serem arrecadadas ou mesmo que, caso seja capaz de fazê-lo, tenha incentivos para revelá-la em sua proposta.*

Em todos os anos considerados [1996-2001], o Congresso recorreu à reestimativa de receitas para acomodar suas demandas. Mas essa prática não é o mesmo que tornar os preceitos constitucionais letra morta. Tampouco por ser equiparada automaticamente à irresponsabilidade fiscal. O fato é que nem o Executivo, nem o Legislativo têm sido capazes de estimar corretamente o volume global das receitas. *Ao fim e ao cabo, o volume global das receitas foi subestimado em todos os anos, ainda que receitas específicas tenham sido superestimadas* (grifos do autor).

Neste ponto reside um dos problemas objeto do presente estudo. No orçamento, as receitas são previstas metodologicamente com base na arrecadação dos três últimos exercícios, na conjuntura econômica do país, nas mudanças na legislação tributária, na política fiscal do governo e em outros fatores que possam influenciar na arrecadação estatal. Sem embargo, não há garantia de que a previsão irá se concretizar. O comportamento da receita pode variar para mais, gerando o excesso de arrecadação, ou para menos, acarretando frustração. No entanto, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro legislação que atente para este fato, de modo que as discussões terminam nos tribunais.

A diversidade de entendimento é encontrada inclusive na jurisprudência, conforme foi citado nas considerações iniciais deste texto. Ou seja, tanto há entendimento de que o duodécimo deve seguir a lei de orçamento, quanto há interpretação de que se deve observar o comportamento efetivo da receita pública.

A verdade é que, talvez não só por isso, mas também por influência dessa metodologia, o Poder Executivo tem adotado uma postura conservadora quando da previsão da receita pública, conforme pode ser observado na tabela 1. Dificilmente ao final do exercício financeiro a receita arrecadada não supera a previsão atualizada da receita. A taxa de execução da receita tende sempre a ficar acima dos 100%. No entanto, a reestimativa de receita foi expressamente proibida pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Art. 12), devendo os poderes valer-se dos estudos e estimativas realizados pelo Poder Executivo para elaboração de suas propostas orçamentárias.

TABELA 1

**Demonstrativo das receitas da União**

(Em R\$ mil)

Exercício	Inicial (A)	Atualizada <sup>1</sup> (B)	Arrecadada <sup>2</sup> (C)	% Execução (C/B)
2009	1.043.551.330	1.043.551.330	1.157.672.137	110,94%
Corrente	839.902.453	839.902.453	775.406.759	92,32%
Capital	203.648.877	203.648.877	382.265.378	187,71%
2008	935.720.166	935.732.106	972.037.438	103,88%
Corrente	716.015.923	716.027.863	754.735.517	105,41%
Capital	219.704.243	219.704.243	217.301.921	98,91%
2007	870.392.236	870.758.247	864.829.047	99,32%
Corrente	658.799.139	659.158.017	658.884.417	99,96%
Capital	211.593.097	211.600.229	205.944.630	97,33%

Fonte: Elaborada pelo autor com base nos Relatórios Resumidos da Execução Orçamentária da União dos respectivos exercícios.

Notas: <sup>1</sup> Excluem-se as receitas intraorçamentárias.

<sup>2</sup> Exceuem-se as receitas relativas a operações de crédito para refinanciamento da dívida pública.

Essa prudência na previsão da receita orçamentária acaba desaguando em outro paradigma objeto deste capítulo: o excesso de arrecadação, fonte de recursos para abertura de créditos adicionais suplementares e especiais. Para se ter uma ideia, no último exercício financeiro o excesso arrecadado superou R\$ 114 milhões (R\$ 114.120.807).

Na abalizada opinião do professor Ruszel Cavalcante (2006, p. 95),

A fiscalização da receita tem o condão de transformar a previsão orçamentária mais real a cada ano, dado que os gestores de executivos usam suas atribuições de planejamento para, às vezes, *subavaliar a previsão de receita, o que poderia prejudicar poderes e instituições, uma vez que os duodécimos, à exceção dos legislativos municipais, são calculados com base na estimativa de receita prevista.*

Outro fator importante para fiscalização da receita é justamente o de redução da margem de discricionariedade dos executivos, vez que, na forma do Art. 40 e seguintes da Lei nº 4.320/64, *os créditos adicionais por excesso de arrecadação, ainda que autorizados por lei, são abertos por decreto do Executivo* (grifo do autor).

A Lei nº 4.320/64 criou três categorias de créditos adicionais: suplementares, especiais e extraordinários. Para os dois primeiros vinculou-se sua abertura à apresentação de justificativa e indicação dos recursos para custeá-los. Quanto às fontes de recursos, foram arroladas quatro para fazer face aos créditos adicionais: *i)* superávit financeiro; *ii)* excesso de arrecadação; *iii)* anulação de dotação; e *iv)* novas operações de crédito.

De acordo com o demonstrado na tabela 2, o Poder Executivo da União tem predominância na abertura de créditos adicionais provenientes de excesso de arrecadação ou novas operações de crédito. Nos anos analisados, o Executivo ficou sempre com mais de 99,5% do excedente.

Para compreender as informações da tabela, deve-se considerar que a abertura de créditos adicionais com recursos da anulação de dotação não altera o valor do orçamento global, e que os créditos abertos com fonte do superávit financeiro apurado no balanço patrimonial do exercício anterior não são demonstrados na coluna de previsão, uma vez que é considerado recurso extraorçamentário.

TABELA 2

**Demonstrativo das dotações orçamentárias da União**

(Em R\$ mil)

Exercício	Inicial <sup>1</sup>	Adicionais <sup>2</sup>	% <sup>(1/2)</sup>	Atualizada <sup>3</sup>	Empenhada <sup>4</sup>
2009	1.153.902.292	123.823.924	100,00%	1.277.726.216	1.136.855.268
Legislativo	6.912.918	(37.648)	-0,03%	6.875.270	6.443.521
Executivo	1.115.991.645	123.310.041	99,58%	1.239.301.686	1.091.785.021
Judiciário	28.045.980	549.568	0,44%	28.595.548	35.723.256
MPU	2.951.749	1.963	0,00%	2.953.712	2.903.470
2008	888.417.342	189.047.474	100,00%	1.077.464.816	969.141.715
Legislativo	6.794.972	248.007	0,13%	7.042.979	6.574.517
Executivo	854.797.601	188.363.699	99,64%	1.043.161.300	929.711.346
Judiciário	24.114.098	329.677	0,17%	24.443.775	30.086.291
MPU	2.710.671	106.091	0,06%	2.816.762	2.769.561
2007	891.761.491	37.915.416	100,00%	929.676.907	838.505.252
Legislativo	6.539.080	49.400	0,13%	6.588.480	6.178.056
Executivo	861.590.752	37.909.296	99,98%	899.500.048	803.510.127
Judiciário	21.029.013	(52.874)	-0,14%	20.976.139	26.456.801
MPU	2.602.646	9.594	0,03%	2.612.240	2.360.268

Fonte: Elaborada pelo autor com base nos Relatórios Resumidos da Execução Orçamentária da União dos respectivos exercícios.

Notas: <sup>1</sup> Excetua-se as despesas intraorçamentárias.

<sup>2</sup> Excetua-se as despesas com refinanciamento da dívida pública.

<sup>3</sup> A diferença entre dotação e empenho decorre de superávit financeiro.

<sup>4</sup> A diferença entre inicial e atualizada decorre de créditos adicionais.

Fonte: Elaborada pelo autor com base nos Relatórios Resumidos da Execução Orçamentária da União dos respectivos exercícios.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias tem determinado sistematicamente que a abertura de créditos suplementares pelos poderes Legislativo, Judiciário e Ministério Público só pode ocorrer com indicação dos recursos compensatórios dos próprios órgãos, ou seja, com anulação total ou parcial de dotação orçamentária, conforme Artigo 57, §1º, da Lei Ordinária Federal nº 12.017/09. Este dispositivo também foi observado nas Leis de Diretrizes Orçamentárias para os exercícios de 2007, 2008 e 2009.

Depara-se, portanto, com um dilema incômodo, capaz de afetar a harmonia entre os poderes: por um lado, os poderes Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público, não pretendem compartilhar com o Poder Executivo o risco de frustração da arrecadação; por outro lado, o Poder Executivo pode dispor sozinho do excesso de arrecadação, não estando obrigado por força constitucional ou legal a reparti-lo.

Há os defensores da tese de que o excesso de arrecadação deve ser compartilhado entre todos os poderes e o Ministério Público na razão de suas dotações orçamentárias, sob pena de desequilíbrio institucional.

Em oposição, há os que advogam que nessa relação não se pode pretender compartilhar apenas eventuais bônus (excesso de arrecadação), sem participar de possíveis ônus (frustração da arrecadação).

Todavia, esse ponto que atinge a repartição do excesso de arrecadação precisa ser visto com cautela, pois reparti-lo simplesmente entre os poderes não parece ser uma solução viável e, sobretudo, justa, embora possa ser metodologicamente simples.

Isso porque as atribuições e competências dos poderes em matéria de execução orçamentário-financeira são bastante distintas. Enquanto os poderes Judiciário e Legislativo, além do Ministério Público, têm maior concentração de seus gastos no Grupo de Natureza da Despesa 1 (GND 1 – pessoal e encargos sociais), o Poder Executivo fica encarregado de executar uma variedade enorme de despesas nos outros grupos de natureza, principalmente no GND 2 – juros e encargos da dívida –, no GND 3 – outras despesas correntes –, e no GND 6 – amortização da dívida. Aliás, no exercício financeiro de 2009 o somatório do GND 2 e GND 6 alcançou a impressionante marca de R\$ 642.521.210.000,00, ou 46% de todas as despesas empenhadas no exercício no âmbito federal (exceto as intraorçamentárias).



TABELA 3

**Demonstrativo das despesas da União em 2009 por GND**

(Em R\$ mil)

	Previsão		Execução	
Despesas correntes	882.405.525	53%	805.706.400	57%
GND 1 – pessoal e encargos sociais	156.120.276	9%	154.925.362	11%
GND 2 – juros e encargos da dívida	164.928.401	10%	124.609.210	9%
GND 3 – outras despesas correntes	561.356.848	34%	526.171.828	38%
Despesas de capital	787.375.918	47%	596.810.795	43%
GND 4 – investimentos	57.011.710	3%	45.811.088	3%
GND 5 – inversões financeiras	48.022.177	3%	33.087.707	2%
GND 6 – amortização da dívida	682.342.031	41%	517.912.000	37%
Total das despesas	1.669.781.443	100%	1.402.517.195	100%

Fonte: Elaborada pelo autor com base no Balanço Orçamentário da União (2009).

No gráfico 1 demonstram-se os dados das despesas com pessoal e encargos sociais (GND 1), com custeio (GND 3) e os investimentos (GND 4) dos três poderes e do Ministério Público da União (MPU) no triênio 2007-2009. Uma observação interessante que deve ser feita é quanto à proporcionalidade das despesas entre os poderes. Percebe-se que o Legislativo, o Judiciário e o MPU gastam mais de 80% dos seus respectivos orçamentos com folha de pagamento. Em segundo lugar concentram os gastos com custeio administrativo em torno de 15% e a diferença fica para os investimentos.

O Poder Executivo tem a maior parte de seus gastos no GND 3 – outras despesas correntes –, cujo montante no triênio analisado corresponde a 70% do somatório dos três grupos analisados. O GND 1 – pessoal e encargos – consumiu 22% e o GND 4 – investimentos – foi da ordem de 8%.

Analisando-se o comportamento dos dados pela ótica dos poderes, nota-se que o Poder Executivo é o que mais investe, 8%; o MPU vem em seguida com 5%; o Judiciário investiu 3%; e quem menos investiu foi o Poder Legislativo, com apenas 2% do seu orçamento. No que se refere às despesas com folha de pagamento, detecta-se que o Legislativo lidera a lista com 83% do orçamento; o Judiciário e o MPU gastam 81%; por fim, o Poder Executivo empregou 22% do volume de despesas para pagamento de pessoal.

No triênio 2007-2009 os três poderes mais o MPU gastaram R\$ 412 bilhões com pagamento de pessoal e encargos sociais, sendo que na repartição deste montante 78,3% couberam ao Poder Executivo, 15,8% ao Judiciário, 4,3% ao Legislativo, e 1,7% ao MPU.

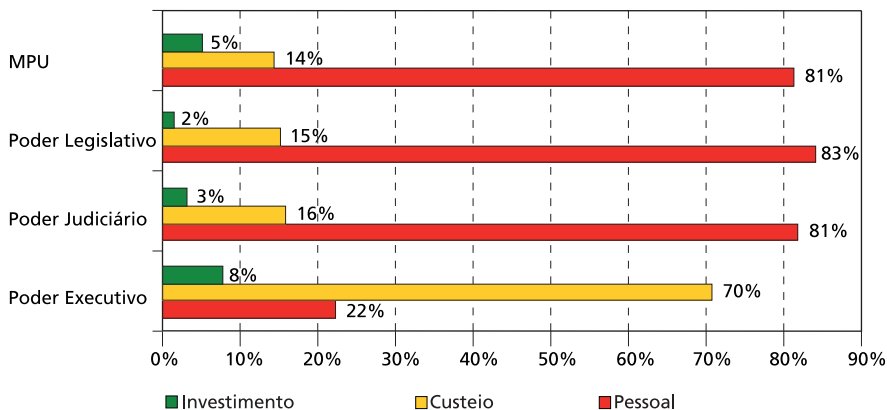
Os investimentos foram feitos na seguinte razão: 97,2% pelo Executivo, 2,1% pelo Judiciário, 0,4% pelo MPU e 0,3% pelo Legislativo, perfazendo uma quantia aproximada de R\$ 116 bilhões.

Deixou-se para o final o GND 3 – outras despesas correntes – em razão de sua diversidade. Trata-se de grupo de natureza que mais recebeu recursos no período em análise, algo mais de R\$ 1 trilhão. Deste total, o Executivo gastou 98,4%, o Judiciário 1,2%, o Legislativo 0,3%, e o MPU, apenas 0,1%. No entanto, a natureza dos gastos neste grupo de despesa é bastante diferente no âmbito do Poder Executivo em relação aos demais poderes. Enquanto o Judiciário, Legislativo e MPU têm seus gastos contabilizados neste grupo em razão de despesas com custeio administrativo interno, no Poder Executivo a maioria destes gastos é feita em razão de transferências voluntárias para outros entes da Federação aplicarem em políticas públicas finalísticas e no pagamento de benefícios assistenciais e previdenciários.

Observando a proporção dos gastos do Poder Executivo, nota-se que 70% deles são empregados no GND 3. Cabe destacar, porém, conforme frisado, que neste grupo de despesa estão contabilizadas aquelas com grandes atividades governamentais, tais como nas áreas de saúde, educação, segurança pública, assistência e previdência social – exceto os pagamentos feitos aos servidores públicos empregados nestas atividades, pois são pagos por meio do GND 1.

Esta breve discussão de dados tem como objetivo demonstrar a disparidade de atribuições e competências em matéria orçamentária e financeira entre os poderes da União. O grau de complexidade envolvido na matéria também é relevante, em razão de que a solução do problema discutido no presente ensaio não pode ser encarada com simplicidade e afobamento. Assim, é preciso que se faça a interpretação do presente dilema levando em consideração o axioma de que não é justo tratar os desiguais de forma igual; justo é tratar os desiguais na razão de suas desigualdades.

GRÁFICO 1

**Despesas dos poderes da União no triênio 2007-2009**

Fonte: Elaboração do autor com base nos dados da execução orçamentária dos poderes disponível no Siga Brasil.

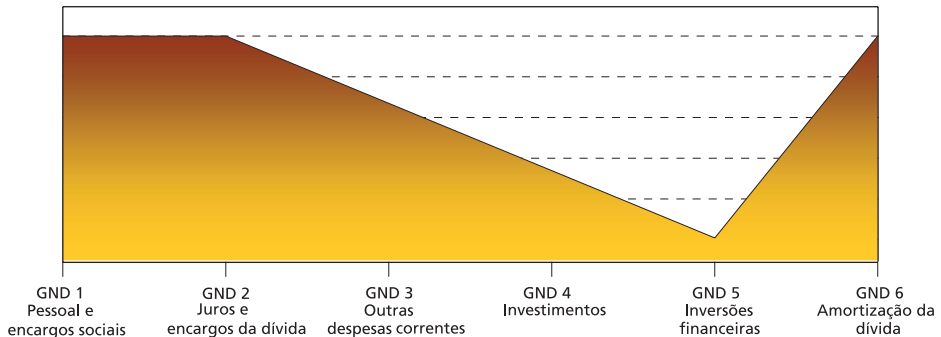
**4 O MODELO PROPOSTO**

Uma solução possível para o problema enfrentado seria criar um dispositivo que pudesse ser interpretado no sentido de que os duodécimos fossem calculados de acordo com o comportamento da arrecadação das receitas. Dessa forma, seriam partilhados entre todos os poderes tanto os riscos de uma eventual frustração de receita como os bônus de eventuais excessos.

Naturalmente esse mecanismo deveria levar em conta as especificidades de cada instituição: aquelas que têm maior volume de despesas obrigatórias de caráter continuado, por exemplo, deveriam ter uma margem de receita variável que não comprometesse suas obrigações. Em outras palavras, o duodécimo teria uma parte fixa, capaz de custear as despesas vinculadas dos órgãos, e outra variável, a qual se comportaria de acordo com o volume da arrecadação estatal.

A figura 1 esboça um modelo desenvolvido pelo autor que busca retratar o grau de obrigatoriedade das despesas em seus seis grupos de natureza. Os grupos de natureza 2 e 6 são exclusivos do Poder Executivo. O GND 5, embora não seja exclusivo, não é comum de ser observado na execução orçamentária dos demais poderes. Assim, os poderes e o Ministério Público executam despesas em comum em três grupos de natureza: 1, 3, e 4. Nota-se que o grau de obrigatoriedade das despesas com pessoal e encargo é considerado máximo (10). As outras despesas correntes apresentam grau intermediário (7), enquanto os investimentos detêm o segundo menor índice de vinculação da despesa pública analisada (4).

FIGURA 1

**Modelo de obrigatoriedade da despesa pública pelo critério das despesas incompressíveis**

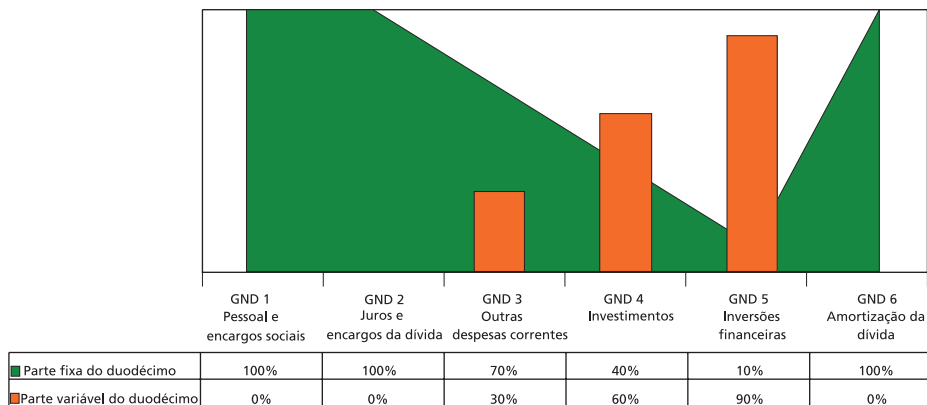
Fonte: Elaboração do autor.

Por sua vez, destaca-se que é justamente no GND 1 que os poderes Judiciário, Legislativo e Ministério Público consomem a maior parte de suas despesas (pouco mais de 80%) – em seguida vem o GND 3, com aproximadamente 15%. O menor volume de despesas destas instituições está no GND 4, justamente o que apresenta maior flexibilidade em razão de não ser, em regra, composto por despesas obrigatórias de caráter continuado.

Portanto, a lógica do modelo sugerido na figura 2 é quanto maior for o grau de incompressão da despesa, menor será sua sujeição ao comportamento da receita; quanto menor for o grau de incompressão, maior sua dependência da arrecadação. Por este modelo, assegura-se o pagamento dos compromissos dos poderes, e se possibilita que outras despesas, sobretudo os investimentos, sejam reduzidas ou ampliadas em razão da frustração ou excesso de arrecadação, respectivamente. Assim, ficariam pacificados os dois pontos de divergência discutidos neste capítulo, tanto o da subestimação da receita, quanto o do excesso de arrecadação.

FIGURA 2

**Modelo de vinculação da despesa pública pelo conceito de despesa obrigatória de caráter continuado**



Fonte: Elaboração do autor.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo o que foi aqui demonstrado, pode-se concluir que a regulamentação sobre a metodologia de cálculo do duodécimo dos poderes é tema merecedor de atenção política, uma vez que afeta diretamente o princípio da independência e harmonia entre os poderes e, sobretudo, a inter-relação rotineira do Poder Executivo, controlador da arrecadação da receita pública, e os demais poderes e órgãos com autonomia orçamentário-financeira, os quais sobrevivem em razão do repasse do duodécimo.

Não obstante, para desempenhar uma tarefa de tamanha envergadura é preciso que se tenha bom senso e cautela para não agravar uma situação já bastante complicada. Deve-se ter sob visão que o assunto tem reflexo direto na ordem institucional dos poderes e, em última consequência, na relação destes com a sociedade. Não por outro motivo, no decorrer deste capítulo, levantou-se argumentação para demonstrar as diversidades de competências no que toca à execução orçamentário-financeiro dos referidos poderes.

Assim, tomando-se por base o axioma de que é justo tratar os desiguais em razão de suas desigualdades, chegou-se ao modelo de distribuição equitativa do duodécimo. O fundamento basilar do modelo proposto, portanto, é chegar a um denominador que respeite as competências e responsabilidades dos poderes na execução do seu respectivo orçamento, mas, também, que distribua entre eles, de forma justa, possíveis frustrações ou excessos de arrecadação. Por este modelo almeja-se sanar as duas causas primordiais do problema analisado: a subestimação da receita e a repartição racional dos excessos de arrecadação.

Enquanto encerramento, deve-se reafirmar que a interpretação do princípio da independência e harmonia entre os poderes não pode ser feita de maneira a colocá-los em polos opostos e estanques, como se fossem rivais, pois, de fato, o poder *do Estado* é indivisível. A separação dos poderes é apenas uma forma racional e metodológica de equilibrar a força estatal em razão de suas três funções essenciais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, 1995.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar Federal nº 101, de 05 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei Ordinária Federal nº 12.017, de 12 de agosto de 2009**. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2010 e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei Ordinária Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial nº 189.146** – RN. Relator: Min. Milton Luiz Pereira. Ementa: Administrativo. Receita e Despesas Orçamentárias. Transferência ou repasse de Recursos Orçamentários à conta da Câmara Municipal. Previsão. Receita Real. Duodécimos. CF, artigos, 168, 4.320/64. Lei 1.533/51 Art. 8º. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Mandado de Segurança nº 23.267-3**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Ementa: Mandado de segurança. 2. Ato omissivo do governador do Estado. 3. Atraso no repasse dos duodécimos correspondentes às dotações orçamentárias do Poder Judiciário. 4. Art. 168 da Constituição Federal. 5. Independência do Poder Judiciário. 6. Precedentes. 7. Deferimento da ordem. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

CAVALCANTE, R. L. V. **Corrupção: origens e uma visão de combate**. Brasília: Fundação Astrogildo Pereira (FAP), 2006.

COELHO, R. C. **Estado, governo e mercado**. Brasília: Coordenação e Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), 2009.

COSTA, F. L. Condicionantes da reforma do Estado no Brasil. *In*: MARTINS, P. E. M.; PIERANTI, O. P. (Org.). **Estado e gestão pública: visões do Brasil contemporâneo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas (FGV), p. 133-158, 2006.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

FIGUEIREDO, A. C.; LIMONGI, F. **Política orçamentária no presidencialismo de coalizão**. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, L. C. B. Da administração pública burocrática à gerencial. *In*: PEREIRA, L. C. B.; SPINK, P. (Org.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, p. 247-270, 2006.

TORRES, M. D. F. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

## **A ORDENAÇÃO DOS CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO SUPERIORES (DAS) COMO ESTRATÉGIA PARA O FORTALECIMENTO INSTITUCIONAL E DECISÓRIO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

Camila Romero Lameirão\*

### **1 INTRODUÇÃO**

Este capítulo procura discutir um aspecto marcante do comportamento presidencial no Brasil: a alteração frequente de normas que regulam diversas esferas do exercício do poder governamental. Especificamente, o texto se deterá no conjunto de regulações referentes aos cargos de confiança do Poder Executivo federal, e terá como foco as mudanças implementadas nas regras de provimento e composição dos cargos de direção e assessoramento superiores (DAS) desde a sua criação em 1967.<sup>1</sup> Considerando-se que todas as mudanças efetuadas partiram do Poder Executivo – embora ao longo das últimas décadas tenham sido formuladas propostas no Poder Legislativo tratando dos cargos de confiança do tipo DAS –, convém assinalar a evidência de que os presidentes, no Brasil, têm mantido o controle sobre os movimentos que, frequentemente, provocam alterações na ordenação dos cargos de DAS da administração pública federal.

O objetivo deste capítulo consiste apenas em introduzir alguns pontos para reflexão sobre a dinâmica de regulação dos cargos de DAS. Enfatiza-se o caráter flexível das normas, uma vez que tem sido comum entre os últimos governos a introdução de mudanças neste ordenamento, por meio de mecanismos decisórios unilaterais, como os decretos presidenciais e as portarias ministeriais, que prescindem de submissão ao processo legislativo. Assim, interessa esclarecer basicamente os atores, procedimentos e instrumentos decisórios pelos quais

---

\* Doutoranda em ciência política na Universidade Federal Fluminense (UFF).

1. Os cargos de direção e assessoramento superiores (DAS) foram criados pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e regulamentados pelo Decreto nº 71.235, de 10 de outubro de 1972.



as mudanças na regulação dos cargos de DAS vêm sendo efetuadas no Brasil. Para tanto, considera-se oportuno apresentar um modelo analítico sobre os aspectos institucionais da Presidência, elaborado pelo cientista político norte-americano Terry Moe, cujo núcleo argumentativo revelaria, sobretudo, o modo como o presidente atua baseado em recursos institucionais de poder para fortalecer seu controle sobre a burocracia e, conseqüentemente, garantir sua liderança sobre o sistema político. Com base nas conclusões deste autor, pretende-se ter um aporte analítico para avaliar algumas das mudanças implementadas pelos presidentes na regulação dos cargos de DAS.<sup>2</sup>

## 2 OS CARGOS DE CONFIANÇA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Este trabalho se refere a um conjunto de 21.358 cargos de confiança, segundo edição do *Boletim Estatístico de Pessoal* publicada em abril de 2010 pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). Tais cargos subdividem-se em seis níveis hierárquicos<sup>3</sup> e são de livre nomeação e exoneração, embora a composição dos três primeiros níveis de cargos de DAS deva contar com, no mínimo, 75% de servidores efetivos de carreira, e os de nível 4 com 50%.<sup>4</sup> Assim, do montante de 21.358 cargos, aproximadamente 7.082, ou 33,1%, podem ser providos sem restrições. A rigor, ao presidente caberiam as nomeações para os cargos de DAS dos níveis 5 e 6, que consistem nos postos hierárquicos mais relevantes da administração pública federal, responsáveis pelas funções estratégicas de direção, coordenação e assessoramento das políticas e projetos dos órgãos governamentais.<sup>5</sup>

---

2. Este capítulo é parte de um projeto de pesquisa denominado *Elites Dirigentes e Democracia nos Governos Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva*. A pesquisa já produziu duas publicações com informações sistematizadas sobre o histórico e o conjunto de regulamentos dos cargos de DAS desde sua criação no Brasil, além de dados sobre a composição destes cargos, nos níveis 5 e 6, nos dois governos Lula. Ver D'Araújo (2007; 2009).

3. Os cargos de DAS possuem duas classificações: DAS 101, referente às funções de direção; e DAS 102, concernente às funções de assessoramento. Para cada um destes dois tipos de funções há seis níveis hierárquicos. No âmbito geral, segundo os dados de abril de 2010, há 6.911 cargos de DAS de nível 1; 5.914 cargos de DAS de nível 2; 4.047 cargos de DAS de nível 3; 3.240 cargos de DAS de nível 4; 1.034 cargos de DAS de nível 5; e 212 cargos de DAS de nível 6.

4. Regra estabelecida pelo Decreto nº 5.497, de 21/7/2005, segundo o qual "serão ocupados exclusivamente por servidores de carreira os seguintes cargos em comissão do grupo direção e assessoramento superiores (DAS) da administração pública federal direta, autárquica e fundacional: I – 75% dos cargos em comissão DAS, níveis 1, 2 e 3; e II – 50% dos cargos em comissão DAS, nível 4" (Artigo 1º). Segundo o Artigo 2º, considera-se servidor de carreira os servidores, ativos ou inativos, oriundos de órgão ou entidade de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, suas empresas públicas e sociedades de economia mista, ocupante de cargo ou emprego permanente no qual ingressou mediante concurso público ou, se em data anterior a 5 de outubro de 1988, mediante forma de provimento permitida pelo ordenamento da época de ingresso.

5. Segundo o Decreto no 4.567 de 1º/1/2003 (Artigo 4º), a nomenclatura funcional dos seis níveis de cargos de DAS é a seguinte: DAS-101.1 – chefe de seção, assistência intermediária; DAS-102.1 – assistente técnico; DAS-101.2 – chefe de divisão; DAS-102.2 – assistente; DAS-101.3 – coordenador; DAS-102.3 – assessor técnico; DAS-101.4 – coordenador-geral; DAS-102.4 – assessor; DAS-101.5 – chefe de gabinete de ministro de Estado, diretor de departamento, consultor jurídico, secretário de controle interno, e subsecretário de planejamento, orçamento e administração; DAS-102.5 – assessor especial de ministro de Estado; DAS-101.6 – secretário de órgãos finalísticos, dirigentes de autarquias e fundações, e subsecretários de órgãos da Presidência da República (PR); e DAS-102.6 – assessor especial.

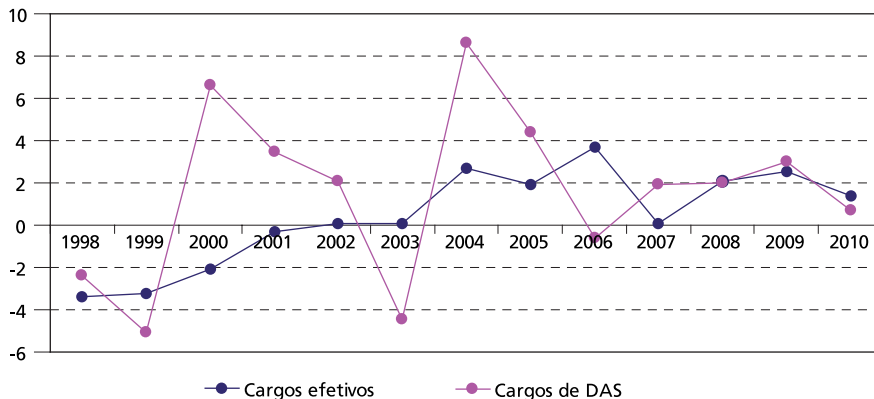
Competiria, por sua vez, aos ministros e secretários a nomeação para as posições de DAS do nível 1 ao 4, que, no entanto, pode ser delegada aos seus subordinados.<sup>6</sup>

Para se ter uma noção da evolução do quantitativo de cargos efetivos ou de carreira e de cargos de DAS na estrutura do Poder Executivo federal, elaborou-se o gráfico 1, que traz informações sobre o período entre 1998 a 2010. Com esta comparação, além de se observar, primeiramente, o tipo de evolução (ascendente ou descendente) do quantitativo destes cargos no decorrer de 12 anos, e entre os últimos cinco anos dos governos de Fernando Henrique (1998-2002) e os oito anos da presidência de Lula (2003-2010), pode-se verificar se há alguma relação entre as tendências de evolução destes dois tipos de cargos ao longo do tempo. Em princípio, convém lembrar, o acréscimo de cargos efetivos no Poder Executivo sugeriria que a administração pública estaria sendo provida por novos servidores de carreira, o que não implicaria a necessidade de que a estrutura de cargos comissionados fosse, por isso, ampliada. Supõe-se que, à medida que o Executivo seja composto por quadros fixos, torna-se dispensável a criação de novos cargos de confiança.

GRÁFICO 1

**Evolução do quantitativo de cargos efetivos e de DAS (1998-2010)**

(Em %)



Fonte: Brasil/MPOG. *Boletim Estatístico de Pessoal*, nº 166, abr. 2010, p. 34 e 107.

Elaboração da autora.

Obs.: Em 1998, o quantitativo de cargos efetivos era de 513.720, e o de cargos de DAS, de 17.183; em 2010, estes totais eram de 560.369 e 21.245, respectivamente.

De um modo geral, é possível perceber um quadro evolutivo distinto entre os dois tipos de cargos, embora nos primeiros anos ambos tenham apresentado níveis de crescimento negativos, o que significa que de um ano para outro estes

6. Segundo o Decreto nº-4.734 e a Portaria da Casa Civil nº 1.056, ambos de 13/6/2003.

cargos não aumentaram, mas diminuíram. Para os cargos efetivos, esta tendência ocorreu até 2001, mas a partir de 1999 já se percebe uma diminuição no nível de queda destes cargos. De 2003 em diante, a tendência é de crescimento constante do quantitativo de cargos efetivos, apesar de ocorrer num ritmo variado. Por sua vez, os cargos de DAS, num quadro geral, apresentam trajetórias bastante irregulares. O ritmo de crescimento destes postos praticamente não apresentou níveis constantes. A exceção foi o período de 2006 a 2009, quando ocorreu um quadro de evolução contínuo. De 1999 a 2002 e de 2003 a 2006, houve movimentos parecidos: um aumento intenso do quantitativo de cargos (1999-2000 e 2003-2004), seguido por novos acréscimos (2001, 2002 e 2005, 2006), mas num ritmo decrescente. Comparativamente, pode-se perceber que o quadro evolutivo dos cargos de DAS demonstra um ritmo de crescimento maior: atingiu picos de 6 e 8%, o que pode ser considerado positivo, se for levado em conta que em apenas três anos (1998, 1999 e 2003) o seu quantitativo não foi superior ao do ano anterior. Os cargos efetivos apresentam, no entanto, um ritmo de crescimento constante, e por isso mais regular que os postos de DAS. Ao se observar o período de 2000 a 2010, excetuando-se o ano de 2007, nota-se que a tendência foi de progressivos acréscimos. Portanto, conclui-se que, de um ano para outro, em relação aos cargos efetivos, a criação de cargos de DAS é bem mais intensa; e que o ritmo de expansão dos postos comissionados, embora irregular, foi no geral proporcionalmente superior ao dos cargos efetivos.

Longe de ser uma prerrogativa em desuso pelo presidente da República nos últimos governos, as informações apresentadas pelo gráfico 1 sugerem que a criação de cargos de DAS se configura como uma prática frequente no exercício do poder. Com base na análise de Moe, compreende-se de que forma as funções de confiança, denominadas pelo autor como *political appointees*, constituem-se como um recurso estratégico para o presidente, que as emprega para garantir controle sobre as funções essenciais da Presidência – indicando para estes postos pessoas de sua escolha – e para obter controle sobre a burocracia pública. É oportuno assinalar que o esquema analítico apresentado por Moe é apenas uma referência intelectual para este trabalho. Não se pretende com ela esboçar uma interpretação da realidade brasileira, mas apreender argumentos que possam auxiliar na reflexão e desenvolvimento da pesquisa em curso.

### 3 A TEORIA INSTITUCIONAL DA PRESIDÊNCIA DE TERRY MOE

Desde a década de 1980, Terry Moe tem proposto em diversos trabalhos o desenvolvimento de uma teoria institucional da Presidência, recorrendo, para tanto, à metodologia da *rational choice* como um aporte analítico para o entendimento da atuação presidencial. A proposição desta nova teoria supõe a compreensão do presidente como um ator cujo comportamento é um produto institucional,

moldado pelo conjunto de regras, normas e procedimentos que constituem a Presidência, mas, também, definido pela capacidade do próprio presidente de estabelecer inovações no sistema institucional em que está inserido. Segundo Moe, esta capacidade seria inerente à autoridade pública (*public authority*) obtida por um presidente ao assumir o cargo e se definiria como uma política de escolha estrutural.

O esquema argumentativo da teoria institucional da Presidência deve ser entendido considerando-se que em uma competição eleitoral há, em regra, uma disputa pela autoridade pública que resulta em coalizões “vencedoras” e “vencidas”, de forma que quem vence tem o direito de tomar decisões impositivas (*authoritative decisions*), fazendo leis e estabelecendo regras para todos. De acordo com as palavras de Moe, os “vencedores” podem legitimamente promover seus interesses por meio de políticas públicas ou de estruturas desenhadas por eles mesmos, enquanto os “vencidos” são forçados por lei a aceitar estes resultados mesmo que os deixem em uma situação pior. O exercício da autoridade pública seria, neste sentido, essencialmente coercitivo e redistributivo (MOE, 1993, p. 358-359).

Uma das principais manifestações do exercício desse poder consistiria na política de escolha estrutural, quando os “vencedores” usam a autoridade pública para desenhar novas estruturas e impô-las ao sistema político como um todo. Especificamente, estas estruturas seriam veículos pelos quais os “vencedores” perseguiriam seus interesses. Nestes casos, algumas estruturas poderiam ser estabelecidas para administrar programas que suprissem os “vencedores” com benefícios, ao passo que outras seriam erigidas para extrair determinados recursos ou condutas dos “vencidos”, ou poderiam ser empregadas para impor novos constrangimentos na forma como o jogo político funcionaria no futuro, com isso oferecendo aos atuais “vencedores” vantagens sobre os seus oponentes, de modo a obstaculizar-lhes a conquista da autoridade pública futuramente.

Moe reconhece, todavia, que a ação presidencial obedece a constrangimentos e é regulada por normas básicas fixadas constitucionalmente, sobretudo aquelas que se referem ao sistema de separação de poderes que caracteriza o presidencialismo. Possuindo como parâmetro o sistema constitucional norte-americano, Moe considera o presidente e o Congresso como diferentes instituições com interesses e poderes distintos, nas quais o conflito é normal e inevitável.<sup>7</sup> Este conflito se manifestaria de modo mais intenso na arena política, na qual estes atores disputariam incessantemente objetivos e detalhes das políticas públicas. O teor desta disputa seria estrutural, referente tanto à forma como cada instituição pode

---

7. Neste entendimento, o Poder Legislativo, também depositário da autoridade pública, constitui-se inquestionavelmente no principal concorrente do Poder Executivo, tanto por ter a prerrogativa constitucional de modificar ou vetar as proposições encaminhadas pelo Executivo quanto por concorrer com esta autoridade no controle sobre a burocracia.

projetar a estrutura da burocracia pública e exercer controle sobre ela quanto à forma como pode melhor se estruturar internamente para fortalecer sua capacidade de exercício do poder. As palavras de Moe e Wilson resumem precisamente os termos deste embate no âmbito estrutural.

Dois tipos de estruturas são de grande consequência. A primeira diz respeito a instituições que irão interpretar, elaborar e levar adiante as políticas públicas: a burocracia. As políticas não têm muito significado até a burocracia dar-lhes uma expressão concreta. Uma agência poderosa e bem desenhada pode tornar os objetivos das políticas realidade, enquanto outra, fraca e pobremente desenhada, não chega a lugar algum. Tendo em vista que todos no processo político sabem disso, muitas das disputas sobre as políticas consistem realmente numa disputa sobre estruturas burocráticas – o desenho, a localização, o assessoramento e o fortalecimento (*empowerment*) de agências administrativas –, assim como numa disputa para controlá-las uma vez estabelecidas. O segundo tipo de estrutura se refere à Presidência e ao Congresso como instituições e, especificamente, às suas capacidades para o exercício do poder – sobre o processo decisório e sobre a burocracia. Quão bem a Presidência e o Congresso irão progredir na obtenção de controle sobre o governo dependerá de como suas instituições estarão internamente organizadas, os tipos de recursos de que disporão e a autoridade que podem efetivamente utilizar (MOE e WILSON, 1994, p. 4. Tradução livre.).

Os autores acrescentam a este esquema de poder que o comportamento do Legislativo e o da Presidência se orientam por estratégias e princípios distintos. De modo geral, os legisladores buscam a reeleição e se norteiam por um horizonte de ação de curto prazo, que expressa os interesses e demandas de sua base eleitoral e, principalmente, dos grupos de pressão aos quais se vinculam. Eles têm fortes incentivos para, por exemplo, buscarem estruturas burocráticas favoráveis às demandas dos grupos aos quais são responsivos. O Congresso é entendido como um lugar altamente receptivo ao tipo de burocracia que os grupos de interesse desejam criar. Neste sentido, os legisladores se preocupariam mais com sua popularidade eleitoral e, frequentemente, não seguiriam linhas de ação autônomas e propensas ao interesse público. A burocracia é tida como um instrumento para a consecução de seus interesses, de modo que os critérios de eficiência, coordenação e gerência que deveriam dirigi-la são desconsiderados quando limitam as propostas dos legisladores.

Diferentemente desta visão fragmentada e parcial da burocracia, o presidente se inclina a entendê-la como um todo. Moe justifica que o presidente, por ser responsável diante do público por praticamente todos os aspectos do desempenho nacional, procura construir aparatos institucionais que o capacitem a uma efetiva governança. Como resultado, ele é o único participante da política da escolha estrutural motivado a buscar um sistema burocrático unificado,

coordenado e comandado por uma orientação central. O presidente deseja uma burocracia que possa controlar de cima a baixo e, para tanto, busca estruturas que lhe proporcionem este objetivo. Destaque-se que nesta busca por controle o presidente tende a agir com um considerável nível de autonomia, diferenciando-se profundamente dos legisladores, para quem uma conduta autônoma implicaria o desvio de expectativas e compromissos junto à base, o que poderia acarretar custos eleitorais. Segundo Moe, o presidente tem, ao contrário, fortes incentivos para agir autonomamente, pois a diversidade e heterogeneidade de seus eleitores e a inviabilidade de sucessivas reeleições garantiriam uma ampla margem de liberdade para projetar sua agenda e perseguir o tipo de controle que pretende exercer sobre a burocracia. Além disso, existiria no sistema político, e entre a sociedade e a opinião pública em geral, a expectativa de que um presidente deva agir como um líder, “mostrando o caminho”, apresentando novas trajetórias à sociedade, mesmo que impopulares. O presidente, como um líder forte, deve demonstrar seu verdadeiro ímpeto sendo seletivamente não responsivo (*unresponsive*) e mostrando sua autonomia (MOE e WILSON, 1994, p. 12).

Deste contexto depreende-se que provavelmente o presidente e os legisladores se orientariam por tendências distintas, em certo sentido opostas, na busca por controle sobre a burocracia pública. Considerando-se a ênfase presidencial numa estratégia de ação autônoma e em estruturas que lhe ofereçam um amplo controle sobre a burocracia pública, não há dúvidas de que isto suscita resistências no Legislativo, que, representando interesses variados dos grupos de pressão, busca controlar pedaços específicos e descoordenados da burocracia. O presidente, todavia, dispõe de vantagens para lidar com este contexto. Para Moe, o fato de que o presidente constitui-se no chefe executivo da nação, respaldado pela Constituição, que lhe outorga determinados poderes formais, capacita-o a moldar o sistema institucional a partir de um viés presidencial. Além destes poderes formais, o presidente contaria ainda com certas “realidades” básicas provenientes da vida política, que o respaldariam a realizar importantes escolhas estruturais em seu benefício, sem ter que submetê-las ao processo legislativo.

Moe se refere especificamente aos “direitos de decisão residuais” (*residual decision rights*), entendidos como poderes que derivam de um contrato, mas sem caráter formal. São direitos de que o presidente dispõe devido à sua posição constitucional, a qual, ao mesmo tempo que exige o cumprimento de procedimentos detalhados em leis e contratos, deixa-o livre para tomar decisões sobre o que não está especificado: o resíduo. Segundo o autor, em muitas esferas da organização pública e política a ausência de diretrizes legais específicas sobre como proceder significa que o presidente pode realizar neste contexto decisões impositivas, agindo de forma unilateral, segundo o seu juízo, exercendo o seu direito de decisão residual. A partir disto, o presidente pode organizar e dirigir a

Presidência conforme considerar adequado; reorganizar, coordenar, impor regras, rever decisões, nomear seu pessoal para posições relevantes e, de outra maneira, colocar sua marca estrutural nas instituições governamentais. Assim, embora existam constrangimentos em relação ao que o presidente pode fazer e regras que deve inquestionavelmente seguir, dentro destes limites, o direito de decisão residual de que dispõe é substancial, principalmente para a execução de decisões discricionárias sobre as estruturas de governo (MOE e WILSON, 1994, p. 14).

Para Moe, este é o contexto institucional (*background*) em que a ação presidencial se realiza. É a partir do entendimento da posição do presidente no sistema político e, conseqüentemente, dos recursos de poder que esta posição oferece que se encontra a base da teoria institucional da Presidência. Neste contexto, o presidente, enquanto um ator racional, procurará construir instituições que lhe forneçam capacidade estrutural para liderança. Certamente, destaca Moe, este processo não é simples nem linear, mas o ímpeto de se alcançar uma forte liderança em um sistema no qual se manifestam forças que resistem ao controle do presidente é uma forte motivação para o chefe do Executivo. No entanto, é preciso considerar que muitas das funções essenciais para uma liderança efetiva são delegadas pelo presidente aos seus principais assessores,<sup>8</sup> o que o leva a enfrentar no processo de construção de suas instituições o clássico “dilema da agência”: como escolher os agentes para os quais se delega poderes e funções, e como estruturar o relacionamento com eles de forma a torná-los propensos à realização das ações que fortaleçam a capacidade de liderança presidencial?

Deve-se reconhecer que no âmbito da Presidência a autoridade inquestionável do presidente minimiza a possibilidade de falhas no relacionamento com os agentes. Afinal, ele pode selecionar pessoas que não apenas tenham as habilidades e competências para um bom desempenho de suas funções, mas também de quem se espera, devido à ideologia, à lealdade e ao partidarismo, a realização dos interesses presidenciais. Na medida em que as escolhas “pessoais” do presidente resultam em um genuíno time (*staff*), reduz-se fortemente o risco de oportunismo ou conflito de interesse, tornando-se dispensável a montagem de um aparato burocrático que reduza os desvios dos agentes. Entretanto, este contexto é mais frequente no que se pode denominar a parte “puramente presidencial” da Presidência, isto é, os setores hierarquicamente submetidos ao presidente e sob sua completa autoridade – seus principais assessores, o gabinete pessoal e as secretarias de imprensa e de relações com o Congresso, entre outras unidades.

---

8. Segundo Terry Moe, o presidente não consegue exercer sozinho muitas funções essenciais para sua liderança. Não consegue realizar as negociações que lhe são pertinentes com o Congresso; recrutar, selecionar e contratar todo o seu pessoal; manejar suas relações com a imprensa; planejar todos os detalhes de suas atividades diárias; e controlar pessoalmente a burocracia. Além disso, não sabe o suficiente, no âmbito técnico ou político, para formular programas coerentes e realizar escolhas políticas acertadas (Moe e Wilson, 1994, p. 16). Resumidamente, o presidente precisa de ajuda.



Há ainda sob o escopo da Presidência a burocracia federal, que não está apenas sob sua autoridade, haja vista o nível de autonomia que legalmente exercem algumas destas agências burocráticas, além dos mecanismos de controle de que dispõe o Legislativo, os quais podem ser acionados, por exemplo, para restringir o comando da Presidência. Diante deste contexto, o presidente precisa empregar seus recursos institucionais na montagem de estruturas que o capacitem a exercer controle sobre a esfera da burocracia.

O presidente, no entanto, pode enfrentar dificuldades para controlar a burocracia devido às situações de oportunismo, conflito de interesse e assimetria de informações que emergiriam entre as orientações do presidente e as agências burocráticas. Isto se deve ao fato de que cada agência teria sua própria missão, *expertise*, clientela, métodos de operação e, em alguns casos, vínculos com grupos e comissões do Congresso. Estes fatores criariam resistências às tentativas de controle por parte do presidente (MOE e WILSON, 1994, p. 17). Um dos principais recursos que o chefe do Executivo poderia empregar para mitigar estes entraves e estabelecer controles sobre a burocracia se daria a partir de seu direito de decisão residual. Especificamente, o presidente poderia estabelecer estratégias institucionais de “politização” (*politize*) e “centralização” (*centralize*). De certa forma, estas estratégias seriam complementares.

O presidente “politiza” ao utilizar seu poder de nomeação para colocar pessoas leais e ideologicamente compatíveis em posições relevantes nos departamentos e outras agências burocráticas com o fim de exercer controle. Esta é uma estratégia de *imperialismo*, estendendo o escopo do time presidencial ao infiltrá-lo em um território “estranho”. A ideia é assegurar que importantes decisões burocráticas sejam feitas, ou ao menos examinadas e monitoradas, pelos agentes do presidente. (...) O poder de nomeação atenua o problema da assimetria de informação por possibilitar à equipe do presidente a descoberta das fontes de informação que as agências resguardam para evitar o controle. (...) Embora o poder de nomeação seja um importante recurso pelo qual o presidente pode erigir mecanismos de controle sobre a burocracia, alguns problemas persistem: os indicados políticos (*political appointees*) nunca saberão a quantidade de informações que os burocratas de carreira sabem, estando sempre em desvantagem; e tendo em vista que os indicados políticos precisam da ajuda dos burocratas para exercerem bem suas funções nas agências, possivelmente ficam sob pressão para defender junto ao presidente os interesses específicos dessas agências. (...) Ademais, considerando-se que as estruturas de comando das agências burocráticas são fragmentadas e descentralizadas, o presidente não pode apenas utilizar as nomeações como um recurso para obter o tipo de controle político coordenado e coerente necessário. Por isso, recorre à estratégia de “centralização”. Mesmo se infiltrando nas agências para garantir que tomem as decisões corretas, o presidente pode utilizar estruturas para alterar o



*locus* do processo decisório levando-o para o centro. Uma das formas pelas quais o presidente pode fazer isso seria a imposição de regras administrativas (*managerial rules*) que constringessem o comportamento da agência e, ainda, a montagem de organizações presidenciais que ajudassem a elaborar e aplicar essas regras. (...) Essas medidas teriam o efeito de limitar a liberdade de ação das agências e transferir o poder de tomar decisão para o presidente. (...) De forma mais geral, o chefe do Executivo pode implementar um controle central coerente sobre a burocracia ao construir estruturas de tomada de decisão no âmbito da Presidência, incorporando pessoas de sua própria escolha, provenientes de diferentes departamentos, agências e ministérios, e levando importantes aspectos das políticas públicas para debate e resolução na Presidência (MOE e WILSON, 1994, p.17-19. Tradução livre.).

Para uma precisa compreensão dos principais aspectos que compõem a formulação teórica de Terry Moe sobre a Presidência, vale salientar que para o autor é praticamente impossível a obtenção do nível de controle sobre a burocracia pública e o sistema político requerido, em geral, pelo presidente. Este resultado estaria em desacordo com a lógica do sistema de separação de poderes, em que o presidente e o Congresso concorrem na disputa pelo poder e controle sobre as instituições políticas. Não obstante, depreende-se da análise de Moe que o presidente estaria invariavelmente buscando, dentro das regras do jogo político, ampliar sua liderança. Esta seria a força motriz do seu comportamento no exercício do poder. Dessa forma, o presidente, em qualquer governo, estaria frequentemente impelido a lutar por estruturas que ampliassem o seu poder e possibilitassem a realização de seus objetivos no exercício da Presidência.

Feita essa introdução da teoria institucional da Presidência, pode-se observar que um aspecto parece regular neste esquema teórico, qual seja, o ímpeto dos presidentes por reformas institucionais a fim de tornar favoráveis ao seu governo as condições estruturais do exercício do poder. Esta formulação sugere, então, que mudanças e reformas na organização institucional da Presidência sejam examinadas considerando-se que podem ser manifestações do ímpeto geral que anima os presidentes: adequar as regras do jogo ao seu governo. Dessa forma, é oportuno sugerir que os dados que serão apresentados na próxima seção, relativos à ordenação dos cargos de DAS, sejam analisados a partir desta perspectiva. Ou seja, as mudanças nas regras de provimento e de composição dos cargos de DAS, efetuadas por diferentes presidentes desde a década de 1970, podem ser entendidas como recursos manejados estrategicamente para a gestão da Presidência.

#### **4 MUDANÇAS NA ORDENAÇÃO DOS CARGOS DE DAS – ATORES, PROCEDIMENTO E INSTRUMENTOS DECISÓRIOS**

O quadro 1 apresenta todas as alterações nas regras de provimento dos cargos de DAS efetuadas em quase 30 anos, de 1975 a 2003. A partir dele, é possível observar como a competência de realizar nomeações para os postos de DAS foi ao longo do tempo distribuída. Esta atribuição constitui um recurso de poder de grande relevância, pois faculta ao seu autor controlar os ocupantes de funções centrais de direção, chefia, coordenação e assessoramento em diferentes níveis da administração pública. São as funções que, de fato, exercem o comando da burocracia no Brasil. Contudo, o mais importante neste caso é entender que compete ao presidente o controle desta prerrogativa, de forma que pode tanto distribuí-la aos diferentes agentes do Executivo quanto alterar ou revogar esta delegação, conforme considerar conveniente, a qualquer tempo, por decreto. O manuseio desta atribuição é bastante flexível, e por isso se nota uma constante variação nas regras de provimento.

## QUADRO 1

## Disposição dos atos de mudanças nas regras de provimento dos cargos de DAS

Atto legal	Ano	Governo	Autor do provimento	Objeto de nomeação – DAS	Situação
Decreto nº 75.656	1975	Geisel	Presidente da República. Dirigentes das autarquias.	Quadros da administração federal direta e dirigentes das autarquias. Quadros dessas entidades.	Revogado pelo Decreto nº 77.336 de 25/3/1976.
Decreto nº 77.336	1976	Geisel	Presidente da República. Ministros, dirigentes de órgão da Presidência da República (PR) ou de autarquias.	Cargos de níveis de 3 a 6, e os de dirigente de autarquia. Níveis 1 e 2.	Alterado pelo Decreto nº 83.844 de 14/8/1979.
Decreto nº 83.844	1979	Figueiredo	Presidente da República. Ministros, dirigentes de órgão da PR ou de autarquias.	Cargos de níveis 5 e 6 e os de dirigente máximo de autarquia. Demais níveis (1 a 4).	Não consta revogação.
Decreto nº 99.187	1990	Collor	Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, titulares das secretarias da PR e Consultoria-Geral da República.	Cargos dos níveis de 1 a 4.	Alterado pela Portaria nº 137 de 29/12/1993 da Secretaria-Geral da Presidência da República (SGPR).
Decreto nº 99.244	1990	Collor	Ministros de Estado.	Cargos dos níveis de 1 a 4.	Revogado pelo Decreto nº 1.362 de 1º/11/1995.
Portaria nº 6 da SGPR	1990	Collor	Subsecretaria-Geral da PR (subdelegado).	Cargos para a Secretaria-Geral (assinar portarias – níveis de 1 a 3).	Revogado pela Portaria nº 137 da SGPR.
Decreto nº 820	1993	Itamar Franco	Secretário-Geral da PR.	Cargos para a PR (todos os níveis).	Não consta revogação.

(Continua)

(Continuação)

Ato legal	Ano	Governo	Autor do provimento	Objeto de nomeação - DAS	Situação
Decreto nº 869	1993	Itamar Franco	Advogado-Geral da União (subdelegado).	Cargos dos níveis de 1 a 4.	Não consta revogação.
Portaria nº 137 da SGPR	1993	Itamar Franco	Subsecretaria-Geral da PR (subdelegado).	Cargos para a PR (designar, empossar e exonerar – níveis de 1 a 3).	
Decreto nº 1.362	1995	Cardoso I	Ministros de Estado e titulares de órgãos de assessoramento da PR. <sup>1</sup>	Cargos de níveis 1 e 2 (DAS 101) e níveis de 1 a 4 (DAS 102). Níveis 3 e 4 (DAS 101) – após consulta à Casa Civil.	Revogado pelo Decreto nº 2.947 de 27/11/1999.
Decreto nº 2.947	1999	Cardoso II	Ministros de Estado e titulares de órgãos. <sup>2</sup> Titulares das secretarias, autarquias e fundações, sob supervisão dos ministérios (subdelegado).	Cargos de níveis 1 e 2 (DAS 101) e níveis de 1 a 4 (DAS 102). Níveis 3 e 4 (DAS 101) – após consulta ao presidente da República por meio da Secretaria de Relações Institucionais.	Alterado pelo Decreto nº 2.957 de 8/2/1999. Revogado pelo Decreto nº 3.362 de 10/2/2000.
Decreto nº 2.957	1999	Cardoso II	Subordinados dos titulares das secretarias, autarquias e fundações (competência subdelegada pelos titulares das secretarias, autarquias e fundações).	Cargos de níveis 1 e 2 (DAS 101) e níveis de 1 a 4 (DAS 102). Níveis 3 e 4 (DAS 101) – após consulta ao presidente da República por meio da Secretaria de Relações Institucionais.	Revogado pelo Decreto nº 3.362 de 10/2/2000.
Decreto nº 3.362	2000	Cardoso II	Ministros de Estado e titulares de órgãos. <sup>3</sup> Titulares das secretarias, autarquias e fundações, sob supervisão de cada ministério. Artigo 2º prevê que esta competência poderá ser seguidamente subdelegada.	Cargos de níveis 1 e 2 (DAS 101) e níveis de 1 a 4 (DAS 102). Níveis 3 e 4 (DAS 101) – após consulta ao presidente da República por meio da Secretaria-Geral.	Revogado pelo Decreto nº 4.243 de 22/5/2002.
Decreto nº 4.243	2002	Cardoso II	Ministros de Estado. Artigo 2º prevê a subdelegação da competência de provimento.	Cargos de níveis 1 e 2 (DAS 101) e níveis de 1 a 4 (DAS 102). Níveis 3 e 4 (DAS 101) – após consulta ao presidente da República por meio da Secretaria-Geral.	Revogado pelo Decreto nº 4.579 de 22/1/2003.

(Continua)

(Continuação)

Ato legal	Ano	Governo	Autor do provimento	Objeto de nomeação - DAS	Situação
Decreto nº 4.579	2003	Lula I	Ministro-Chefe da Casa Civil.  Ministros de Estado.  Artigo 4º prevê a subdelegação da competência de provimento.	Cargos de níveis 6 e 5.  Cargos de níveis 1 e 2 (DAS 101) e níveis de 1 a 4 (DAS 102). Níveis 3 e 4 (DAS 101) – após consulta ao presidente da República por meio da Casa Civil.	Revogado pelo Decreto nº 4.676 de 17/4/2003.
Decreto nº 4.676	2003	Lula I	Não introduz mudanças nas regras de provimento dispostas no Decreto nº 4.579		Revogado pelo Decreto nº 4.734 de 11/6/2003.
Decreto nº 4.734	2003	Lula I	Ministro-Chefe da Casa Civil. Artigo 4º prevê a subdelegação da competência de provimento.	Todos os níveis (1 a 6).	Alterado pela Portaria nº 1.056 de 11/6/2003. Alterado pelo Decreto nº 6.125 de 14/6/2007 (apenas dá nova redação ao § 1º do Artigo 1º).
Portaria nº 1.056 da Casa Civil	2003	Lula I	Ministros de Estado (subdelegado). Artigo 3º prevê subseqüente delegação.	Cargos de níveis 1 e 2 (DAS 101) e níveis de 1 a 4 (DAS 102). Níveis 3 e 4 (DAS 101) – após consulta ao presidente da República por meio da Casa Civil.	Não consta revogação.

Elaboração da autora.

Notas: <sup>1</sup> Conselho de Governo, Advocacia-Geral da União, Alto Comando das Forças Armadas e Estado-Maior das Forças Armadas.<sup>2</sup> Advocacia-Geral da União, Secretaria de Estado de Comunicação de Governo e Secretaria de Estado de Desenvolvimento Urbano.<sup>3</sup> Advocacia-Geral da União e Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano.

Inicialmente, em 1976, ficou regulamentado que o presidente seria o responsável pela nomeação dos ocupantes dos quatro níveis mais elevados dos cargos de confiança. Mas, à medida que os órgãos da administração pública começaram a incorporar a estrutura de funções comissionadas, possivelmente, o presidente passou a delegar a outras autoridades a competência de prover estes cargos, ficando desde 1979 apenas com a incumbência de prover os dois níveis hierarquicamente mais importantes. Pode-se considerar que esta medida foi formalizada com a edição do Decreto nº 83.937, de 1979, que regulamentaria os Artigos 11 e 12 do Decreto-Lei nº 200, segundo o qual “é facultado ao presidente da República, aos ministros de Estado e, em geral, às autoridades da administração federal delegar competência para a prática de atos administrativos”. Dessa forma, a partir de 1979 foram frequentes os decretos que reiteravam a delegação dos atos de provimento para distintas autoridades subordinadas ao presidente. O quadro torna evidente que ao longo dos anos houve um processo de descentralização da competência de prover (nomear) cargos de DAS.

Neste movimento é possível identificar algumas tendências: até 1999 competia apenas ao presidente da República e às autoridades diretamente subordinadas a ele – como os ministros, secretários e dirigentes de autarquias e fundações – a autoridade para realizar nomeações. O provimento de cargos comissionados era, de fato, feito pela cúpula do governo, estando o preenchimento dos postos mais importantes (DAS de níveis 5 e 6) somente a cargo do presidente. A partir de 1999, com o Decreto nº 2.957, autorizou-se a subdelegação da competência de prover os cargos de DAS dos níveis 1 a 4 aos subordinados dos ministros, secretários e dirigentes do Executivo. Este arranjo é remodelado em 2003 no governo do presidente Lula, com a edição do Decreto nº 4.734, que transfere ao ministro-chefe da Casa Civil a competência de praticar os atos de provimento de todos os cargos em comissão do grupo direção e assessoramento superiores no âmbito da administração pública federal.<sup>9</sup>

Esta medida chama atenção por duas razões: *i*) concentra sob o chefe da Casa Civil o controle total das nomeações dos cargos de DAS, o que o torna um ator institucionalmente poderoso no âmbito do Executivo, visto que passa a controlar quem pode ser selecionado para ocupar este montante de cargos; e *ii*) retira do presidente esta prerrogativa, sobretudo no âmbito dos postos de DAS 5 e 6, o que nunca ocorreu nos governos anteriores. Contudo, deve-se lembrar que esta medida foi estabelecida pelo próprio presidente, certamente de forma calculada, sugerindo que desejava privilegiar em sua gestão determinados agentes, como o chefe da Casa Civil. É importante reconhecer que o principal aspecto desta decisão não foi a centralização da prerrogativa de realizar nomeações no chefe da Casa Civil – afinal, pela Portaria nº 1.056 de 2003 da

---

9. No momento da edição do Decreto nº 4.734 de 11/6/2003 era José Dirceu o ministro-chefe da Casa Civil.

própria Casa Civil foi delegada aos ministros e demais autoridades do Executivo a atribuição de prover os cargos de DAS dos níveis 1 a 4, como era antes. O que chama atenção é a evidência de que o presidente Lula, em comparação aos seus antecessores, apresentou um estilo diferente de manejar os recursos institucionais à sua disposição.

No quadro 2, procura-se organizar de forma esquemática a tendência geral observada nos ordenamentos, relativos ao provimento dos cargos de DAS, de cada governo mencionado no quadro 1. Se se pensar em termos de uma escala, é possível notar, conforme o quadro 2, que ao longo do tempo houve um processo gradual de descentralização da competência de prover, ou nomear, os postos de DAS, embora seja importante mencionar que a delegação desta competência deu-se no âmbito dos níveis 1 a 4.

QUADRO 2

**Tipo de provimento por governo**

<b>Governo</b>	<b>Tipo de provimento</b>
Geisel	Centralizado
Figueiredo	Semicentralizado
Collor	Semicentralizado
Itamar Franco	Semicentralizado
Cardoso I	Semicentralizado
Cardoso II	Descentralizado
Lula I	Descentralizado (sob tutela da Casa Civil) <sup>1</sup>

Elaboração da autora.

Nota: <sup>1</sup> Conforme Decreto nº 4.734 e Portaria nº 1.056, ambos de 2003.

Apresenta-se no quadro 3 o conjunto de regulamentos sobre a composição de cargos de DAS que procuravam fixar critérios para o seu provimento. Pode-se entender que todos estes atos legais estabelecidos desde a década de 1970 pelo Executivo foram tentativas de limitar o preenchimento dos postos de confiança por pessoas de fora do serviço público. Estas medidas se propunham a “profissionalizar” a administração pública, provendo-a com servidores efetivos, de carreira, a fim de, com isso, diminuir as indicações políticas para os cargos de confiança.<sup>10</sup> Devido à ausência de dados até 1998 sobre o tipo de vínculo dos ocupantes de cargos de DAS, não é possível verificar se, de fato, as determinações estabelecidas pelos distintos atos legais elencados foram cumpridas, pelo menos até 1998. Como já foi dito, algumas proposições legislativas procuraram regular a composição dos cargos de DAS. Mas, como nenhuma chegou a ser votada e, portanto, a ter validade, elas não são mencionadas no quadro 3.

10. Essa questão foi discutida no primeiro capítulo do livro *A Elite Dirigente do Governo Lula* (D’Araujo, 2009).

## QUADRO 3

## Disposição dos atos que regulam e composição dos cargos de DAS

Atto legal	Ano	Governo	Objeto de regulação – DAS	Regra de composição	Situação
Decreto-Lei nº 1.660	1979	Figueiredo	Cargos de DAS dos níveis 1 e 2.	Segundo o Artigo 10º, 50% do número de funções, desses níveis, existentes em cada órgão ou entidade, somente poderão recair em servidor da administração federal direta ou autarquia federal, ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente.	Não consta revogação.
Constituição Federal de 1988	1988	Samey	Cargos em comissão e funções de confiança em geral.	No Artigo 37, item V, estabelece-se que preferencialmente serão exercidos por servidores ocupantes de cargos de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei.	Alterado pela Emenda Constitucional (EC) nº 19 de 4/16/1998.
Lei nº 8.460	1992	Collor	Cargos de DAS dos níveis 1, 2 e 3.	O Artigo 14º desta lei prevê que 50%, no mínimo, dos cargos desses níveis deverão ser destinados a ocupantes de cargo efetivo lotados e em exercício nos respectivos órgãos.	Não consta revogação.
Lei nº 8.911	1994	Itamar Franco	Cargos de DAS dos níveis 5 e 6 (os dois níveis hierárquicos superiores), e níveis de 1 a 4 (níveis hierárquicos inferiores).	Conforme o Artigo 5º, são cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração. "II – os dois níveis hierárquicos mais elevados da estrutura organizacional do órgão ou entidade; III – os de assessoramento (DAS 102), no limite de até 40% do quantitativo constante no órgão ou entidade". O Artigo 6º determina que a designação para as funções de direção, chefia (DAS 101) e assessoramento (DAS 102) recairá, exclusivamente, em servidor ocupante de cargo efetivo, da administração pública federal, direta, autárquica e fundacional, exceto quando se tratar do limite estabelecido no inciso III do Artigo 5º desta lei.	Artigos revogados pela MP nº 1.480 de 29/1/1998, convertida na Lei nº 9.624 de 02/4/1998.
EC nº 19	1998	Cardoso I	Cargos em comissão e funções de confiança em geral.	O Artigo 37, item V, dispõe que funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentagens mínimas previstas em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.	Sem regulamentação. <sup>1</sup>
Decreto nº 5.497	2005	Lula I	Cargos de DAS dos níveis de 1 a 4.	Segundo o Artigo 1º, serão ocupados exclusivamente por servidores de carreira os seguintes cargos em comissão do grupo direção e assessoramento superiores (DAS) da administração pública federal direta, autárquica e fundacional: "I – 75% dos cargos em comissão DAS, níveis 1, 2 e 3; e II – 50% em comissão DAS, nível 4".	Regulamentado pela Instrução Normativa nº 2 de 07/11/2010 do MPOG.

Elaboração da autora.

Nota: <sup>1</sup> Ver Projeto de Lei (PL) nº 2.535/1989, PSDB/SP; PL nº 1.650/1989, PEL/MA; PL nº 1.627/1989, PDT-RJ; e PL nº 160/1989, PMDB/SP.



O quadro 3 mostra que a primeira regulação que estipulou limites para o livre provimento dos cargos de DAS data de 1979, certamente no bojo do processo de consolidação da estrutura de cargos comissionados na administração federal. Observa-se também que este tema fez parte da pauta de discussões no período constituinte, chegando inclusive a ser incorporado na Constituição Federal promulgada em 1988. O inciso V do Artigo 37 da nova Constituição determinava que os cargos comissionados fossem preferencialmente compostos por servidores públicos efetivos. Este item, especificamente, gerou vários Projetos de Lei (PLs) propostos por deputados federais que pretendiam regulamentar as normas de preenchimento dos cargos e funções comissionadas. Apenas em 1989, foram propostos três PLs diferentes,<sup>11</sup> mas todos foram arquivados posteriormente, o que denota, como sugerem Santos (2009) e Cruz (2009), que não houve naqueles anos interesse do Legislativo ou do Executivo para, de fato, regulamentar a norma estipulada pelo texto constitucional. Em 1998, no entanto, com a aprovação da Emenda Constitucional (EC) nº 19, esta regra foi remodelada, determinando que os cargos em comissão de DAS fossem preenchidos por servidores de carreira “nos casos, condições e percentuais mínimos” estipulados por lei. Esta nova redação ratificou a determinação de que os cargos em comissão fossem ocupados por servidores efetivos de carreira, mas estabeleceu a necessidade da elaboração de uma nova lei que definisse a composição destes cargos. Contudo, convém lembrar que, passados mais de dez anos da promulgação da EC nº 19, nenhuma lei foi estabelecida com o objetivo de regulamentar o inciso V do Artigo 37.

Pode-se dizer que a década de 1990 apresentou tendências interessantes, mas controversas. Por um lado, novas regras foram estabelecidas procurando estender aos demais níveis de cargos de DAS (níveis 3 e 4) a determinação de que uma porcentagem mínima fosse preenchida por servidores efetivos – conforme propunham as Leis nº 8.460, de 1992, e 8.911, de 1994, dando prosseguimento à medida disposta pelo Decreto-Lei nº 1.660 de 1979. Por outro lado, não houve esforços do Executivo em efetivar este regulamento. O quadro 3 mostra que os Artigos 5º e 6º da Lei nº 8.911, que tratavam desta regra – fixando que, nos níveis de 1 ao 4, todos os cargos de DAS 101 e 60% dos cargos de DAS 102 fossem preenchidos por servidores efetivos –, foram revogados em 1998 pela Medida Provisória (MP) nº 1.480. Estas regulações são altamente controversas: novas regras são estabelecidas, mas também são revogadas e ainda negligenciadas, como ocorre com a emenda constitucional de 1998, que segue pendente de regulação. O governo Lula, por sua vez, também procurou estabelecer em 2005, por meio do Decreto nº 5.497, um novo regulamento fixando limites para o livre provimento dos postos de DAS dos níveis de 1 a 4, mas não se manifestou

---

11. PL nº 1.627 apresentado por Cesar Maia (PDT/RJ) em 8/3/1989; PL nº 1.627 apresentado por Costa Ferreira (PFL/MA) em 9/3/1989; e PL nº 2.535 apresentado por Koyu Iha (PSDB/SP) em 5/6/1989.

em relação à emenda constitucional pendente. Considerando-se que este decreto ainda está em vigência, e que, recentemente, em janeiro de 2010, o MPOG baixou a Instrução Normativa nº 2 dispondo sobre o controle de nomeação de indivíduos não integrantes de carreiras do serviço público para os cargos de DAS de níveis de 1 a 4, entende-se que, por enquanto, a ordenação das regras de composição dos postos de DAS parece estabilizar-se. Entretanto, cabe destacar que alguns autores (PACHECO, 2008; CRUZ, 2009) têm argumentado que, na verdade, as porcentagens definidas pelo decreto de 2005 apenas oficializaram uma situação que já era praticada pelo menos desde 1998, como é possível verificar no quadro 4. Comparando-se o primeiro ano em que os dados sobre a composição dos cargos de DAS começaram a ser publicados, o período em que o Decreto nº 5.497 foi estabelecido (junho de 2005) e as informações mais atuais, identifica-se que, de fato, já em 1998 a porcentagem de servidores públicos que ocupavam cargos de DAS era bem próxima à que foi fixada pela regra de 2005.

#### QUADRO 4

##### Quantitativo de servidores públicos por cargos de DAS

(Em %)

	Jun./1998	Jun./2005	Mar./2010
<b>DAS 1</b>	74,4	68,6	71,1
<b>DAS 2</b>	72,2	70,6	72,3
<b>DAS 3</b>	69,8	71,4	68,9
<b>DAS 4</b>	58,1	58,0	63,8

Fonte: Brasil/MPOG. *Boletim Estatístico de Pessoal*, nº 26, jun. 1998; nº 110, jun. 2005; e nº 167, mar. 2010.

Elaboração da autora.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho procurou desenvolver uma análise inicial sobre a tendência diagnosticada em diferentes governos de promover reformas no conjunto de normas que regulam os cargos de DAS. Um panorama sobre os atos legais editados ao longo do tempo com o objetivo de alterar as normas de provimento e composição destes cargos deixa claro que, embora algumas iniciativas pareçam complementar, ou estender, regras estabelecidas por atos anteriores, de um modo geral predomina uma situação de instabilidade. No âmbito das regras de provimento, em praticamente todos os governos houve revogações de normas anteriores, o que demonstra que ao longo de mais de 30 anos não foi possível fixar um marco regulatório estável ao qual os presidentes devam se adequar. O que ocorre na prática é que as regras são adaptadas aos governos. Por isso, o ritmo de mudança é acelerado. Em relação às normas sobre a composição dos cargos de DAS, verifica-se que nem mesmo o seu *status* constitucional foi capaz de torná-las mais estáveis. Esta é uma questão ainda pendente de regulamentação definitiva.

Além disso, é possível dizer que o Poder Legislativo tem se mantido afastado da competência de legislar sobre questões relativas aos cargos de confiança. Todas as propostas de lei prevendo a regulamentação dos critérios de preenchimento dos cargos e funções de confiança (inciso V do Artigo 37 da Constituição) foram arquivadas. Cabe lembrar que o Legislativo é uma organização coletiva, e o processo decisório que leva à aprovação de projetos propostos pelos deputados demanda a construção de acordos e consensos, e por isso é passível de problemas de ação coletiva. Neste contexto é, então, notório o controle do Executivo e especificamente dos presidentes da República sobre a ordenação dos cargos de DAS. Isto lhes faculta agir de forma discricionária no estabelecimento das mudanças, muitas delas contraditórias e incompletas, porém convenientes aos seus estilos de governar.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). Secretaria de Recursos Humanos. **Boletim estatístico de pessoal**. 26. ed. Jun. 1998. Disponível em: <[http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim\\_estatistico/bol\\_estatistico.htm](http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim_estatistico/bol_estatistico.htm)>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Secretaria de Recursos Humanos. **Boletim estatístico de pessoal**. 110. ed. Jun. 2005. Disponível em: <[http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim\\_estatistico/bol\\_estatistico.htm](http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim_estatistico/bol_estatistico.htm)>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Secretaria de Recursos Humanos. **Boletim estatístico de pessoal**. 167. ed. Mar. 2010. Disponível em: <[http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim\\_estatistico/bol\\_estatistico.htm](http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim_estatistico/bol_estatistico.htm)>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Secretaria de Recursos Humanos. **Boletim estatístico de pessoal**. 168. ed. Abr. 2010. Disponível em: <[http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim\\_estatistico/bol\\_estatistico.htm](http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim_estatistico/bol_estatistico.htm)>.

CRUZ, R. P. Carreiras burocráticas e meritocracia: o impacto do ingresso de novos servidores na última década sobre a dinâmica de preenchimento dos cargos em comissão no governo federal brasileiro. *In: II Congresso CONSAD de gestão pública*. Brasília, maio 2009.

D'ARAUJO, M. C. (Coord.). **Governo Lula: contornos sociais e políticos da elite do poder**. Rio de Janeiro: Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC) - Fundação Getúlio Vargas (FGV), 2007.

D'ARAUJO, M. C. **A elite dirigente do governo Lula**. Rio de Janeiro: CPDOC - FGV, 2009. Participação de Camila Lameirão.

MOE, T. Presidents, institutions, and theory. *In: EDWARDS III, G. C.; KESSEL, J.; ROCKMAN, B. A. (Orgs.). **Researching the presidency**: vital questions, new approaches.* Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1993.

MOE, T.; WILSON, S. Presidents and the politics of structure. **Law and Contemporary Problems**, vol. 57, n. 2, p. 01-44, 1994.

PACHECO, R. S. Organizando o debate: dirigentes públicos no Brasil. *In: **Congresso CONSAD de gestão pública**.* Brasília, maio 2008.

SANTOS, L. A. Burocracia profissional e a livre nomeação para cargos de confiança no Brasil e nos EUA. **Revista do Serviço Público**, vol. 60, n. 1, p. 05-28, jan./mar. 2009.

#### BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

MOE, T. Political institutions: the neglected side of the story. *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 6, p. 213-254, 1990. *In: ROWLEY, C. K. **Public choice theory**.* England: Edward Elgar, 1990.

PACHECO, R. S. Brasil: o debate sobre dirigentes públicos - Atores, argumentos e ambiguidades. *In: **XIII Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública**.* Buenos Aires, Argentina, nov. 1998.

WOOD, B. D.; WATERMAN, R. W. The dynamics of political control of the bureaucracy. **The American Political Science Review**, Washington, District of Columbia, vol. 85, n. 3, p. 801-828, 1991.



## **BUROCRACIA, DISCRICIONARIEDADE E DEMOCRACIA: ALTERNATIVAS PARA O DILEMA ENTRE CONTROLE DO PODER ADMINISTRATIVO E CAPACIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO\***

Roberto Rocha C. Pires\*\*

### **1 INTRODUÇÃO**

Um dos desafios centrais para as democracias contemporâneas é equacionar o dilema entre o controle da atuação do Estado e a expansão da capacidade de ação e resolução de problemas por parte de suas burocracias. Se por um lado a imposição de controles sobre o poder administrativo de agentes burocráticos, encarregados de implementar políticas públicas e decisões políticas, favorece o exercício de mandatos representativos e a integridade do sistema de *checks and balances*, por outro lado o excesso de controles limita a criatividade e a capacidade de ação destes agentes na consecução de objetivos importantes para o bem-estar da sociedade. Neste capítulo, parte-se do reconhecimento de que o poder discricionário de burocratas nas linhas de frente do serviço público está no centro do dilema entre controle e expansão da capacidade de ação do Estado. Isto é, a discricionariedade é foco das investidas de controle, assim como fonte de flexibilidade e criatividade para a ação burocrática. Portanto, uma análise cuidadosa das alternativas existentes para o gerenciamento da discricionariedade burocrática é passo fundamental na compreensão das condições e estruturas que possibilitem a reconciliação entre controle e capacidade na burocracia.

---

\* Este capítulo é uma versão resumida de um artigo com o mesmo título, publicado nos *Cadernos de Gestão Pública e Cidadania da Fundação Getúlio Vargas* (jan./jul. de 2009, vol. 14, n. 54, p. 141-180). No artigo original (Pires, 2009) são apresentados mais casos empíricos que permitem a análise a partir de um experimento natural. A pesquisa de campo teve duração de aproximadamente dez meses, foi realizada em três estados brasileiros (Minas Gerais, Bahia e Pernambuco), e envolveu coleta de dados, observação sistemática da atuação dos fiscais do trabalho e entrevistas. As entrevistas somaram um total de 115, com média de duas horas de duração. Quarenta e nove destas entrevistas foram conduzidas com fiscais do trabalho nos três estados e na administração central em Brasília. Estas entrevistas e as histórias contadas pelos fiscais foram complementadas e confrontadas (trianguladas) com outras 65 entrevistas com atores envolvidos em cada caso específico, incluindo empresários, gerentes, trabalhadores, representantes de sindicatos de trabalhadores e patronais, e membros de órgãos governamentais (por exemplo, Fundacentro, Ministério Público do Trabalho, agências de desenvolvimento etc.).

\*\* Técnico de Planejamento e Pesquisa da Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (Diest) do Ipea.

Nas próximas páginas, primeiramente traça-se uma breve revisão do tratamento dado à questão da discricionariedade burocrática nos debates da sociologia do direito e da ciência política desde meados do século XX. Na sequência, abordam-se dois modelos contemporâneos de administração pública – as abordagens gerencialista (ou *new public management* – NPM) e experimentalista (ou *experimentalist governance* – EG) – com a descrição de suas principais diferenças em relação às respostas tradicionais envolvendo direito administrativo e controles internos e externos ao problema da discricionariedade burocrática. Por meio da comparação entre estes dois modelos, é possível identificar variações importantes em termos de estratégias para compatibilização da ampliação do desempenho organizacional com mecanismos de controle sobre o mau uso da discricionariedade. Após a descrição dos modelos, apresenta-se um caso ilustrativo que permite a comparação empírica dos dois modelos sob o mesmo ambiente organizacional. Demonstra-se como cada modelo conforma diferentemente rotinas de trabalho de inspeção, consequentemente influenciando os resultados da política de inspeção do trabalho no Brasil. Finalmente, apontam-se os aspectos mais salientes desta comparação e propõem-se de forma conclusiva hipóteses mais gerais sobre a relação entre formas de *accountability* e motivação de funcionários, e entre formas colaborativas de trabalho, capacidade para solução de problemas e responsividade burocrática.

## 2 O TEMOR DA DISCRICIONARIEDADE E RESPOSTAS CONTEMPORÂNEAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O tema da discricionariedade de agentes burocráticos nas linhas de frente do serviço público foi tradicionalmente tratado como uma categoria residual por estudiosos da administração do Estado (DAVIS, 1969; HAWKINS, 1992).<sup>1</sup> Isto se deve, em parte, à ampla aceitação de interpretações relativamente superficiais dos escritos de Max Weber sobre burocracia. Para Weber, burocracia representava a forma organizacional de um sistema sociopolítico (sistema de dominação) que se diferenciava de outros tipos ideais de organização, como as formas de dominação carismática e patriárquica. Weber descreveu burocracias e a forma racional-legal de dominação como o poder baseado nas regras, nas quais procedimentos formais: *i*) estabelecem uma linha de comando clara por meio de estruturas hierárquicas; *ii*) prescrevem os pré-requisitos, deveres e competências atribuídos a cada cargo nestas estruturas; *iii*) promovem a divisão do trabalho (especialização); *iv*) definem os procedimentos e escopo dos processos de tomada de decisão em

---

1. De acordo com Davis (1969), antes dos anos 1970 havia numerosos trabalhos que abordavam ainda que de forma tangente o tema da discricionariedade, porém poucos focaram o tema como objeto central de análise. Tal como afirma o autor, estudos de jurisprudência tradicionalmente focavam muito mais a legislação; estudos na administração pública negavam o componente humano-individual e orientado por valores na gestão de organizações; e estudos na área de direito administrativo acabavam restringindo-se ao pequeno percentual de ações que envolviam procedimentos formais e recurso judicial.

todos os níveis da organização (incluindo as decisões sobre mudança nas regras); e *v*) especificam os processos para sucessão no poder. Estas características da organização racional-legal cumulativamente levam ao controle de inclinações pessoais e desejos e opiniões individuais, minimizando a influência destes no funcionamento da organização e transformando agentes burocráticos em engrenagens impessoais numa máquina organizacional pré-programada (WEBER, 1968).

Essa forma de descrever a burocracia proveu o arcabouço teórico-conceitual que se tornou hegemônico e levou à interpretação de burocracias reais (e não só tipos ideais) como possuindo “o domínio das regras formais ao invés da discricionariedade pessoal no seu cerne” (LANGE e REUSCHEMEYER, 2005, p. 241). Com base nesta interpretação, muitos estudiosos das implicações teóricas e empíricas da expansão de burocracias enfatizaram a impessoalidade, o comportamento ditado por regras, a previsibilidade e a coerência corporativa como as características essenciais do Estado moderno, as quais o transformariam em catalisador do desenvolvimento socioeconômico (EVANS, 1989; 1995).

No entanto, há décadas estudos empíricos na sociologia do direito e na implementação de políticas públicas concluíram sobre a inevitabilidade e o caráter indispensável da discricionariedade para o funcionamento de sistemas legais e administrativos. As investigações de Wilson (1968), Bittner (1967; 1990), Brown (1981), Van Maanen (1973; 1978), Silbey (1980-1981), e Lipsky (1980), entre outros, concluíram que: *i*) frequentemente, as atividades corriqueiras de burocratas de linha de frente (*street-level bureaucrats*)<sup>2</sup> divergiam substancialmente dos conjuntos de condutas prescritos pela lei e por estatutos e normas organizacionais; e *ii*) o comportamento destas burocracias variava significativamente entre si, assim como variava o comportamento de agentes e unidades no interior das mesmas organizações. Estas conclusões frustraram as expectativas de que mandatos legais traduzir-se-iam automaticamente em ações burocráticas e levaram estudiosos do tema a reconhecerem a abrangência e inevitabilidade da discricionariedade em burocracias (DAVIS, 1969; SILBEY e BITTNER, 1982; HAWKINS, 1992).

Apesar de as conclusões desses estudos apontarem para uma suposta inevitabilidade da discricionariedade, os debates na ciência política e administração pública se caracterizaram mais pelo medo da tirania e do abuso do poder por parte de burocracias e pelos riscos associados com a tomada de decisões não

---

2. Para Lipsky (1980), *street-level bureaucracies* são organizações do serviço público que empregam um número significativo de funcionários que interagem diretamente com cidadãos no desempenho de suas funções – tais como professores, enfermeiros, policiais, assistentes sociais, e outros agentes da lei. Estes funcionários têm ampla discricionariedade devido às ambiguidades nos objetivos de suas organizações, ao fato de trabalharem em situações complicadas que não podem ser reduzidas a formatos programáticos, e ao fato de que desempenham suas tarefas longe da supervisão de seus superiores. Por todas estas razões, Lipsky afirma que “as decisões tomadas por *street-level bureaucrats*, as rotinas estabelecidas por eles, e os recursos por eles desenvolvidos para lidar com as incertezas e pressões do trabalho efetivamente se tornam a política pública que eles deveriam implementar em nome de sua organização” (1980, p. xii).



supervisionadas (*unchecked*) do que pelos potenciais benefícios do exercício responsável da discricionariedade. Na tradição liberal-legalista, a discricionariedade foi repetidamente interpretada como uma ameaça ao estado de direito, criando espaço para inconsistência administrativa, arbitrariedade e, conseqüentemente, injustiça. Na perspectiva da ciência política, mais atenta à estrutura institucional da democracia do que ao processo legal, a discricionariedade também sugere ameaças à noção de responsabilização política (ou *accountability* entre burocratas, representantes eleitos e cidadãos), além de pôr em questão o equilíbrio da estrutura constitucional de separação de poderes e os mecanismos de *checks and balances*. Se por um lado a tradição liberal-legalista prega o controle da discricionariedade por meio do direito administrativo, por outro, na tradição da democracia constitucional, a discricionariedade burocrática é controlada por meio da instituição de mecanismos de supervisão e controle do desempenho de burocracias por parte do Legislativo, do Executivo e da sociedade civil.

Avaliações retrospectivas demonstraram que procedimentos legais e o controle e supervisão de burocracias de fato reduzem os níveis de discricionariedade. Porém, também indicaram que o remédio pode ter sido tão ruim, senão pior, do que a própria doença. Por exemplo, Bryner (1987) e Handler (1986) documentaram como ações excessivas no sentido da redução da discricionariedade comprometeram a capacidade de organizações do setor público de desempenhar tarefas a elas delegadas, uma vez que processos administrativos se tornam mais complexos e lentos, impossibilitando que organizações funcionem efetivamente. Conseqüentemente, uma ênfase excessiva nos procedimentos burocráticos de controle minou esforços paralelos no sentido de ajudar organizações burocráticas a tomarem decisões complexas necessárias à implementação de políticas públicas.

Nas últimas décadas, no entanto, duas outras abordagens na literatura sobre administração pública proferiram modelos que pretendem equilibrar o controle das decisões discricionárias de burocratas com a busca pela ampliação de capacidade e competências em burocracias. Contrariamente aos esforços anteriores, estes novos modelos de administração pública enfatizam estruturas organizacionais e práticas gerenciais, ao invés de regras e procedimentos (i.e., direito administrativo e supervisão externa), como meios mais pragmáticos e efetivos para o gerenciamento da discricionariedade.

Primeiramente, o paradigma do NPM tornou-se um dos mantras da reforma do setor público por todo o mundo nos anos 1980 e 1990. Com seu foco em resultados e na otimização do orçamento público, esta abordagem promete a melhoria na eficiência e responsividade de burocracias aos seus *principals* políticos e cidadãos. A vasta literatura sobre o assunto identifica três características principais das reformas do setor público orientadas pelos princípios gerencialistas: i) descentralização, com a desagregação do Estado em atores subnacionais, cisão de

grandes estruturas hierárquicas, e separação de funções de governo essenciais (*core*) daquelas consideradas auxiliares ou complementares; *ii*) privatização e competição, com a desregulamentação de mercados, criação de quase-mercados para grande parte dos serviços públicos, e parcerias público-privado (PPPs); e *iii*) gestão do desempenho, com a instituição de metas e indicadores de resultados para a mensuração do desempenho de organizações e seus burocratas, além de uma forte ênfase em incentivos específicos com base pecuniária, tais como sistemas de gratificação por desempenho (OSBORNE e GAEBLER, 1992; DUNLEAVY e HOOD, 1994; POLLIT, 1995; BRESSER-PEREIRA e SPINK, 1999; BARZELAY 2001).

A solução gerencialista ao problema da discricionariade pretendeu evitar os erros do passado ao enfatizar a mensuração dos resultados ao invés do controle de processos, tal como feito por procedimentos legais e administrativos. Sob este modelo, organizações do setor público devem definir uma lista de metas de desempenho que possam ser fixadas de forma específica, quantificável e mensurável. Cada burocrata na organização deve cumprir uma parte do objetivo geral. Supervisores monitoram constantemente o desempenho de seus burocratas em termos da consecução destas metas, tendo como referências indicadores quantitativos de resultados. De forma a prover os incentivos corretos, gestores administram a distribuição de gratificações nos salários apenas dos funcionários que satisfizerem periodicamente as metas. Assim, a solução gerencialista restringe a discricionariade burocrática ao fornecer fortes incentivos (aumentos significativos sobre salários) somente para aquelas ações e objetivos desejados por gestores sem reduzir dramaticamente a capacidade de burocratas de implementar políticas públicas – isto é, à medida que propõe também a simplificação e otimização de processos administrativos e não predetermina procedimentos e instrumentos para ação.

Em segundo lugar, a abordagem experimentalista emergiu como uma crítica por parte de seus proponentes (C. Sabel, J. Zeitlin, M. Dorf, e W. Simon, entre outros) à insustentabilidade empírica do arcabouço econômico-racional que está no cerne da proposta gerencialista, mais precisamente os pressupostos sobre as relações *agent – principal*. Com inspiração no institucionalismo econômico, a abordagem gerencialista em geral separa os momentos de concepção/decisão das ações associados com sua execução, pressupondo a existência de *principals* (sejam eles atores da sociedade civil, partidos políticos, ou representantes eleitos) que saibam tudo o que precisa ser feito para a solução de problemas coletivos. Supostamente, estes *principals* estão aptos a traduzir objetivos coletivos em metas de desempenho detalhadas – por exemplo, um aumento de 50% na formalização do trabalho, uma redução de 20% na evasão escolar etc. Em contraposição, os proponentes da abordagem experimentalista defendem que *principals* com tal conhecimento robusto e panorâmico não existem nas comunidades políticas reais, muito menos existe um consenso inquestionável sobre quem deveria desempenhar

tal papel diretivo. Portanto, segundo estes autores, o problema da reforma do setor público não se resume apenas à definição de metas de desempenho e do respectivo sistema de incentivos, mas também envolve a construção de processos por meio dos quais os atores envolvidos interajam, descubram, e aprendam conjuntamente aquilo que precisa ser feito e a melhor forma possível de executá-lo (SABEL, 2004; 2005).

Assim, de acordo com esse modelo de gestão, a solução requer instituições experimentalistas “que assumam o caráter provisório de suas metas e que institucionalizem processo de aprendizagem social por meio do questionamento constante da adequação entre seus objetivos e os meios disponíveis para sua consecução, revendo com base nesse processo, e de forma periódica, suas estruturas e funcionamento” (SABEL, 2004, p. 4. Tradução livre).<sup>3</sup> Instituições experimentalistas demonstram a atitude de constante detecção e correção de erros nos níveis operacionais da organização, ajustando, na sequência, as estruturas superiores para a generalização de sucessos e aprimoramento do sistema de aprendizado a partir de erros. Por meio de ajustes reflexivos constantes, os proponentes da abordagem experimentalista argumentam que burocracias públicas podem simultaneamente: *i*) expandir suas capacidades para solução de problemas complexos por meio da adaptação rápida às condições externas em constante mudança e da possibilidade de customização de suas ações a diversas clientelas; e *ii*) incrementar a prestação de contas por parte de burocratas de linha de frente aos seus supervisores e ao público em geral em relação à sua conduta (NOONAM, SABEL e SIMON, 2007). Recentes avanços por parte de instituições experimentalistas vêm sendo registrados em diferentes países, assim como em diferentes áreas do serviço público. Em todos estes casos,<sup>4</sup> analistas atribuíram os resultados exitosos à maior autonomia gozada por burocratas de linha de frente na adaptação dos objetivos de políticas e projetos durante sua implementação em cada situação específica, além do estabelecimento de mecanismos para constante detecção e correção de erros baseados em relatórios e justificativas por parte de burocratas (comissões de avaliação interna, revisão por pares etc.), os quais culminam na revisão periódica de procedimentos e objetivos organizacionais mais amplos.

Esses dois modelos de gestão pública expõem soluções bem diferentes para o problema da discricionariedade burocrática. A solução gerencialista enfatiza o desenvolvimento de projetos cada vez mais focados nos quais burocratas podem

---

3. No original: “*that assume the provisionality of their goals and institutionalize social learning by routinely questioning the suitability of their current ends and means, and by periodically revising their structures in light of the answers*” (SABEL, 2004, p. 4).

4. Essas experiências incluem: a reforma de escolas públicas e esquemas de metarregulação na área de vigilância sanitária nos Estados Unidos (Sabel, 2004), a reforma da assistência à criança e ao adolescente nos estados de Alabama e Utah (Noonam, Sabel e Simon, 2007), provisão de assistência e benefícios sociais na Holanda, Dinamarca e Irlanda (Sabel, 2005), sistemas de proteção social, saúde e segurança ocupacional, vigilância sanitária, telecomunicações, eletricidade, segurança marítima e serviços financeiros na União Europeia (Sabel e Zeitlin, 2008).

ser cobrados pela consecução de metas específicas e quantificáveis. Por sua vez, a solução experimentalista sugere um processo pelo qual burocratas são constantemente demandados a explicar e justificar suas ações discricionárias na solução de problemas por meio de processos de avaliação pública por seus superiores ou pares.

### **3 NOVA GESTÃO PÚBLICA *VERSUS* GOVERNANÇA EXPERIMENTALISTA: DISCRICIONARIEDADE, ROTINAS DE TRABALHO E RESULTADOS**

Este estudo se dedicou a observar a operação de ambos os modelos – gerencialista e experimentalista – no âmbito da mesma agência governamental, a Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). A missão da organização é verificar e impor o cumprimento das leis e normas trabalhistas nacionais, o que inclui desde regras sobre contratos e jornadas de trabalho a normas de saúde e segurança ocupacionais. A competência para tal concentra-se no governo federal, mas a sua implementação ocorre por meio de um sistema descentrado que envolve a distribuição de aproximadamente 3 mil auditores fiscais do trabalho em 27 superintendências regionais de trabalho e emprego.

Por meio da observação empírica do funcionamento dessa organização, foi possível perceber a existência de dois sistemas diferentes operando simultaneamente, por meio dos quais gestores no nível central supervisionavam o trabalho e o desempenho dos auditores fiscais do trabalho no campo. O primeiro sistema de monitoramento segue os ditames da abordagem gerencialista e baseia-se em inspeções individuais e territorialmente circunscritas, as quais são avaliadas por meio de metas de desempenho individual (por exemplo, número de trabalhadores formalmente registrados por mês). Este sistema envolve gratificação por desempenho, a qual pode alcançar até 45% sobre o salário de auditor fiscal, sendo um terço resultante de desempenho individual e dois terços resultantes do desempenho coletivo do corpo de fiscais. Além deste, existia outro sistema, o qual se assemelha à abordagem experimentalista, pois se baseia em grupos e equipes de fiscais que desenvolvem projetos organizados em torno de setores e atividades econômicas ou problemas específicos, como, por exemplo, trabalho infantil, terceirização ilícita, ou silicose no setor de mineração. Nestes casos, o trabalho dos grupos de fiscais é avaliado com base em relatórios parciais e finais nos quais são apresentados a dinâmica de trabalho dos grupos, os resultados obtidos e o desempenho deles na abordagem e solução de problemas ligados ao cumprimento da legislação em setores e atividades econômicas como um todo.

A coexistência desses dois modelos de gestão na mesma organização criou uma oportunidade única para realização de comparação entre essas duas formas de gerenciamento da discricionariedade. Por meio da observação e análise detalhada da atuação dos auditores fiscais do trabalho na mesma superintendência regional (Pernambuco), foi possível analisar as semelhanças e diferenças na forma

como estes dois grupos tratam um problema comum: a evasão ou sonegação do pagamento de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).<sup>5</sup>

No Brasil, a legislação trabalhista estabelece o direito de trabalhadores formais ao FGTS nas situações de demissão e aposentadoria. Todo mês, empregadores contribuem com 8% do salário do trabalhador para este fundo, o qual acumula enquanto o trabalhador estiver empregado na mesma empresa. Sendo uma fonte importante de receita para o governo federal, o FGTS teve papel significativo no ajuste fiscal dos anos 1990. Com o objetivo de incrementar a receita do governo federal, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) pressionou e forneceu os devidos incentivos para que fiscais do trabalho focassem mais na sonegação e evasão de contribuições ao FGTS. Desse modo, desde meados de 1990, a Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT) tem definido ano a ano a arrecadação de FGTS como uma das prioridades da inspeção do trabalho no país. Ainda assim, os esforços de arrecadação do FGTS por parte dos auditores fiscais do trabalho têm se organizado em duas formas distintas e coexistentes na Superintendência Regional do Trabalho e Emprego de Pernambuco (SRTE-PE).

A primeira estratégia tomou forma assim que o FGTS passou a ser considerado uma prioridade nacional para a fiscalização do trabalho e, seguindo os princípios da reforma gerencialista, a SIT determinou que cada fiscal em qualquer ponto do país teria que se submeter às metas de desempenho na arrecadação desta receita governamental. A SIT instruiu os fiscais a verificarem o cumprimento da legislação relativa ao FGTS em toda e qualquer inspeção realizada por eles, mesmo quando motivadas por outros tipos de violação da legislação trabalhista. Os impactos da definição da arrecadação do FGTS como prioridade e da definição de metas de desempenho foram consideráveis: a arrecadação de tal receita pelos fiscais em todo o país aumentou em quatro vezes no período de 1996 a 2005 (tabela 1).

TABELA 1

**Arrecadação total de FGTS pela fiscalização do trabalho no Brasil (1996-2005)**

Ano	Montante (US\$)	Ano	Montante (US\$)
1996	114.202.231,20	2001	368.500.063,09
1997	225.119.264,87	2002	480.284.704,85
1998	275.295.590,83	2003	398.969.690,00
1999	307.418.537,60	2004	414.483.525,00
2000	411.332.339,08	2005	411.443.815,00

Fonte: MTE/SIT.

5. Apesar de este capítulo haver focalizado Pernambuco, com o intuito de controlar diferenças relevantes em termos de ambiente político-econômico entre estados no Brasil, os problemas elencados e a coexistência dos dois modelos de gestão são igualmente presentes na atuação ordinária de fiscais do trabalho em outros estados. Uma análise semelhante de casos envolvendo problemas como disseminação de cooperativas fraudulentas e acidentes ocupacionais na construção civil encontra-se disponível em Pires (2009).

Ao longo desse período, os fiscais do trabalho em Pernambuco (da mesma forma que em outros estados brasileiros) têm organizado seu trabalho por meio de um sistema de zoneamento. Os gestores estaduais do serviço designam pares de fiscais do trabalho a uma área geográfica no estado. Estes pares de fiscais têm a responsabilidade de cobrir sua área por meio de inspeções nas empresas localizadas nestas regiões, na busca por violações da legislação trabalhista. As fiscalizações conduzidas sob este regime tendem a focar empresas e problemas individuais e não seguem qualquer tipo de estratégia mais abrangente de planejamento, variando inclusive entre os diversos pares de fiscais. Nestes casos, as fiscalizações são motivadas principalmente em resposta a denúncias e reclamações recebidas de trabalhadores individuais e também de sindicatos. Além de os auditores terem que cumprir com metas de arrecadação de FGTS, cada um deles também tem que fiscalizar um número mínimo de estabelecimentos por mês. Estas metas de desempenho (arrecadação e número de estabelecimentos) conjuntamente criam incentivos para que fiscais alcancem suas metas de desempenho concentrando suas fiscalizações em empresas relativamente modestas e com pequenos débitos de FGTS, pois as fiscalizações nestas empresas tendem a ser mais fáceis do ponto de vista técnico e também mais céleres, deixando de lado firmas de maior porte com débitos potencialmente mais complicados. Como resultado, um grande número de auditores fiscais, se não a totalidade deles, tem investido grande parte do seu tempo em apenas um problema concernente à fiscalização do trabalho: a arrecadação de FGTS. O resultado final peca na eficiência da arrecadação de FGTS por fiscalização (em US\$), quando comparado aos resultados de uma estratégia adotada por um pequeno grupo de fiscais trabalhando sob um sistema de gestão de desempenho alternativo (tabela 2 adiante).

Em 2006, a SIT autorizou a criação de um projeto piloto na SRTE-PE: o grupo operacional do FGTS ou o GO-FGTS.<sup>6</sup> Quatro, do total de 145 auditores fiscais da SRTE-PE, foram designados a formar o GO-FGTS. Ao formarem o grupo, estes fiscais foram simultaneamente desobrigados do cumprimento das metas de desempenho impostas aos demais. A SIT classificou os quatro fiscais como desempenhando “atividade especial” e, assim, provendo-os de imunidade às medidas de desempenho típicas do modelo gerencialista. Além de ser liberado de metas de desempenho necessariamente quantitativas e predefinidas e de procedimentos de inspeção padronizados, o grupo de fiscais também não precisa obedecer às restrições em termos de área geográfica para sua atuação. Em suma, a este grupo foi concedido maior espaço organizacional para desenvolver táticas de inspeção com um foco estratégico nas atividades econômicas e empresas com débitos de FGTS potencialmente maiores.

---

6. Em 2007, o projeto é ampliado e a SIT torna compulsória a criação de grupos operacionais como esse em todas as 27 superintendências regionais.

A primeira medida adotada pelo GO-FGTS foi estreitar relações com a CEF (Caixa Econômica Federal), instituição responsável pela administração dos depósitos do FGTS. O grupo de auditores fiscais requisitou acesso aos dados com os quais poderiam desenvolver um sistema informatizado capaz de identificar as empresas no estado de Pernambuco com maiores débitos e prever os setores com maior propensão à evasão e à sonegação de FGTS. Uma vez desenvolvida tal base de dados, o GO-FGTS produziu uma lista dos mil estabelecimentos em Pernambuco com o maior potencial para arrecadação de FGTS a partir do universo de 62 mil empresas formalmente registradas no estado. Estas mil empresas empregam sozinhas aproximadamente 40% de toda a força de trabalho formal do estado; cada uma individualmente possui contingentes de trabalhadores relativamente grandes, e elas operam em setores que tradicionalmente violaram as normas relativas ao fundo de garantia (exemplos incluem os setores de bebidas, hotéis, beneficiamento de cana-de-açúcar e derivados, entre outros). O foco nesta amostra de firmas tornou a tarefa de fiscalização manejável e, de acordo com um dos membros do grupo operacional, pode-se “(...) não apenas fiscalizar, mas também monitorar o cumprimento da legislação em mil empresas”. Além do monitoramento, o foco neste grupo de empresas permitiu ao GO-FGTS a customização de estratégias de fiscalização para cada atividade ou setor da economia, por meio da adaptação de procedimentos e aproveitamento de oportunidades oferecidas pela estrutura e dinâmica de cada setor, com o objetivo de produzir maiores impactos em termos do cumprimento da lei e da arrecadação de receitas para o Estado.

Anteriormente ao desenvolvimento da base de dados do GO-FGTS, uma fiscalização de FGTS realizada por pares de fiscais em uma empresa de grande porte (com aproximadamente 3 mil funcionários) levaria cerca de oito meses apenas para conclusão da auditoria e levantamento de irregularidades e débitos. Consequentemente, grandes empresas com débitos complexos eram frequentemente ignoradas ou fiscalizadas de forma apenas superficial. Com a nova base de dados e ferramentas de análise desenvolvidas pelo GO-FGTS, o mesmo processo de identificação de irregularidades em firmas do mesmo porte leva apenas algumas horas para ser concluído. Com a obtenção mais célere de tais informações, os auditores fiscais já realizam as fiscalizações *in loco* com números e evidências documentais de irregularidade que indicam o montante e as potenciais causas do débito. Assim, durante as fiscalizações, as empresas podem optar por sanar o débito imediatamente, negociar um cronograma de pagamentos, ou recusar o pagamento e receber as respectivas penalidades (multas administrativas). Com o objetivo de incrementar ainda mais o poder de sanção em suas operações, o grupo de fiscais estabeleceu parceria com os procuradores do Tesouro Nacional, os quais têm a prerrogativa de abrir processos legais que frequentemente resultam em multas e penalidades ainda mais severas.



Finalmente, em contraposição à abordagem responsiva a partir da qual os pares de fiscais atuando em seu distrito geográfico lidam com empresas individualmente e isoladamente (uma de cada vez), o GO-FGTS realiza reuniões periódicas para discutir os resultados de suas ações e rever as práticas empregadas, em busca do aprimoramento constante de sua atuação. Por meio de trocas de experiência e interações praticamente contínuas entre os membros do grupo e parceiros externos sobre as vantagens e desvantagens de diferentes estratégias de fiscalização, o GO-FGTS construiu um repertório de táticas eficazes e eficientes. Além disso, por meio destas interlocuções, os membros desenvolvem procedimentos padronizados para cada setor ou atividade econômica, evitando inconsistências derivadas das inspeções realizadas por diferentes fiscais. Esta padronização por setor apresenta impactos positivos também para as empresas: cria previsibilidade da ação fiscal e a sensação de justiça quando empresários descobrem que seus concorrentes imediatos foram fiscalizados com base nos mesmos procedimentos e orientações. A ação fiscal mais coerente e uniforme, em comparação com a atuação isolada dos pares de fiscais trabalhando sob o regime de metas de desempenho em distritos geográficos, também contribui para aumentar a legitimidade e o número de decisões favoráveis do Judiciário quando este aprecia recursos interpostos por empresas insatisfeitas com a fiscalização sofrida.

É importante notar que os avanços alcançados pelo GO-FGTS vão muito além da focalização estratégica de um grupo de empresas maiores. Parte importante da experiência do grupo operacional são as interações contínuas com parceiros estratégicos, tais como a CEF e os procuradores do Tesouro Nacional. Tais interações resultaram na construção de ferramentas de diagnóstico mais precisas e na customização de táticas de fiscalização para cada atividade econômica, as quais cumulativamente vêm produzindo fiscalizações com maiores impactos. Quando comparado aos resultados do sistema de pares de fiscais por zoneamento geográfico (tabela 2), o GO-FGTS, que emprega apenas 3% (4) dos fiscais na SRTE-PE, arrecadou 65% do montante do FGTS arrecadado por todos os fiscais no estado. Após a criação do grupo operacional, a arrecadação de FGTS via fiscalização em Pernambuco dobrou de 2005 a 2006. Em 2007, o GO-FGTS de Pernambuco arrecadou o maior volume de FGTS em termos absolutos (maior até do que o volume arrecadado em estados mais industrializados) e beneficiou o maior número de trabalhadores entre todas as superintendências regionais. À medida que os membros do grupo foram liberados do regime de metas de desempenho predefinidas e passaram a gozar de maior autonomia no desenvolvimento de ações mais complexas, tais como as que envolveram colaborações com outras organizações governamentais, eles se tornaram mais produtivos e passaram a utilizar cada vez menos recursos internos.



TABELA 2

**Comparação entre os resultados da arrecadação de FGTS pelos fiscais do trabalho em Pernambuco (2007)**

	Número de fiscais	Empresas fiscalizadas	Arrecadação total de FGTS via fiscalização (US\$)	Total de empresas fiscalizadas (em %)	Total de FGTS arrecadado (em %)	FGTS arrecadado por empresa - média - (US\$)	FGTS arrecadado por fiscal - média - (US\$)
Zoneamento ( <i>performance individual</i> )	141	12.959	12.583.883,16	98,57%	34,81%	971,05	89.247,40
GO-FGTS	4	188	23.568.255,16	1,43%	65,19%	125.363,05	5.892.063,79
Total Pernambuco	145	13.147	36.152.137,96	100%	100%	2.749,84	249.325,09
Total Brasil	3.174	285.462	566.486.244,08	--	--	1.984,45	178.477,08

Fonte: MTE/SIT; SRTE-PE.

#### 4 CONCLUSÕES: MODELOS DE GESTÃO, COMPORTAMENTO BUROCRÁTICO E RESULTADOS

A comparação dos dois modelos de gestão ilustrada pela fiscalização do FGTS, na SRTE de Pernambuco, deixa claro como os dois métodos para organização do trabalho de inspeção (gerencialista *versus* experimentalista) envolvem ferramentas significativamente diferentes por meio das quais supervisores monitoram o desempenho de seus subordinados, assim como práticas, rotinas e estratégias de fiscalização bastante diversas. A observação destas diferenças indica três possíveis conclusões.

Primeiro, cada modelo de gestão oferece sua própria estratégia por meio da qual supervisores controlam o trabalho de seus funcionários na linha de frente. As diferentes formas pelas quais superiores monitoram o desempenho de seus subordinados afetam a motivação e o desempenho destes na realização de seus trabalhos. As entrevistas e observações confirmaram estas conclusões da literatura, uma vez que diversos auditores fiscais reclamaram da introdução de indicadores quantitativos de desempenho por superiores, alegando a interferência destas medidas na sua autonomia profissional, o que prejudicaria tanto o seu comprometimento quanto a sua *performance*. A predefinição de metas específicas por gestores distantes da realidade da fiscalização do trabalho em campo favorece a prescrição de inspeções mecanizadas e burocráticas, pois os indicadores oficiais, de fato, determinam *a priori* o que os fiscais deveriam considerar relevante ou o que deveriam ignorar, deixando de lado outros cursos de ação potencialmente mais efetivos na solução de um problema.

Em contraposição, os auditores fiscais trabalhando sob o regime de equipes ou grupos especiais enfatizaram sua habilidade de desenvolver uma compreensão mais contextualizada e sensível a características setoriais importantes das violações, dos problemas no cumprimento da lei por parte das empresas e das próprias normas e legislação pertinentes. Tal como afirmou um auditor fiscal do trabalho, “as atividades de inspeção se tornam menos focadas em como impor a lei e mais focadas em como estimular empregadores e trabalhadores a melhorar continuamente seus ambientes de trabalho”. Além disso, o caso estudado indica que equipes e grupos especiais estabelecem relacionamentos diferentes com os centros administrativos. Ao invés de meramente relatar resultados positivos ou insucesso na consecução das metas numéricas predeterminadas, a estes grupos é concedida a liberdade para discutir a redefinição de metas, assim como de procedimentos e estratégias de fiscalização, à medida que desenvolvem suas operações. Além de ser supervisionado por gestores do nível central e estadual, o trabalho desenvolvido pelos grupos especiais também é submetido a outros mecanismos de controle: a pressão interna, por parte da corporação, e externa, advinda dos parceiros que, uma vez engajados em ações conjuntas, constroem expectativas positivas a respeito do desempenho dos fiscais em cada operação.

Segundo, as estratégias, rotinas e procedimentos adotados pelos fiscais sob cada um dos modelos influenciam de forma importante o padrão de intervenção e os resultados obtidos. Como indicado pelo caso descrito na seção anterior, fiscalizações não planejadas, motivadas por denúncias e organizadas pelo sistema de zoneamento geográfico, empregavam procedimentos de investigação não uniformes para empresas do mesmo setor e frequentemente falhavam na produção das evidências documentais necessárias para comprovar violações de direitos ou na produção de soluções mais sustentáveis para o monitoramento do cumprimento da lei. Críticos da abordagem gerencialista sugerem que a definição de metas de desempenho específicas e quantificáveis, em um contexto em que a implementação de políticas públicas é necessariamente fragmentada em diversos órgãos, reduz o escopo de ação e desincentiva burocracias a abordarem problemas complexos e multidimensionais.<sup>7</sup>

Em oposição, a organização do trabalho de inspeção por meio de equipes e grupos especiais elimina alguns dos obstáculos para o desenvolvimento de operações que abordem setores como um todo e favorece interações contínuas entre

---

7. Estas reações críticas à abordagem gerencialista vêm não apenas de acadêmicos, mas também dos próprios funcionários e profissionais do serviço público. Em parte, essa crítica diz respeito à tendência observada em reformas gerencialistas de desagregar funções centrais (*core*) de outras funções consideradas auxiliares ou complementares, e especificar objetivos programáticos e tarefas organizacionais ao ponto de poder escrevê-las em um contrato. Tal como afirmam os críticos, esta tendência gera dificuldades para burocracias quando os problemas são complexos, inter-relacionados, ou multifacetados, tais como saúde preventiva, reformas escolares, serviços de assistência à criança e ao adolescente, entre outros. Todos estes problemas ou objetos de políticas públicas requerem a coordenação de conhecimentos locais com uma gama de serviços produzidos por diferentes órgãos governamentais.

os fiscais e diversos parceiros relevantes. Operações em nível de setor ou atividade econômica demandam diagnósticos sobre as causas do não cumprimento da lei, isto é, uma compreensão contextualizada das violações que permita a customização das ações de fiscalização para cada situação. Tal como articulado por diversos auditores fiscais, eles deixam de pensar em como pegar mais e mais infratores, à medida que ganham maior autonomia para pensar por que empresas violam a lei. Além disso, equipes de fiscalização que se orientam para setores (e não empresas individuais) incentivam fiscais a abordarem problemas mais complexos e a praticarem interdependência relacional em processos exploratórios juntamente com parceiros. Grupo e equipes são mais propensos a buscarem colaborações dentro e fora de sua organização, pois reconhecem que isoladamente suas ações não são suficientes para lidar efetivamente com problemas complexos. Tais colaborações frequentemente levam a alguma combinação de soluções legais, gerenciais e tecnológicas para obstáculos ao cumprimento da lei.<sup>8</sup>

A terceira e última conclusão que se pode tirar dessa matriz sugere cautela em relação aos benefícios do modelo experimentalista na solução de problemas complexos. Uma vez que o planejamento e a execução de operações focadas em setores e as respectivas interações com parceiros estratégicos leva tempo até produzir resultados concretos, o trabalho de equipes e grupos especiais tende a se tornar menos responsivo às demandas imediatas de trabalhadores, assim como de representantes políticos e formuladores de políticas públicas. Mesmo que no médio e no longo prazo as operações de grupos especiais sejam mais indicadas para a solução de problemas relevantes e complexos, no curto prazo situações perigosas ou ilegais vivenciadas por trabalhadores podem permanecer despercebidas e desatendidas. Em contraposição, sob o sistema de zoneamento, os fiscais têm maior liberdade de responder de imediato às denúncias de trabalhadores, mesmo que tais intervenções não venham a promover mudanças de longo prazo na atuação de empresas ou a afetar as causas do não cumprimento da lei. Para burocracias do setor público, tal como a fiscalização do trabalho, a responsividade é um atributo importante na construção de uma boa reputação e imagem pública, assim como para a aglutinação de apoio político. Portanto, a possibilidade de combinação de ambos os métodos de gerenciamento da discricionariedade burocrática sob a mesma organização parece ser alternativa promissora no sentido de articular capacidade de resolução de problemas com responsividade, promovendo um

---

8. Inúmeros casos já demonstraram que a gestão do desempenho por meio da definição de metas específicas e da mensuração de sua consecução frequentemente leva burocratas a “maquiar” aquilo que eles podem ou sabem fazer de forma que pareça com aquilo que gestores especificaram como o resultado desejado. Um exemplo recente no *New York Times* apontou como um programa da autoridade imigratória norte-americana especificamente projetado para focar apenas em imigrantes com ordem de deportação já expedidas ou suspeitos de crime e terrorismo terminou por prender uma vasta maioria de imigrantes ilegais sem antecedentes criminais ou sem ordens de deportação. Em busca de “bater” cotas de detenção e demonstrar desempenho aos supervisores do programa, os funcionários da imigração começaram a “atirar” nos alvos mais fáceis (Bernstein, 2009).

equilíbrio desejado entre aquilo que March (1991) descreveu como as funções organizacionais de exploração de novas possibilidades (*exploration*) e exploração de antigas certezas (*exploitation*).<sup>9</sup>

Por fim, a análise comparativa desenvolvida neste capítulo indicou variações importantes nas estratégias adotadas por gestores para controlar a discricionariedade e o desempenho de funcionários de linha de frente. Tais variações indicam que análises aprofundadas de modelos de gestão – e a maneira pela qual suas respectivas estruturas e procedimentos afetam o trabalho rotineiro de burocratas – podem de fato contribuir para uma nova compreensão a respeito do problema da discricionariedade em burocracias. Conforme visto anteriormente, as variações entre modelos de gestão têm implicações importantes para a explicação de por que burocratas se comportam em algumas situações de formas mais conducentes ao aprendizado e à inovação. A análise desenvolvida indica que certas características de modelos de gestão, bem como as formas pelas quais estes organizam o trabalho na linha de frente, afetam o grau de relevância atribuído pelos servidores públicos a questões a que buscam se dedicar no desenvolvimento de soluções efetivas para a superação de obstáculos ao cumprimento da lei. Portanto, uma compreensão mais profunda de como modelos de gestão evoluem em burocracias e como funcionários incorporam tais práticas nas suas rotinas de trabalho deveria ser aspecto indispensável da busca pela explicação do comportamento burocrático e de seus impactos.

## REFERÊNCIAS

- BARZELAY, M. **The new public management: improving research and policy dialogue.** University of California Press, 2001.
- BERNSTEIN, N. Target of immigrant raids shifted. **The New York Times**, US section, 3 Feb. 2009.
- BITTNER, E. The police on skid row: a study of peace keeping. **American Sociological Review**, vol. 32, n. 5, p. 699-715, 1967.
- \_\_\_\_\_. **Aspects of police work.** Northeastern University Press, 1990.
- BRESSER-PEREIRA, L. C.; SPINK, P. **Reforming the State: managerial public administration in Latin America.** Boulder: Lynne Rienner, 1999.
- BROWN, M. **Working the streets: police discretion and the dilemmas of reform.** New York: Russel Sage Foundation, 1981.

---

9. Obviamente, a questão passa a ser quanto espaço ou recursos alocar para cada modelo no âmbito de uma mesma organização. No caso da inspeção do trabalho no Brasil, atualmente é possível observar um deslocamento gradual para uma maior ênfase na organização da inspeção por meio de equipes e projetos especiais, deixando para trás a predominância do sistema de gratificação por desempenho. Fiscalizações responsivas e geograficamente circunscritas deverão permanecer, porém apenas como uma categoria residual, suficientemente aptas a cobrir denúncias emergenciais feitas por trabalhadores em situações de grave vulnerabilidade (por exemplo, atraso ou não pagamento de salários, risco iminente de morte ou acidente etc.).

BRYNER, G. **Bureaucratic discretion**: law and policy in federal regulatory agencies. Pergamon Press, 1987.

DAVIS, K. C. **Discretionary justice**. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969.

DUNLEAVY, P.; HOOD, C. From old public administration to new public management. **Public Money and Management**, p. 9-16, July/Sept. 1994.

EVANS, P. Predatory, developmental, and other apparatuses: a comparative political economy perspective on the Third World State. **Sociological Forum**, vol. 4, n. 4, p. 561-587, 1989.

\_\_\_\_\_. **Embedded autonomy**: states and industrial transformation. Princeton: Princeton University Press, 1995.

HANDLER, J. **Conditions of discretion**: autonomy, community, and bureaucracy. New York: Russell Sage Foundation, 1986. 327 p.

HAWKINS, K. (Org.). **The uses of discretion**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

LANGE, M.; REUSCHEMEYER, D. (Orgs.). **States and development**: historical antecedents of stagnation and advance. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

LIPSKY, M. **Street level bureaucracy**: dilemmas of the individual in public services. New York: Russell Sage Foundation, 1980.

MARCH, J. Exploration and exploitation in organizational learning. **Organization Science**, vol. 2, n. 1, p. 71-87, 1991.

NOONAN, K.; SABEL, C.; SIMON, W. The rule of law in the experimentalist welfare State: lessons from child welfare reform. Columbia Law School, 2007. **Mimeo**.

OSBORNE, D.; GAEBLER, T. **Reinventing government**: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector. Addison-Wesley Publishing Company, 1992. 427 p.

PIRES, R. C. R. Burocracia, discricionariedade e democracia: alternativas para o dilema entre controle do poder administrativo e capacidade de implementação. **Cadernos de Gestão Pública**, São Paulo, vol. 14, n. 54, p. 141-180, jan./jul. 2009.

POLLITT, C. Justification by works or by faith? Evaluating the new public management. **Evaluation**, vol. 1, n. 2, p. 133-154, 1995.

SABEL, C. Beyond principal-agent governance: experimentalist organizations, learning and accountability. *In*: ENGELEN, E.; DHIAN HO, M. (Orgs.). **De Staat van de democratie – Democratie voorbij de Staat**. WRR Verkenning 3. Amsterdam: Amsterdam University Press, p.173-195, 2004.

\_\_\_\_\_. Globalisation, new public services, local democracy: what's the connection? *In*: OECD. **Local governance and the drivers of growth**. Dec. 2005.

SABEL, C.; ZEITLIN, J. Learning from difference: the new architecture of experimentalist governance in the EU. **European Law Journal**, vol. 14, n. 3, p. 271-327, 2008.

SILBEY, S. S. Case processing in an attorney general's office. **Law & Society Review**, vol. 15, n. 3-4, p. 849-881, 1980-1981.

SILBEY, S. S.; BITTNER, E. The availability of law. **Law and Policy Quarterly**, vol. 4, n. 4, p. 399-434, 1982.

VAN MAANEN, J. Observations on the making of policemen. **Human Organization**, vol. 32, n. 4, p. 407-418, 1973.

\_\_\_\_\_. The asshole. *In*: MANNING, P.; VAN MAANEN, J. (Orgs.). **Policing a view from the street**. P. 221-38, 1978.

WEBER, M. **Economy and Society**. New York: Bedminster Press, 1968.

WILSON, J. Q. **Varieties of police behavior**: the management of law and order in eight communities. Cambridge-MA: Harvard University Press, 1968.

#### BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

EVANS, P. Harnessing the State: rebalancing strategies for monitoring and motivation. *In*: LANGE, M.; REUSCHEMEYER, D. (Orgs.). **States and development**: historical antecedents of stagnation and advance. London: Palgrave, p. 26-47, 2005.



## AUDITORIA OPERACIONAL DO TCU E EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: NATUREZA DO CONTROLE E REPERCUSSÕES PARA A ADMINISTRAÇÃO

Caio Castelliano de Vasconcelos\*

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Até que ponto o Tribunal de Contas da União (TCU) pode controlar a efetividade das políticas públicas? O Poder Executivo é obrigado a implementar uma deliberação feita por aquele tribunal? Em que medida o gestor público pode ser responsabilizado se alguma orientação da corte não for cumprida?

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), seguindo a separação de poderes preconizada por Montesquieu, estabeleceu como poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, que devem ser independentes e harmônicos entre si (Artigo 2º).

No entanto, existe uma constante tensão entre independência e harmonia. De um lado, os órgãos de gestão são frequentemente acusados de serem ineficientes e de não seguirem corretamente os preceitos legais. De outro, os órgãos de controle são vistos como obstáculo à realização das políticas públicas. A questão central é como equilibrar estas tensões, de forma a se promoverem resultados positivos que conciliem o controle da atuação estatal com o seu constante aprimoramento.

O TCU, órgão de controle, teve suas competências substancialmente ampliadas pela Constituição Federal de 1988 (JUNG, 2008, p. 669). Entre as várias funções atribuídas ao TCU, destaca-se a função fiscalizadora. Com efeito, o TCU tem como atividade precípua auxiliar o Congresso Nacional a realizar o controle externo da União e das entidades da administração direta e indireta (Artigo 70 e *caput* do Artigo 71 da CF/88).

---

\* Advogado da União e coordenador-geral jurídico substituto de Assuntos Orçamentários e Econômicos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG).



Todavia, o conceito de controle está ganhando novos horizontes. Da noção de verificar, confrontar com o rol, relação ou modelo previamente definido, o sentido de *controle* evoluiu para colocar em evidência a condição de instrumento que é para o processo decisório, impulso suficiente ao redirecionamento das ações programadas (FERNANDES, 2005, p. 32).

Seguindo esse conceito, o constituinte dotou o TCU de um poderoso instrumento para que ele pudesse cumprir sua função fiscalizadora dentro dessa nova perspectiva: a prerrogativa de realizar auditorias operacionais.<sup>1</sup>

Este capítulo pretende demonstrar, de forma sucinta: que a auditoria operacional tem natureza distinta dos demais tipos de auditoria; quais as consequências desta distinção para as relações entre o TCU e o Poder Executivo; e qual a importância da auditoria operacional para a efetividade das políticas públicas. Ao final, será feita uma breve análise sobre a auditoria operacional realizada nos hospitais universitários.

## 2 NATUREZA DO CONTROLE CONTÁBIL, FINANCEIRO, ORÇAMENTÁRIO E PATRIMONIAL

Tradicionalmente, o controle é visto como uma verificação de conformidade (GUERRA, 2007, p. 90). Nas auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária e patrimonial, verifica-se a aderência a normas pertinentes à contabilidade, ao direito financeiro, ao planejamento e à execução do orçamento. É um instrumento de controle de menor alcance crítico reflexivo, porque a fiscalização está rigidamente parametrizada pelas normas (FERNANDES, 2005, p. 312).

Compara-se o ato administrativo às regras abstratas em que se embasou. Cuida-se, essencialmente, de verificações de conformidade e legalidade com respeito aos lançamentos e escrituração contábil, execução orçamentária, gestão financeira e guarda e administração patrimonial, inclusive os aspectos relacionados a licitações e contratos administrativos, planejamento e execução de obras públicas, arrecadação de receitas e execução das despesas, entre outros (LIMA, 2008, p. 30).

O legislador pátrio, talvez em reação à nossa cultura patrimonialista,<sup>2</sup> foi pródigo em estabelecer regras que devem ser cumpridas nessa seara, a começar

---

1. "Artigo 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II."

2. No patrimonialismo, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem *status* de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada da *res principis*. Em consonância, a corrupção e o nepotismo são considerados inerentes a esse tipo de administração (Chiavenato, 2008, p. 106).

pelas normas constitucionais. Na Carta Magna há um capítulo inteiro destinado às finanças públicas,<sup>3</sup> com uma seção exclusiva para as normas orçamentárias.<sup>4</sup> São leis em sentido formal o Plano Plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais (GUERRA, 2007, p. 49).

As atividades financeiras e orçamentárias também encontram balizas na Lei nº 4.320/64 e, mais recentemente, na Lei Complementar nº 101/00, que estatuem, respectivamente, normas gerais de direito financeiro e regras voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

A fiscalização patrimonial encontra, de igual modo, referência direta na CF/88, que, em seu Artigo 37, inciso XXI, dita que a contratação de obras, serviços, compras e alienações só pode ser feita mediante processo de licitação pública. O manejo de aquisições e alienações encontra referência detalhada na Lei nº 8.666/93.

Todas essas normas são bastante discutidas tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que se tornaram ricas fontes de consulta para o administrador público.

Os atos administrativos de natureza contábil, financeira, orçamentária e patrimonial possuem, assim, vasto arcabouço legal a embasá-los. Há referências que podem ser seguidas. Os órgãos de controle podem fazer uma comparação entre a ação efetivamente empreendida e o seu referencial, de modo a demonstrar ao administrador, de forma clara, a desconformidade existente.

Resta configurado que essas são auditorias de conformidade que fazem um cotejo entre o ato administrativo e sua previsão legal. Em outras palavras, são auditorias que analisam, basicamente, a legalidade dos atos administrativos. Há evidências, portanto, de que possuem uma natureza predominantemente objetiva.

### 3 NATUREZA DO CONTROLE OPERACIONAL

As auditorias operacionais analisam o desempenho de atividades, projetos e programas de governo, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública (BRASIL, 2010a, p.11). Por isso, também são chamadas de auditorias de desempenho.

O desempenho é examinado em suas várias dimensões – economicidade, eficiência, eficácia e efetividade.

A economicidade refere-se à capacidade de uma instituição usar melhor seus recursos financeiros, reduzindo os custos ao executar determinada atividade (JUNG, 2008, p. 681).

---

3. Capítulo II (Das Finanças Públicas) do Título VI (Da Tributação e do Orçamento) da CF/88.

4. Seção II (Dos Orçamentos).

Por sua vez, a dimensão *eficiência* pode ser definida como a relação entre os recursos utilizados e os resultados obtidos, em um determinado período de tempo, mantidos os padrões de qualidade (BRASIL, 2010a, p. 12). De certa forma, a economicidade está embutida no conceito de eficiência, o qual, no entanto, é mais abrangente, considerando em sua análise todos os recursos (bens e serviços) utilizados, e não apenas os recursos financeiros.

A eficácia é o grau de alcance das metas fixadas para um determinado objeto em relação ao previsto (JUNG, 2008, p. 682), independentemente dos custos implicados (BRASIL, 2010a, p. 12).

Por fim, a efetividade avalia se determinada ação atingiu os resultados esperados (objetivos finalísticos) e se estes resultados podem ser razoavelmente atribuídos às ações desenvolvidas e não a outros fatores (*op. cit.*, p. 12).

Ao estabelecer a competência do TCU para efetivar o controle mediante auditoria operacional, o constituinte resguardou com este poderoso instrumento, de forma inédita na vida jurídica nacional, a possibilidade de concretização dos princípios da eficiência e da eficácia (FERNANDES, 2004, p. 314).

Destaque-se, no entanto, que avaliar a eficiência de determinado órgão ou de determinada política pública é tarefa extremamente árdua, dadas as muitas variáveis que devem ser analisadas.

Sobre esse aspecto pronunciou-se o ilustre administrativista Celso Antônio Bandeira de Melo, no seu clássico *Curso de Direito Administrativo* (BANDEIRA DE MELO, 2004, p. 112):

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do direito que mais parece um simples adorno agregado ao Artigo 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto.

A complexidade que envolve o tema é compreensível: de um lado, há que se respeitar as diretrizes e prioridades dos administradores públicos, bem como os recursos financeiros disponíveis, e, de outro, não se pode admitir que o princípio constitucional deixe de ser respeitado (CARVALHO FILHO, 2009, p. 29).

Diferentemente dos tipos de fiscalização expostos no item anterior, em uma fiscalização operacional, que avalia a eficiência das ações governamentais, não há referência legal que possa ser tomada como parâmetro. É sobre isso que Bandeira de Melo comenta quando se refere à fluidez do princípio da eficiência.

Nesse contexto, como poderia haver controle do TCU sobre os programas de governo?

Sem ter como comparar, de modo objetivo, a ação empreendida com o parâmetro jurídico a ser seguido, o controle operacional adquire uma natureza totalmente diferente. Ao invés de se verificar simplesmente a conformidade entre os procedimentos e as normas (prestação de contas *stricto sensu*), busca-se fornecer *feedback* verdadeiro e útil sobre o desempenho de políticas e programas.

Note-se que, neste ponto, a fiscalização deixa de ter um caráter eminentemente punitivo, de apontar erros e impor sanções (JUNG, 2008, p. 696), e passa a ter uma natureza mais pedagógica. Procura-se auxiliar o gestor, aconselhar, indicar caminhos. Pode-se supor, então, que a auditoria operacional tem natureza distinta dos demais tipos de auditoria. Este fato é reconhecido pelo próprio TCU:

Pela sua natureza, as auditorias operacionais estão mais sujeitas a julgamentos e interpretações e seus relatórios, conseqüentemente, são mais analíticos e argumentativos. Enquanto nas auditorias de regularidade o exame da materialidade está diretamente relacionado ao montante de recursos envolvidos, nas auditorias operacionais essa é uma questão mais subjetiva e pode basear-se em considerações sobre a natureza ou o contexto do objeto auditado (BRASIL, 2010a, p. 14).

Dadas as características expostas, conclui-se que as auditorias operacionais possuem natureza predominantemente subjetiva.

#### **4 DISTINÇÃO ENTRE OS TIPOS DE AUDITORIA E SUA REPERCUSSÃO PARA A ADMINISTRAÇÃO E PARA OS GESTORES PÚBLICOS**

Resta claro que as auditorias de conformidade fazem um cotejo entre o ato administrativo e sua previsão legal, possuindo natureza predominantemente objetiva. Dessa forma, suas conclusões dão ao TCU elementos para julgar, fazer determinações aos gestores e, inclusive, aplicar-lhes sanções em caso de infringência ao ordenamento jurídico.

Ao constatar ilegalidade ou irregularidade em ato de gestão de qualquer órgão ou entidade pública, o TCU fixa prazo para cumprimento da lei. No caso de ato administrativo, quando não atendido, o tribunal determina a sustação do ato impugnado.

As auditorias de conformidade (auditoria contábil, financeira, orçamentária ou patrimonial), por sua natureza objetiva, podem desencadear *determinações* do TCU à administração. Este tipo de deliberação tem que ser necessariamente seguida, sob pena de sanção.

Note-se, pois, que, nesses casos, não apenas a administração, mas também os gestores públicos, de forma pessoal, podem acabar sendo responsabilizados. Segundo Fernandes, “os agentes políticos, espécie de agentes públicos, têm atuação diferenciada e só respondem por dolo (má-fé) normalmente apurado nos

chamados crimes de responsabilidade e em ações peculiares, como de improbidade e civil pública” (FERNANDES, 2004, p. 438). Para os ocupantes de cargo efetivo, “não se exige a irregularidade de conta nem a existência de nota de improbidade. É suficiente comportamento grave e danoso ao erário” (*op. cit.*, p. 442).

No que concerne às fiscalizações de natureza operacional, estas têm como objetivo definir padrões de desempenho e avaliar os resultados da gestão à luz de parâmetros de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade. Como as decisões do administrador, respeitadas as normas legais, situam-se no campo da discricionariedade, as conclusões atingidas por esta modalidade de fiscalização dão origem a *recomendações*, que são encaminhadas ao órgão ou entidade fiscalizada.

As auditorias de desempenho, dado seu caráter subjetivo, não podem ter como consequência o estabelecimento de punições à administração nem aos seus gestores. O órgão fiscalizado é livre para escolher se acata ou não, e em que medida, as sugestões feitas pelo tribunal.

As diferenças entre os tipos de auditoria podem ser resumidas no quadro 1.

#### QUADRO 1

##### **Comparação entre as auditorias contábil, financeira, orçamentária e patrimonial e a auditoria operacional**

	Auditorias contábil, financeira, orçamentária e patrimonial	Auditoria operacional
Tipo de auditoria	Auditoria de conformidade	Auditoria de desempenho
Objeto da fiscalização	Atos administrativos	Atividades, projetos e programas de governo
Dimensão analisada	Legalidade	Economicidade, eficiência, eficácia e efetividade
Parâmetro considerado	Normas jurídicas	Definidos pela equipe de auditoria
Deliberação do TCU	Determinação	Recomendação
Sanções à administração	Suspender ato, solicitar sustação de contrato ao Congresso etc.	Não há
Sanções ao gestor público	Multa, inabilitação para cargo em comissão, afastamento temporário, indisponibilidade de bens etc.	Não há

Fonte: Adaptado de Jung (2008), Fernandes (2004) e Lima (2008).

Elaboração do autor.

## **5 AUDITORIA OPERACIONAL DO TCU E EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Embora o TCU não possa exigir o cumprimento de recomendações feitas no âmbito de auditorias operacionais, pode-se intuir que contribui para o aumento da efetividade das políticas públicas.

Há uma nítida preocupação da corte em oferecer ao administrador um diagnóstico preciso e soluções que possam ser implementadas, de modo a que o trabalho tenha um efetivo resultado social.

O ciclo de atividades de auditoria de natureza operacional se desenvolve nas seguintes etapas: seleção, planejamento, execução, análise, elaboração de relatório, comentário do gestor, apreciação pela corte, divulgação e monitoramento. Observe-se o gráfico 1.



Fonte: Adaptado de National Audit Office – NAO (1996).

Já na seleção, primeiro estágio do ciclo, nota-se essa preocupação. A capacidade de melhorar a gestão pública é o principal critério para escolha do objeto de auditoria. É o que se depreende do seguinte trecho do *Manual de Auditoria Operacional do TCU*:

Realizadas as escolhas estratégicas, definem-se os critérios que serão usados para selecionar objetos específicos de auditoria. O mais importante desses critérios é a capacidade de agregar valor, em razão das possíveis melhorias da gestão pública decorrentes da auditoria. Outros critérios são a materialidade, a relevância e a vulnerabilidade desses objetos (BRASIL, 2010a, p. 15).

É de se imaginar que a simples existência de uma auditoria operacional já enseje novas atitudes por parte dos administradores. Ao saberem que serão questionados sobre programas e projetos, deduz-se que buscarão informações mais precisas sobre o seu andamento e passarão a lhes dar maior atenção. Nesse processo, e durante as discussões com os auditores, é inevitável a reflexão sobre aquele determinado tema.

O comportamento do gestor, aliás, é fundamental para que uma auditoria operacional alcance seu objetivo final: o aperfeiçoamento da gestão pública. Se sua postura for reativa, e ele, por receio, tentar dificultar o trabalho da equipe de auditoria, acabará por afetar negativamente a qualidade e a precisão das sugestões que serão realizadas.

Diferentemente, se estiver disposto a colaborar, facilitará a identificação das áreas relevantes a serem examinadas. O envolvimento do gestor favorece a apropriação dos resultados e a efetiva implantação das recomendações propostas (BRASIL, 2010a, p. 14).

O envolvimento do gestor é visto de forma tão importante dentro do ciclo de atividades descrito que há uma etapa específica para seus comentários. Após a elaboração do relatório preliminar, e antes do encaminhamento para a corte, os gestores têm a oportunidade de apresentar comentários às conclusões da auditoria. Este encaminhamento aos gestores só deixa de ser feito quando puder colocar em risco os objetivos da auditoria (*op. cit.*, p. 50).

As conclusões da auditoria destacam, de forma equilibrada, as principais oportunidades de melhoria de desempenho e os possíveis benefícios esperados, quantificando-os.

Após a elaboração do relatório final, o tribunal envia suas recomendações diretamente aos órgãos competentes. O gestor tem a responsabilidade de formalizar as propostas de medidas que serão tomadas para atender às deliberações. Isto é feito por intermédio da apresentação de um *plano de ação*, instrumento que norteia o processo de monitoramento e tende a aumentar sua efetividade.

Decorrido certo período de tempo, geralmente um ano, há o monitoramento das deliberações do TCU, mediante o acompanhamento do *plano de ação* apresentado pelo gestor. A efetividade da auditoria depende, em grande medida, da expectativa de controle criada pela realização sistemática de monitoramentos (*op. cit.*, p. 53).

Recentemente, na palestra *Cinco Mitos da Auditoria Operacional*, realizada em Brasília, o secretário de Fiscalização e Programas de Governo do TCU expôs que um dos mitos da auditoria de desempenho é que “monitorar não adianta nada”. Naquela ocasião, revelou que, dos 29 monitoramentos feitos entre 2004 e 2009, o grau de implementação das deliberações feitas pela corte foi significativo. Observe-se o quadro 2.

## QUADRO 2

**Grau de implementação das deliberações do TCU em auditorias operacionais entre 2004 e 2009**

Implementadas	Em implementação	Parcialmente implementadas	Não implementadas
59%	16%	11%	14%

Fonte: Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo do Tribunal de Contas da União (SEPROG/TCU).

A dinâmica do ciclo de atividades de uma auditoria operacional e os números expostos levam à conclusão de que as auditorias de desempenho, mesmo sem caráter coercitivo, podem contribuir de maneira importante para o aumento da efetividade das políticas públicas.

**6 AUDITORIA OPERACIONAL REALIZADA NOS HOSPITAIS UNIVERSITÁRIOS**

Em 2009, o TCU realizou uma auditoria operacional nos hospitais universitários federais (HUs) vinculados ao Ministério da Educação (MEC). Os resultados desta auditoria foram expostos e julgados pelo plenário daquele tribunal por meio do Acórdão nº 2.813, publicado em 27/11/09.

O objetivo da auditoria era examinar aquelas instituições, no plano nacional, realizando levantamento destinado a produzir um amplo diagnóstico dos HUs vinculados ao MEC e oferecer propostas concretas aos poderes Legislativo e Executivo, com o cruzamento de informações dos sistemas de Educação e de Saúde pública.

A equipe de auditoria produziu extenso e profundo relatório sobre os HUs. Foram selecionados para avaliação nove hospitais gerais, distribuídos por oito estados. Foram também visitados, com a finalidade de obter informações ou conhecer padrões superiores de desempenho, setores do MEC, do Ministério da Saúde (MS) e do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) (TCU – Acórdão nº 2.813/2009 – Voto do Ministro Relator – itens 5 e 6).

A avaliação deu prioridade às áreas consideradas mais relevantes: financiamento, pessoal, equipamentos e insumos, sistemas de informação e ações estratégicas (TCU – Acórdão nº 2.813/2009 – Plenário – item 1.1). Cada uma destas áreas foi alvo de sugestões detalhadas e específicas.

Para demonstrar como uma auditoria operacional do TCU tem relação direta com decisões tomadas pelo Poder Executivo, decidiu-se fazer um cotejo entre as deliberações feitas no Acórdão nº 2.813/2009 e as ações empreendidas pelo governo.

Como subsídio para essa comparação, foi utilizada a Nota Técnica n. 9/AECI-MP, de 21 de setembro de 2010, da Assessoria Especial de Controle Interno do MPOG, um dos documentos que formalizam a resposta do governo federal ao TCU (PONTES, 2010).



O item 9.2.1 do Acórdão nº 2.813/2009 do TCU traz:

9.2.1 Determinar ao Ministério da Educação elaboração, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, em conjunto com os Ministérios da Saúde, do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Ciência e Tecnologia, e remessa à Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União no Estado do Rio Grande do Sul – Secex/RS, para fins de monitoramento a iniciar-se no prazo de um ano a contar deste acórdão, de *plano de ação* para cumprimento das determinações e recomendações feitas neste acórdão, com indicação de medidas, prazos e responsáveis (grifo do autor).

Já em 27/01/10, apenas dois meses após a publicação do Acórdão, o presidente da República editou o Decreto nº 7.082/10, instituindo o Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais (REHUF), que “dispõe sobre o financiamento compartilhado dos hospitais universitários federais entre as áreas da educação e da saúde e disciplina o regime da pactuação global com esses hospitais.”

A nota técnica mencionada afirma que o REHUF foi elaborado como resposta ao plano de ação requerido e que, apesar de o MEC ser protagonista do processo de formulação do plano, o MPOG participou intensamente da elaboração do decreto.

O item 9.1 do acórdão em análise está a seguir reproduzido: “9.1.1 Inclusão, em projeto de lei de revisão anual do Plano Plurianual 2008/2011, de dispositivo que contemple criação de programas orçamentários próprios para os hospitais universitários”.

Em relação a esse item, explicou-se que desde o orçamento de 2009 os hospitais já se constituem em unidades orçamentárias próprias, o que significa que sua execução e seu acompanhamento passaram a ser feitos por intermédio do Sistema de Administração Financeira (Siafi).

Veja-se, agora, o item subsequente daquele mesmo acórdão:

9.1.2 Criação e instalação, por meio de *ato normativo* que garanta continuidade administrativa, de estrutura de coordenação de iniciativas referentes aos hospitais universitários, preferencialmente de *natureza interministerial*, com competência regulamentar para: conduzir política de reestruturação daqueles hospitais; elaborar, fazer cumprir e acompanhar plano ou programa de reorganização daquelas entidades; estabelecer cronograma, responsáveis e metas de cada etapa e responsabilidades dos Ministérios da Educação, da Saúde, da Ciência e Tecnologia e do Planejamento, Orçamento e Gestão na busca de soluções integradas; criar mecanismos de articulação entre aqueles hospitais, de divulgação de boas práticas, de padronização de rotinas, de capacitação de gestores e de incentivos à melhoria de eficiência (grifos do autor).

Sobre esse ponto, a nota técnica evidenciou que, no âmbito interministerial, foi criado o Comitê Gestor do REHUF, formado por representantes dos ministérios da Educação, da Saúde e do Planejamento, da Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições de Ensino Superior (Andifes) e dos conselhos estaduais e municipais de secretários de Saúde. O comitê foi criado por ato normativo, isto é, pela Portaria Interministerial nº 883, de 05 de julho de 2010, com a finalidade de desenvolver estratégias para a implementação do REHUF.

O último subitem do item 9.1 é o seguinte:

9.1.3 Realização de estudos para elaboração de anteprojeto de lei relativo à criação do contrato de desempenho institucional e avaliação da possibilidade de aplicação do aludido instrumento aos hospitais universitários.

O Ministério do Planejamento expôs, por meio da multicitada nota técnica, que apesar de o contrato de desempenho exigir aprovação legislativa, o Artigo 7º do Decreto do REHUF, dentro do poder regulamentar do presidente da República, estabeleceu diretrizes para um novo padrão de gestão e administração dos hospitais universitários:

Artigo 7º A relação dos hospitais universitários federais com o Ministério da Educação, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o Ministério da Saúde e demais gestores do SUS [Sistema Único de Saúde] será formalizada por meio do regime de pactuação global.

§ 1º Entende-se, para os fins do *caput*, pactuação global como o meio pelo qual as partes pactuam metas anuais de assistência, gestão, ensino, pesquisa e extensão.

§ 2º Os recursos de investimento destinados pelas áreas da saúde e da educação para os hospitais universitários federais serão aplicados sob acompanhamento direto dos Ministérios da Educação e da Saúde.

Por fim, serão analisadas as providências tomadas em relação ao item 9.6.5:

9.6.5 Após fixação e implementação dos parâmetros ideais de lotação dos hospitais universitários, criação da figura do técnico-equivalente, à semelhança do professor-equivalente previsto na Portaria Interministerial nº 22/2007, com delegação de competência ao diretor-geral do hospital para desencadear concurso público sempre que for necessário preencher cargo vago, com base no parágrafo 2º do Artigo 10 do Decreto nº 6.944/2009.

A resposta elaborada pelo Ministério do Planejamento esclareceu ao TCU que a figura do técnico-equivalente carece de embasamento técnico, uma vez que o fundamento da equivalência é a carga horária. O professor equivalente foi instituído com base em três situações: 20 horas, 40 horas e 40 horas com dedicação exclusiva. A carga horária dos técnicos é única (40 horas) e seu plano de cargos prevê mais de 200 cargos distintos, o que inviabilizaria a implantação da sugestão.

No entanto, para sanar o problema, tomou-se uma medida de conteúdo prático imediato. Foi editado outro decreto presidencial que tem grande repercussão para os hospitais universitários. Trata-se do Decreto nº 7.232, de 19 de julho de 2010, que concedeu autonomia às universidades para realizarem concurso para cargos de técnico-administrativo em educação, independentemente de prévia autorização dos ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Educação.

Esta medida garante reposição mais rápida dos cargos vagos. Como os HUs atualmente se utilizam dos cargos das universidades, acabam sendo beneficiados. A medida também atende, em certo sentido, a orientação do tribunal sobre concessão de maior autonomia aos hospitais: “Também foi adotada a premissa de que a solução para a melhoria do sistema não pode prescindir da garantia de *maior autonomia aos HUs*, o que é referido em grande parte da doutrina e está contemplado na política pública em andamento” (Acórdão nº 2.813/2009 – Plenário – item 1.6, grifo do autor).

Embora não tenha sido dirigida especificamente aos hospitais universitários, a autonomia das universidades para contratar, independentemente de autorização dos ministérios da Saúde e do Planejamento, pode ser vista como uma forma indireta de conceder maior autonomia para os HUs.

Note-se, pois, que, aparentemente, as recomendações da auditoria operacional realizada nos hospitais universitários estão sendo levadas em conta pelo governo federal, que já editou vários atos normativos após a publicação do Acórdão nº 2.813/2009.

## 7 CONCLUSÃO

A auditoria operacional talvez seja a atividade do TCU que pode gerar mais frutos para a sociedade. Ao se avaliar o resultado prático de políticas públicas, deixa-se evidente quais ações e programas governamentais não estão atendendo a sua finalidade, o bem-estar social. A partir daí podem ser tomadas medidas para corrigir o rumo de uma ação específica ou, até mesmo, de toda uma política de governo.

Deixe-se claro, no entanto, que a autonomia do gestor público continua preservada e deve ser respeitada.

É comum que o agente de controle seja tentado a substituir-se ao administrador, confundindo o desempenho de suas funções. São grandes as chances de encontrar solução melhor que aquela que foi aplicada, até porque tem a vantagem de chegar após o fato, aferindo as causas e consequências da decisão (FERNANDES, 2005, p. 45).

É fundamental que seja observado o princípio da segregação de funções: quem controla não executa, quem executa não controla. Quando um órgão de controle passa a desenvolver tarefas executivas, estas deixam de ser controladas

(FERNANDES, 2005, p. 39). Por isso, o agente de controle deve manter coerência com sua função, sendo-lhe vedado pretender substituir-se ao órgão fiscalizado.

Foi visto que a natureza do controle varia em função da natureza da auditoria. As auditorias de conformidade comparam o ato administrativo com sua previsão legal. Sua objetividade permite um controle de natureza coercitiva. Nestes casos, o TCU tem legitimidade e competência para aplicar sanções à administração e aos seus gestores.

Nas auditorias operacionais, dado seu caráter subjetivo, isso não é possível. O órgão de controle não pode impor sanções em razão de uma determinada política pública não estar atendendo aos seus fins. No entanto, mesmo sem poder coercitivo, pode fazer sugestões, requerer um *plano de ação* e monitorar o cumprimento de suas deliberações. Como visto, estes são instrumentos suficientes para que providências sejam tomadas.

Considera-se que o respeito a esses limites é fundamental para a manutenção da harmonia entre os poderes e para o adequado atendimento dos princípios da legalidade e da eficiência.

## REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELO, C. A. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010a.
- \_\_\_\_\_. **Acórdão nº 2.813**, publicado em 27 de novembro de 2009. Brasília: TCU, Plenário, 2010b.
- CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CHIAVENATO, I. **Administração geral e pública**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- FERNANDES, J. U. J. **Tribunais de Contas do Brasil – jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- FREITAS, C. A. S. Cinco mitos da auditoria operacional. *In*: SUSTENTABILIDADE DA AUDITORIA OPERACIONAL. **Anais**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2010.
- GUERRA, E. M. **Os controles externo e interno da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUNG, S. **Administração, orçamento e contabilidade pública**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LIMA, L. H. **Controle externo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NATIONAL AUDIT OFFICE (NAO). **Collecting, analysing and presenting data**. London: NAO, 1996.

PONTES, L. H. Q. **Nota Técnica n. 9/AECI-MP**, de 21 de setembro de 2010. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2010. (Nota Técnica)



# **PARTE III**

## **DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS À GESTÃO PÚBLICA NO BRASIL**





## **ATIVISMO, DELEGAÇÃO OU ESTRATÉGIA? A RELAÇÃO INTERPODERES E A JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL**

Bernardo Abreu de Medeiros\*

### **1 INTRODUÇÃO**

Como analisar o arranjo institucional entre Executivo, Legislativo e Judiciário no Brasil contemporâneo? Grande parte dos estudos sobre o tema tem destacado certa preponderância assumida pelo Poder Judiciário sob o desenho implementado pela Constituição Federal de 1988, sobretudo no tocante às garantias de direitos fundamentais e implementação de políticas públicas. Este novo comportamento do Judiciário tem sido explicado especialmente pelos conceitos de “ativismo judicial” e “judicialização da política”.

O objetivo deste capítulo é mapear de maneira sucinta os principais argumentos do debate e apontar possíveis caminhos para a realização de novos estudos e aprofundamento da questão. Para isso, ele está dividido em mais três seções. Na próxima seção, serão discutidas as definições e distinções dos termos centrais do debate. A terceira seção buscará compilar os riscos e críticas a este movimento, bem como indicar pontos relevantes pouco explorados. Finalmente, a quarta seção pretende ser uma síntese conclusiva.

### **2 ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL**

Tornou-se recorrente no trato do tema em questão considerar os termos “ativismo judicial” e “judicialização da política” como sinônimos, mas os conceitos não se confundem. Estudo pioneiro no tema da judicialização da política foi feito por Tate e Vallinder (1997), que analisaram a expansão global do poder judicial, isto é, a infusão de um processo decisório judicial e de procedimentos típicos das cortes em uma arena política na qual não foram previamente inseridos. Deste modo

---

\* Técnico de Planejamento e Pesquisa da Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (Diest) do Ipea.



a judicialização seria marcada por dois processos distintos e não necessariamente vinculados, conforme descrito por Tate e Vallinder:

Assim, a judicialização da política pode significar normalmente: 1) ou a expansão da jurisdição das cortes ou dos juízes ao âmbito dos políticos e/ou administradores, que é a transferência dos direitos de tomada de decisão advindos da legislatura, dos ministérios, ou do serviço civil das cortes; ou, ao menos, 2) a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão para além da jurisdição apropriada (TATE e VALLINDER, 1997, p. 13. Tradução livre).

No debate brasileiro, foram precursores do tema Marcus Faro de Castro (CASTRO, 1997) e Luís Werneck Vianna (VIANNA, CARVALHO e MELLO, 1999), que apontaram, entre outros aspectos, a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, o resgate do tema sobre a legitimação dos direitos humanos, o exemplo institucional da Suprema Corte norte-americana e a tradição europeia (kelseniana) de controle concentrado de constitucionalidade das leis como fatores importantes para a explicação do fenômeno da judicialização.

Observando-se a experiência concreta brasileira, pode-se concluir que aqui a judicialização da política decorre de dois fatores preponderantes (BARROSO, 2010): o modelo de constituição analítica e o sistema de controle de constitucionalidade adotado. A Constituição de 1988 é extremamente abrangente, e colocou como seu guardião final o Poder Judiciário, que pode ser acionado tanto pelo modo difuso, segundo o qual a qualquer juiz ou tribunal é permitido se manifestar sobre a constitucionalidade de um caso concreto, quanto por meio de ações específicas perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Tal desenho institucional faz com que o Judiciário acabe tendo a última palavra em muitos casos referentes a direitos fundamentais e políticas públicas. No entanto, é a maneira como tal competência é exercida que vai caracterizar ou não a ocorrência de ativismo.

A prática jurídica mostra que magistrados ativistas podem tanto adotar um posicionamento progressista quanto uma decisão conservadora, como se verá adiante. Ao mesmo tempo, não é possível afirmar, de antemão, que uma atitude ativista seja sempre a atitude correta ou incorreta diante de todos os casos jurídicos possíveis, especialmente em casos difíceis (MARSHALL, 2002; SMITH, 2002-2003).

Neste sentido, em uma primeira acepção, o ativismo judicial será medido pela frequência com que determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo (SUNSTEIN, 2005, p. 41-44), atuando como um legislador negativo. Além disso, também será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes com suas

decisões, como no tocante à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático.

O termo passou a ser empregado com frequência para caracterizar o período da Suprema Corte americana sob a presidência de Earl Warren (1954-1969) por aqueles que, em sentido pejorativo, procuravam criticar a jurisprudência progressista da corte no período. Anos depois, durante a presidência de William Rehnquist (1986-2005), o termo serviu exatamente ao oposto: criticar a atuação conservadora que a corte passou a adotar.

Frank Cross e Stefanie Lindquist, em estudo empírico sobre o tema (2007), constatam que tamanha é a diversidade de usos do termo que muitas vezes ele pode ser resumido em um “lamento amorfo sobre decisões impopulares da Corte”, mas seu núcleo estaria em “ir além” do seu papel judicial típico. Kimec (2004) conclui não ser o termo um “bloco monolítico”, visto que pode representar uma série de ideias sobre a atuação do judiciário, muitas vezes contraditórias, mas que são um bom ponto de partida para análises mais aprofundadas.

No caso brasileiro, embora se vislumbre uma série de decisões de algum caráter ativista, não se consegue constatar um padrão de atuação conservadora ou progressista. Há, especialmente no STF, em diversas ocasiões, um ativismo de caráter jurisdicional, isto é, um procedimento, construído a partir das mais relevantes decisões, objetivando, precipuamente, não a concretização de direitos, mas o alargamento de sua competência institucional (VIEIRA *et al.*, 2009).

Na compreensão do fenômeno do ativismo, deve ser considerado o interesse dos ministros na legitimação do próprio tribunal para a resolução – ativista e criativa – de problemas e questões controvertidas no futuro. Tal procedimento pode ser vislumbrado, de modo claro, no voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1351, de 2006, que julgava a questão da cláusula de barreira:

(...) é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.<sup>1</sup>

A concepção do papel da corte foi reiteradamente debatida em outros julgamentos, especialmente no da ADI nº 3510, de 2008, que discutia a constituionali-

---

1. Os votos dos ministros do STF nos julgamentos referidos neste capítulo podem ser encontrados em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

dade da manipulação de células-tronco embrionárias, mas que teve como discussão central de fundo os limites de atuação do STF. Na ocasião, Mendes comparou, em seu voto, o STF ao parlamento, considerando o tribunal como a “casa do povo”:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas.

Outros ministros da corte compartilham com Mendes esta visão do STF como semelhante ao parlamento. Celso de Mello afirma, no mesmo julgamento, ser o tribunal titular até mesmo do poder constituinte. Interessante notar que, corroborando a ideia segundo a qual nem sempre o ativismo se baseia “na mais progressiva linha”, Mello sustenta seu ponto no pensamento de Francisco Campos, um dos principais expoentes do pensamento autoritário do século passado:

Daí a precisa observação de Francisco Campos (Direito Constitucional, vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo magistério enfatiza, corretamente, que, no poder de interpretar os textos normativos, inclui-se a prerrogativa judicial de reformulá-los, em face de novas e cambiantes realidades sequer existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas. Importante rememorar, neste ponto, a lição desse eminente publicista, para quem “O poder de interpretar a constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A constituição está em formulação permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos tribunais incumbidos da guarda da constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte”.

Grande parte dos trabalhos nacionais sobre o tema do ativismo parte da constatação dos fenômenos indicados para analisá-los a partir da teoria da separação de poderes, tomando por base a obra de Montesquieu, para concluir que tal separação não se dá de maneira estanque. É, portanto, possível, e em alguns casos até desejável, uma postura ativista por parte do Judiciário. O dilema estaria em como evitar os excessos desta possível virtude da atuação judicial.

A seguinte seção não buscará negar esse diagnóstico dominante, mas sintetizar os riscos e críticas a este movimento e identificar os pontos nos quais se pode aprofundar e avançar no debate. Para tanto, a exposição estará centrada em dois blocos de argumentos: a legitimidade democrática e os limites da capacidade institucional

### **3 RISCOS, CRÍTICAS E PERSPECTIVAS DE AVANÇO**

#### **3.1 Legitimidade democrática**

A simples atuação do Poder Judiciário no exercício do controle da constitucionalidade já suscitava os riscos de um poder não eleito invalidar um ato de um poder

eleito, seja ele o Legislativo ou o Executivo, constituindo-se assim em um poder contramajoritário (BICKEL, 1986). Portanto, a legitimidade democrática da atuação do Judiciário é posta em questionamento. Quando esta atividade parece invadir a esfera de atuação dos demais poderes, a crítica se torna ainda mais forte.

Este ponto é definido por Ran Hirschl como o risco de uma “juristocracia”, ou seja, a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário (HIRSCHL, 2004, p.1). Segundo Hirschl, este fenômeno é acompanhado e alimentado por uma mudança na ideologia jurídica, que consiste em uma crítica realizada pelas principais elites políticas, jurídicas e econômicas à premissa majoritária absoluta que compõe uma das dimensões da democracia. Haveria, dessa forma, uma convergência entre distintos interesses políticos, econômicos e jurídicos na defesa da “democracia constitucional”, por um lado, e no ataque à “democracia ou premissa majoritária”, por outro. Hirschl parte de uma metodologia de análise que procura afastar o tema em questão dos debates normativos usuais neste campo de investigação, procurando estudar empiricamente as origens e consequências das “revoluções constitucionais”, isto é, da consolidação histórica do novo constitucionalismo em diferentes sociedades (SILVA, 2008). A hipótese explicativa desenvolvida pelo autor consiste na tese da preservação hegemônica. Segundo Hirschl (2004, p. 49. Tradução livre):

O poder judicial não cai do céu; ele é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis.

Neste quadro, algumas distinções devem ser feitas. Primeiramente, nem sempre uma decisão judicial de caráter ativista vem acompanhada da invasão ou invalidação forçada de algum ato de um poder democraticamente eleito. Por conseguinte, apesar de ativista, a decisão pode não gerar nenhum tipo de atrito entre os poderes constituídos. É o que ocorre quando a atuação do Poder Judiciário se dá em vácuo criado por reiterada omissão dos demais poderes ou ainda quando há uma delegação estratégica da tomada de decisão para o Poder Judiciário. No primeiro caso, há uma reiterada omissão de algum dos poderes eleitos que, mesmo diante da necessidade de praticar determinado ato e sendo incitado pelo próprio Judiciário a fazê-lo, permanece inerte, até que algum tribunal supra a lacuna existente. Foi o ocorrido, por exemplo, com lei que regulamentaria o direito de greve para servidores públicos, prevista na Constituição Federal de 1988, mas que permaneceu quase vinte anos como uma lacuna normativa por omissão do Poder Legislativo, até que no ano de 2007 decidiu o STF aplicar aos servidores a lei já existente que regula o direito de greve na iniciativa privada.

No segundo caso há uma delegação estratégica de determinadas escolhas polêmicas que poderiam gerar desgastes eleitorais, para um poder que, exatamente por não ser eleito, não enfrenta a confrontação periódica das urnas. Assim, questões como aborto e união de pessoas do mesmo sexo estão hoje na pauta do Judiciário por uma quase impossibilidade política de serem tratadas nos Executivo ou Legislativo.

Não obstante, diversas foram as ocasiões em que houve invasão do Judiciário gerando atritos com os demais poderes constituídos. Em todas as instâncias, encontram-se decisões interferindo nas políticas públicas em curso traçadas pelo Executivo e Legislativo em nome da efetivação de direitos fundamentais, que vão desde a inclusão de determinado tratamento no rol dos custeados pelo Estado até a determinação da construção de creche em certa localidade. Especificamente no STF, chama atenção o uso de um instrumento criado para uniformização de jurisprudência, as súmulas vinculantes, que acabaram, contudo, sendo utilizadas como veículo para o tribunal legislar. Isto aconteceu no estabelecimento de critérios para utilização de algemas por parte da polícia ou para caracterização de nepotismo no serviço público.<sup>2</sup>

Há ainda dois pontos relevantes neste tópico. O primeiro, sobre a origem não democrática dos membros do Poder Judiciário. Muito se debate sobre o fato de os juízes não serem selecionados por meio de eleições. Mas pouco se debate acerca da forma como eles de fato são selecionados. Até que ponto um concurso público de cunho eminentemente memorizativo e acrítico é capaz de selecionar julgadores? Qual o perfil dos selecionados e as consequências deste perfil para as decisões produzidas? Esta é uma pauta que ainda merece mais estudos.<sup>3</sup>

Um último aspecto a ser abordado é a recorrente afirmação dos tribunais de que seu déficit de legitimidade democrática poderia ser compensado pela legitimidade discursiva de suas decisões. Em síntese, a partir do trabalho argumentativo de fundamentação dos julgados, combinado com alguns instrumentos de participação popular (*amicus curiae* e audiências públicas), ocorreria uma abertura do processo à participação democrática.<sup>4</sup> No entanto, limitações institucionais dos tribunais e também destes instrumentos de participação acabam pondo em dúvida suas reais potencialidades, o que se abordará na seção seguinte.

### 3.2 Limites da capacidade institucional

O segundo bloco de crítica foca para além da origem não democrática de seus membros. Questiona-se a capacidade de atuação de juízes e tribunais e

---

2. São, respectivamente, as Súmulas Vinculantes nº 11 e 13, esta última objeto de discussão do sétimo capítulo deste livro.

3. Dentro da escassa produção sobre o tema, merece destaque o estudo de Roesler (2007).

4. Neste sentido, conferir Alexy (2007).

as consequências das limitações existentes. A primeira questão que se coloca é se pessoas com uma formação eminentemente jurídica estariam aptas para decidir sobre temas que abrangem desde a manipulação de células-tronco embrionárias às cotas raciais em universidades públicas.

Duas medidas têm sido adotadas nos últimos anos para atenuar esse problema na esfera do Supremo Tribunal Federal: as audiências públicas e os amigos da corte. A convocação de audiências públicas com especialistas nos temas envolvidos busca trazer ao debate os elementos técnicos necessários à tomada de decisão. Prevista no ordenamento jurídico desde 1999, foi utilizada pela primeira vez em 2007. No entanto, a falta de clareza nos critérios para escolha dos especialistas, o modelo de exposição dos posicionamentos – em dois blocos, os favoráveis e os contrários à questão em pauta, sem debates entre eles – e a baixa participação dos ministros ao longo dos debates coloca em dúvida os potenciais deste instrumento.

O mesmo se pode dizer em relação aos *amicus curiae*, os amigos da corte, organizações da sociedade civil que podem ser admitidas em um julgamento e que trariam as posições do corpo social sobre o assunto em pauta, eliminando ao mesmo tempo as limitações da capacidade decisória dos tribunais e o seu déficit democrático. No entanto, as mesmas críticas quanto à escolha, forma e relevância da participação nos julgamentos levam a relativizar o seu impacto.

Não obstante, audiências públicas e *amicus curiae* são ferramentas das quais lança mão apenas o Supremo Tribunal Federal, e não os demais órgãos do Poder Judiciário, sobretudo juízes de primeiro grau, que diariamente produzem decisões imediatas sobre fornecimento de medicamentos ou custeio de tratamentos médicos não previstos pelo Poder Executivo, sem se socorrer de nenhum instrumento semelhante.

Essa limitação da capacidade decisória dos juízes é agravada, pois muitas vezes as demandas são apresentadas de maneira individual, e a decisão do magistrado fica restrita aos fatos e provas presentes no processo. Assim, muitas vezes um juiz interfere na política de saúde de um município ou estado sem levar em conta as consequências sistêmicas de sua decisão. Ao conceder determinado tratamento custoso a um paciente, pode comprometer o atendimento de muitos outros. Não se trata da oposição entre orçamento público e direito à saúde, mas sim entre saúde de uns e saúde de outros. Se se levar em conta o perfil de quem consegue chegar ao Judiciário para pleitear remédios ou tratamentos, a escolha judicial pode ser ainda mais excludente. Uma alternativa atenuante para o problema é a priorização de ações coletivas em detrimento de ações individuais relativas à implementação de políticas públicas. A esperada reforma da legislação processual será determinante neste aspecto.

Um terceiro ponto ligado às limitações institucionais diz respeito ao fato de se transpor para os tribunais as arenas decisórias da política, levando à tecnicização do debate, que muitas vezes se perde em meio a brocardos latinos.<sup>5</sup> Por sua vez, há quem sustente que esta transferência das arenas decisórias possa levar a uma atitude paternalista por parte dos juízes,<sup>6</sup> o que poderia implicar uma progressiva apatia das forças sociais.<sup>7</sup>

O problema do debate sobre ativismo no Brasil é que, em regra, todas estas críticas e riscos são analisados no plano teórico ou com referências a análises empíricas e estudos de caso realizados em outros países.<sup>8</sup> Faltam análises como estas não apenas para identificar se estes riscos se aplicam à realidade brasileira, e quais seriam seus verdadeiros impactos, mas também para examinar qual é a capacidade de atuação do Poder Judiciário em nome da implementação de políticas públicas. Quem são os reais beneficiados (e prejudicados) por decisões de fornecimento de medicamentos? Se se quiser avançar no debate sobre judicialização de políticas públicas e ativismo judicial é preciso ir além de análises teóricas.

As análises empíricas realizadas em democracias recentes como a brasileira não trazem um cenário muito alentador, pois constataram que muitas vezes as expectativas em torno da efetivação de direitos sociais se converteram em frustração. Como resume Ros (2007, p.101):

Eis, portanto, o dilema de democracias recentes. Passadas suas transições de regimes autoritários, muitos países dotaram o Poder Judiciário com instrumentos bastante importantes do ponto de vista formal, na expectativa de que restringissem arbitrariedades e salvaguardassem a dinâmica política democrática. Essa expectativa, contudo, na larga maioria dos casos, não se verificou ou foi apenas contemplada de modo irrisório. Muito disso se deve à concentração de poderes que ainda se observa nesses regimes políticos, que geralmente contam com um único polo de atratividade no sistema político, comumente o Poder Executivo. Nesses contextos, como foi visto, dificilmente as cortes desafiarão atores políticos tão preponderantes, arriscando a existência de suas próprias prerrogativas funcionais.

Mesmo a ideia de que a transformação social pode ser realizada através da prática jurisprudencial apresenta sérios limites objetivos, decorrentes da força dos outros atores políticos que circundam a atuação do Poder Judiciário. Veja-se, por exemplo, o excelente estudo de Charles Epp sobre os tribunais na Índia, Canadá, Estados

---

5. Sobre a tecnicização do debate, conferir Barroso (2010) e Waldron (2006).

6. A respeito de paternalismo jurídico, ver Garzon Valdés (1988).

7. Sobre o risco de apatia social, consulte-se Yepes (2007).

8. Neste sentido merecem destaque Abramovich e Pautassi (2009) e a obra editada por Sieder, Schjolden e Angell (2005), que conta com um capítulo de Rogério Arantes sobre o Brasil, intitulado *Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil*.

Unidos e Inglaterra e a difícil tarefa de conquista de direitos nesses países (...). Elas provavelmente aguardarão por um momento mais propício para atuarem de maneira mais independente. Este momento, entretanto, dependerá muito menos de sua própria vontade e muito mais da dinâmica verdadeiramente política, com o reforço de outros mecanismos de controle do governo, tanto vertical quanto horizontalmente. Na inexistência de tais esforços, entretanto, dificilmente os tribunais terão a oportunidade de atuar como árbitros, permanecendo quase sempre instrumentos a serviço de uma oposição marginalizada e frágil, em favor da qual raramente decidirão.

#### 4 SÍNTESE CONCLUSIVA

Objetivou-se neste trabalho mapear de maneira muito breve o debate sobre ativismo judicial e judicialização das políticas no Brasil sob a ótica da relação entre os poderes constituídos, buscando apontar as lacunas do debate para assim se construir uma agenda de pesquisa para aprofundamento do tema. Destacam-se os pontos a seguir.

1. Judicialização da política e ativismo judicial não se confundem. O primeiro pode ser visto como desdobramento de um desenho institucional que coloca o Poder Judiciário como última instância de decisão em termos de aplicação de direitos fundamentais, enquanto o segundo é uma atitude proativa de expansão da atuação judicial.
2. Ativismo judicial nem sempre é progressista. Um olhar sobre o cenário americano, onde o termo foi cunhado, mostra que ele foi utilizado, de maneira crítica, para se opor tanto a momentos progressistas como conservadores da Suprema Corte americana. No Brasil, não se consegue identificar um padrão conservador ou progressista da postura ativista dos tribunais, embora, como ilustrado, os julgadores fundamentem suas decisões nas mais diversas matrizes.
3. Ativismo judicial nem sempre implica atrito entre os poderes. Pode ocorrer no vácuo da atuação dos outros poderes, bem como no caso de delegação estratégica para aqueles que não se submetem a processos eletivos.
4. Assim, dada a ambiguidade do termo “ativismo judicial”, a análise do fenômeno depende de um estudo mais profundo do tema. O mapeamento dos principais riscos e críticas do fenômeno revelou alguns pontos pouco abordados no debate brasileiro, como os critérios de escolha dos magistrados, a análise da efetivação concreta dos riscos sugeridos pela doutrina e a aferição dos reais impactos da atuação do Poder Judiciário.
5. Estudos empíricos de outros países com recentes processos de redemocratização que apostaram em uma maior autonomia do Poder Judiciário



revelaram certa frustração com os resultados colhidos. Para avançar no debate brasileiro, estudos empíricos como estes se fazem indispensáveis.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, V.; PAUTASSI, L. (Orgs.). **La revisión judicial de políticas sociales**: estudio de casos. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2009.
- ALEXY, R. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, vol. 12, n. 96. Brasília, 2010.
- BICKEL, A. **The least dangerous branch**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- CASTRO, M. F. O STF e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, vol. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.
- CROSS, F. B.; LINDQUIST, S. A. The scientific study of judicial activism. **Minnesota Law Review**, , Minneapolis, n. 91, fev. 2007.
- GARZÓN VALDÉS, E. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? **Doxa**: cuadernos de filosofía del derecho, n. 5, p. 155-174, 1988.
- HIRSCHL, R. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.
- KMIEC, K. D. The origin and current meanings of “judicial activism”. **California Law Review**, n. 92, Berkeley, out. 2004.
- MARSHALL, W. Conservatism and the seven signs of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, 2002. Disponível em: <[http://ssrn.com/abstract\\_id=330266](http://ssrn.com/abstract_id=330266)>. Acesso em: 2 out. 2008.
- ROESLER, C. Os sistemas de seleção dos juízes nas democracias constitucionais. **Novos Estudos Jurídicos (Univali)**, vol. 12, p. 35-42, 2007.
- ROS, L. Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 31, dez. 2007.
- SIEDER, R.; SCHJOLDEN, L.; ANGELL, A. (Org.). **The judicialization of politics in Latin America**. New York: Palgrave MacMillan, 2005.

SILVA, A. G. Minimalismo, democracia e *expertise*: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 12, out./dez. 2008.

SMITH, S. F. Taking lessons from the left? Judicial activism on the right. **The Georgetown Journal of Law and Public Policy**, n. 58, 2002-2003.

SUNSTEIN, C. **Radicals in robes**: why extreme right-wing courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005.

TATE, C.; VALLINDER, T. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1997.

VIANNA, L. W. *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, J. R. *et al.* Os vinte anos de vigência da Constituição Federal de 1988 no marco do ativismo judicial: os casos da manipulação das células-tronco embrionárias e do amianto. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**, vol. 97, p. 139-180, 2009.

WALDRON, J. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, n. 115, New Haven, abr. 2006.

YEPES, R. U. Judicialization of politics in Colombia. **International Journal on Human Rights**, n. 6, Londres, 2007.

#### BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

CARVALHO, E. R. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004.

SWEET, A. S. **Governing with judges**: constitutional politics in Europe. New York: Oxford University Press, 2000.

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B. SALLES; P. M. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, Rio de Janeiro, n. 8, p. 01-71, dez. 2008. Cadernos Cedes.



## **DILEMAS ENTRE CONTROLE E AUTONOMIA DE GESTÃO: ALTERNATIVAS E POSSIBILIDADES DE SUPERAÇÃO**

Roberto Rocha C. Pires\*  
José Celso Cardoso Jr.\*

### **1 INTRODUÇÃO**

É possível conciliar autonomia relativa do Estado com escrutínio contínuo de suas ações? Um dos desafios centrais para as democracias contemporâneas é equacionar o dilema entre o controle da atuação do Estado e a expansão da capacidade de ação e resolução de problemas por parte de suas burocracias. Se por um lado a imposição de controles sobre o poder administrativo de agentes burocráticos, encarregados de implementar políticas públicas e decisões políticas, é um dos pilares do Estado democrático de direito, por outro lado o excesso de controles limita a capacidade de ação destes agentes na concretização de políticas públicas e direitos importantes para o bem-estar da sociedade (PIRES, 2009).

No Brasil atual, as tensões e dilemas entre controle e gestão vêm adquirindo centralidade e demandando crescente atenção pública. A década de 2000 foi palco de duas transformações importantes no que diz respeito à organização e ao funcionamento do Estado, as quais agudizaram tais tensões. A primeira delas foi a consolidação das instituições e organizações vinculadas ao exercício da função de controle da atuação do Estado – via controle interno ou mediante o controle externo e social. A segunda transformação diz respeito à retomada do papel do Estado como indutor e promotor direto do desenvolvimento econômico e social: seja pela expansão do investimento e do crédito, retomada do financiamento público para infraestrutura e apoio à atividade econômica, seja pela ampliação e fortalecimento das políticas sociais. Neste capítulo, descrevem-se brevemente: *i*) a emergência destas duas transformações; *ii*) as tensões e questões colocadas pela sua coocorrência – a experiência contemporânea do dilema entre controle

---

\* Técnico de Planejamento e Pesquisa da Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (Diest) do Ipea.

e gestão; e *iii*) as possibilidades e alternativas que se apresentam atualmente para a superação deste dilema, com vistas ao aprimoramento contínuo da atuação estatal.

## **2 A ENCRUZILHADA DOS ANOS 2000: ENTRE O (NEO) DESENVOLVIMENTISMO E O AUMENTO DO CONTROLE SOBRE A ATUAÇÃO DO ESTADO**

A primeira transformação notável na configuração do Estado brasileiro nas décadas de 1990 e 2000 foi a consolidação, e conseqüente fortalecimento, das instituições responsáveis pelo exercício da função de controle da atuação do Estado. A Constituição de 1988 (CF/88) abrigou o princípio de controle da burocracia como um elemento indissociável do Estado de direito democrático. Ela forneceu a base jurídico-normativa para o fortalecimento organizacional e das capacidades institucionais dos órgãos de controle interno – como a Controladoria-Geral da União (CGU) – e de controle externo – como o Ministério Público (MP), o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, por meio do Tribunal de Contas da União (TCU) –, e também para a emergência e consolidação de instituições participativas (como conselhos, conferências, comissões e fóruns) que viabilizam o controle social.

O sistema de controle interno do Executivo federal, apesar de existir desde 1967,<sup>1</sup> somente passa a ter capacidade política e institucional de auditar e fiscalizar de forma efetiva a gestão de políticas públicas (fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial) a partir da década de 1990. Neste período, o controle interno se consolidou, principalmente, por meio de duas mudanças institucionais. Primeiro, a criação da Secretaria Federal de Controle Interno (SFC) em 1994, sua descentralização territorial, e posterior integração, em 2003, à Controladoria-Geral da União (CGU), órgão ligado diretamente à Presidência da República com capacidade de supervisão ministerial, elevando-se o *status* político-institucional do controle interno, anteriormente subordinado à Secretaria do Tesouro Nacional (STN), no Ministério da Fazenda. Segundo, a recomposição de quadros de pessoal, por meio de sucessivos concursos públicos, e o fortalecimento das carreiras da área de finanças e controle culminaram em maior envolvimento e capacidade de interferência destes quadros e instituições no planejamento e gestão orçamentária (Sistema Integrado de Administração Financeira – Siafi, Sistema de Informações Gerenciais de Planejamento – Sigplan etc.) (OLIVIERI, 2010).

No que tange ao controle externo, principalmente aquele exercido pelo TCU, observa-se também a partir da Constituição de 1988 o seu fortalecimento institucional. Primeiro, a influência do Executivo na escolha de seu corpo dirigente foi bastante reduzida – do monopólio do recrutamento para a indicação de apenas

---

1. Em 1967 foi criado o modelo das Cissets, as secretarias de controle interno nos ministérios (ver Olivieri, 2010).

um terço dos ministros, parte destes devendo ser recrutada a partir do quadro de auditores do próprio TCU e também do MP. Uma segunda mudança importante diz respeito à maior autonomização do TCU em relação ao Congresso Nacional. Apesar de reafirmar o seu papel de órgão “auxiliar”, a Constituição de 1988 garante ao TCU a administração de seu próprio orçamento, corpo próprio de funcionários em regime estatutário, e competência para definir regimento interno e lei orgânica que organiza o funcionamento e atividades do órgão. Em terceiro lugar, além de sua autonomia gerencial, figura entre as competências constitucionais privativas do TCU a realização de inspeções e auditorias, apreciação e julgamento de contas, e a aplicação de sanções e determinação de correções de irregularidades em atos e contratos do Poder Executivo (TEIXEIRA, 2010).<sup>2</sup>

Por fim, com relação ao controle social, o terceiro pilar do “sistema” de controles sobre a atuação do Estado, observa-se também que os últimos 20 anos consolidaram e institucionalizaram no Brasil um autêntico subsistema participativo, que envolve formas normativas, organizacionais e institucionais desenhadas estruturalmente para se promover a participação dos cidadãos nas decisões sobre políticas (SÁ E SILVA, LOPEZ e PIRES, 2010). Tal sistema envolve as chamadas instituições participativas, incluindo os conselhos gestores de políticas públicas e conferências nos três níveis de governo, as experiências de orçamento participativo, assim como outras formas institucionais de participação. Tendo vivido uma expressiva disseminação desde que suas bases foram lançadas na CF/88, estas instituições têm hoje inegável importância na realidade dos governos (AVRITZER, 2010).<sup>3</sup> Ademais, têm sido integradas ao processo de concepção, execução e controle de políticas públicas de forma cada vez mais orgânica, por meio da estruturação de sistemas que articulam instâncias locais, estaduais e nacionais. Tal como apontado por Lopez (2010), a incorporação de mecanismos de controle social na gestão pública, calcados na implementação de canais institucionalizados de participação e vocalização de demandas por parte dos cidadãos, tem sido crescente, acumulando-se gradativamente desde os governos Fernando Henrique Cardoso (FHC) e apresentando avanços exponenciais nos dois governos Lula da Silva. Embora ainda haja carência de avaliações sistemáticas sobre a efetividade das instituições participativas como instâncias de controle da atuação do Estado, o autor destaca o potencial inovador que a incorporação de novos grupos e atores sociais na gestão pode produzir, em termos de impactos no processo de redefinição das prioridades da agenda e de acompanhamento das políticas

---

2. Como indicativo dessa autonomização do TCU em relação ao Congresso Nacional, Teixeira (2010) indica que, em 2009, quase 70% das fiscalizações e auditorias do TCU foram de iniciativa própria, contra aproximadamente 30% demandadas pelo Congresso.

3. Na gestão 2005-2008, por exemplo, municípios com mais de 100 mil habitantes possuíam, em média, nada menos que 19 conselhos (Pires e Vaz, 2010). Em algumas áreas, como saúde, assistência social e direitos da criança e do adolescente, mais de 80% dos municípios no país possuem conselhos. Em outras áreas, como política urbana, meio ambiente e educação, verifica-se também ampla disseminação destas instituições.

públicas. Este processo decorreria da inclusão de perspectivas sociais, concepções cognitivas e valorativas alternativas e competidoras daquelas tradicionalmente cristalizadas na visão de mundo dos burocratas ou do governo no poder.

Dessa forma, constituiu-se no Brasil recente um aparato institucional com múltiplos pontos e capacidades de controle sobre a atuação do Estado e suas burocracias. Além disso, em conjunção com a efetivação do desiderato constitucional de democratizar e republicanizar o aparato estatal brasileiro, marcado pelo autoritarismo do período anterior, também contribuiu, para o fortalecimento do controle, uma agenda de política econômica que se tornou hegemônica nos anos 1990, baseada no controle da inflação, na promoção do ajuste e da responsabilidade fiscal, e na reforma do aparato administrativo voltada para o corte de gastos, aumento de eficiência no setor público e combate à corrupção. A partir desta conjunção de fatores, é possível dizer que se acelerou o controle dos gastos públicos, propiciando maior vigilância da atuação do Estado por parte da sociedade e de órgãos do próprio aparato estatal. Em função destes esforços, conforme apontado por pesquisa de âmbito nacional realizada em 2008 e 2009 pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG, 2010) em conjunto com o Instituto Vox Populi, cerca de 75% dos brasileiros reconhece que cresceu nos últimos anos “a apuração dos casos de corrupção que antes ficavam escondidos”, sendo reconhecida também pelos entrevistados atuação positiva de órgãos governamentais na investigação e punição dos culpados.

Paralelamente à consolidação desses sistemas de controle sobre a atuação da burocracia federal (controles interno, externo e social), uma segunda transformação marcou a (re)configuração e atuação do Estado na última década: a retomada do papel de indução e promoção direta do desenvolvimento econômico e social. Consolidada a percepção do fracasso e das limitações das reformas neoliberais da década de 1990, a busca pela reconstituição do protagonismo do Estado – de suas capacidades e instrumentos de planejamento, regulação e intervenção no domínio econômico e social – caracterizou os anos recentes (CARDOSO JR., LINHARES e PINTO, 2010). Assim, observou-se, no caso brasileiro, crescimento notório, por um lado, do investimento público, da atuação mais coordenada das empresas estatais, e do crédito público para o setor privado e, por outro lado, expansão significativa das políticas sociais, com ampliação do acesso a direitos e benefícios sociais, elevação do gasto público nesta área e aumentos reais do salário mínimo. Em contraposição à década de 1980, e principalmente à de 1990, nas quais recaía ênfase sobre a redução do gasto e do aparato estatal, os anos 2000 observaram a retomada de estratégias (neo)desenvolvimentistas, calçadas na maior presença e atuação do Estado em matérias econômicas e sociais.

Poder-se-ia argumentar que essa segunda onda de transformações foi viabilizada no Brasil tendo por base um cenário econômico externo predominantemente favorável (exceção feita ao biênio 2008-2009, por conta da crise econômica internacional).

Entretanto, seria incorreto desconsiderar o papel algo mais ativo do próprio Estado nacional, o qual, por meio de orientações políticas de governo mais decididas e expansionistas nos domínios da economia e da proteção social, foi capaz de efetivamente colocar a taxa de crescimento anual real do produto interno bruto (PIB) em patamar mais elevado e sustentável que o observado, *grosso modo*, ao longo das décadas de 1980 e 1990. Não menos importante, este fenômeno conseguiu compatibilizar, ao menos no período recente (2004 a 2010), a retomada do crescimento econômico com o aumento da ocupação em geral, e do emprego formal em particular, além de ter se verificado elevação salarial para praticamente todas as categorias ocupacionais, e queda em ritmo lento, mas persistente, dos indicadores de pobreza e desigualdade – tudo isso com manutenção da estabilidade monetária em um regime de baixa inflação.

Sob tais condições, recolocaram-se na pauta governamental duas situações interessantes, porém contraditórias, a saber: primeiro, a redescoberta acerca das potencialidades intrínsecas do Estado como organizador – e mesmo indutor – de soluções para os grandes e graves problemas nacionais (notadamente, como dito acima: nível e sustentabilidade das taxas de crescimento econômico, da ocupação e da remuneração da força de trabalho; combate à pobreza e à desigualdade salarial; manutenção da estabilização monetária etc.); e segundo, a constatação acerca das dificuldades e limitações dos aparelhos constituídos do Estado para fazer avançar tanto a racionalização de procedimentos cotidianos de gestão governamental, quanto o ritmo e a direção das transformações em curso, tais quais as apontadas acima. Em outras palavras: em presença de contextos externo e interno favoráveis à retomada e manutenção do crescimento econômico em nível e ritmo mais elevados, o Estado brasileiro parece ter levado para perto do limite suas capacidades e instrumentos atualmente instalados/constituídos, de modo a animar e estimular o prolongamento desta fase auspiciosa de crescimento.

### 3 "FRICÇÕES" ENTRE CONTROLE E GESTÃO

A coocorrência dessas duas transformações recentes constitui um cenário um tanto quanto original na experiência republicana brasileira: a operação de instituições fortes e consolidadas encarregadas de fiscalizar e controlar o Estado no contexto da ampliação de sua atuação, seja do seu aparato administrativo ou do seu gasto. A "hipertrofia" das capacidades institucionais do controle associada ao novo ímpeto desenvolvimentista tem provocado "fricções" importantes entre, por um lado, a necessidade de implementar e efetivar ações e políticas públicas voltadas para o desenvolvimento socioeconômico e, por outro, o controle da legalidade e probidade destas iniciativas.

Em reação a essa suposta hipertrofia do controle, acumulam-se clamores pela necessidade de um equilíbrio entre o estrito cumprimento das complexas



(e muitas vezes contraditórias e incompletas) normas que regulam o serviço público e o atendimento de demandas da sociedade por melhores condições de vida – a exemplo dos casos de paralisação de serviços públicos, como atendimento à saúde, em virtude de irregularidades formais em sua gestão. Situações como esta têm provocado questionamentos em relação a possíveis excessos, registrados na Constituição, no repúdio à ampla discricionariedade de que gozava o Executivo durante o regime autoritário, o que teria gerado rigidez e uniformização incompatíveis com a diversidade de papéis estabelecidos pela própria Carta Magna para o Estado brasileiro.

Assim, à medida que o Estado tem recuperado sua capacidade e legitimidade para atuar de forma a guiar o processo de desenvolvimento nacional, o concomitante fortalecimento dos mecanismos de controle sobre sua atuação culmina no cerceamento à ação administrativa e em restrições às prerrogativas do Poder Executivo para dispor sobre assuntos relativos à sua organização e atuação. Exemplo ilustrativo deste processo é que, somente em 2009, das 219 obras públicas fiscalizadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU), 19% foram classificadas com “indícios de irregularidades com recomendação de paralisação” e outras 22 obras (10%) tiveram indicação de “indícios de irregularidades com retenção parcial dos recursos”; outras obras (46%), ainda, tiveram a identificação de “indícios de irregularidades considerados sanáveis”. Apenas as obras correspondentes aos 15% restantes não foram objeto de ressalva pelos auditores (TEIXEIRA, 2010). Estes números apontam o elevado grau de escrutínio ao qual se submete a ação da burocracia federal, fato que, apesar de demonstrar o amadurecimento institucional da democracia brasileira, indica as dificuldades e obstáculos interpostos à execução e concretização de políticas e ações de interesse público.

Assim, é possível dizer que se vive um momento de crescente questionamento das percepções que ditaram a agenda em relação ao controle, e de busca e formação de um novo consenso sobre a relação entre controle e gestão de políticas públicas. Desde o início da década de 1990 predominou a visão da necessidade de fortalecimento dos órgãos de controle, suas competências e capacidades, com vistas ao combate à corrupção, ao ajuste fiscal e à estabilização monetária. Atualmente, percebe-se que este processo de fortalecimento da atuação dos órgãos de controle tem gerado distorções e consequências possivelmente perversas e não antevistas. Observa-se o adensamento de uma percepção de que o controle não pode ser um fim em si mesmo, mas sim um elemento do processo de aperfeiçoamento contínuo da atuação do Estado. Este novo consenso tem colocado a necessidade de serem exploradas alternativas que aproximem e compatibilizem a função de controle às esferas do planejamento, da gestão e da implementação de políticas públicas.

#### **4 ALTERNATIVAS PARA A SUPERAÇÃO DO DILEMA**

No campo das alternativas para a superação dos dilemas entre controle e gestão, percebem-se atualmente duas principais direções de reformas.

##### **4.1 Planejamento como elemento de articulação e coordenação entre gestão e controle**

Planejamento governamental, gestão pública e controle constituem dimensões cruciais e inseparáveis da atuação dos Estados contemporâneos. Embora tal afirmação pareça óbvia ou senso comum, a experiência brasileira dos séculos XX e XXI tem sido marcada pela estruturação e desenvolvimento desequilibrado das relações entre estas dimensões.

Em um primeiro momento, a partir da década de 1930, o Estado brasileiro, fortemente orientado pela missão de transformar as estruturas econômicas e sociais da nação por meio da industrialização, dedicou-se à montagem de estruturas ou sistemas de planejamento governamental por meio dos quais a missão desenvolvimentista poderia superar o atraso e enfrentar as restrições financeiras e tecnológicas que dominavam o cenário de um país periférico como o Brasil. No entanto, o sentido de urgência associado à tarefa desenvolvimentista fez com que o aparato de planejamento, ainda que precário e insuficiente, se organizasse e avançasse de modo mais rápido que a própria estruturação dos demais aparelhos estratégicos do Estado, em especial aqueles destinados à gestão pública propriamente dita – por exemplo, sistemas vinculados à estruturação e gerenciamento da burocracia, bem como das funções de orçamentação, implementação, monitoramento, avaliação e controle das ações de governo.

Assim, em boa parte do século XX, a construção do Estado brasileiro foi marcada pela primazia do planejamento frente à gestão, decorrente do contexto histórico que impunha a corrida contra o tempo no longo e difícil processo de desenvolvimento nacional (CARDOSO JR., 2010). Consequentemente, a estruturação das instituições necessárias à consolidação e desenvolvimento da administração pública e do controle cotidiano do Estado, atividades tão necessárias quanto as de planejamento para o processo de desenvolvimento das nações, sofreu de grande atavismo, a despeito das iniciativas deflagradas por Getúlio Vargas, com o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), pelos militares, por meio do Plano de Ação Econômica do Governo (PAEG), e mesmo pelas inovações da Constituição de 1988.

Um novo momento se configura a partir da década de 1990, quando a primazia se inverte, em contexto de dominância liberal, tanto ideológica como econômica e política, no qual ocorre o esgotamento e desmonte das instituições de planejamento governamental constituídas de 1930 a 1980 (CARDOSO JR., 2010).

Nos anos 1990, alinhada ao pacote mais geral de recomendações emanadas do Consenso de Washington, surge e ganha força uma agenda de reforma do Estado que tem na primazia do controle do gasto e da gestão pública sobre o planejamento um dos seus traços mais evidentes. Em lugar, portanto, de sofisticar e aperfeiçoar as instituições de planejamento (isto é, suas instâncias, organizações, instrumentos e procedimentos), reduz-se tal função a algo meramente técnico-operacional, destituído de sentido estratégico (CARDOSO JR., 2010). O planejamento, neste período, passa a ser compreendido apenas como processo por meio do qual são compatibilizadas as ações a serem realizadas com os limites orçamentários previstos.

Essa intensa vinculação do modelo atual de planejamento ao orçamento tem duas implicações sérias: *i*) a redução da discussão substantiva e estratégica sobre políticas públicas e ações governamentais a um mero exercício de classificação financeiro-orçamentária; e *ii*) a falta de adequado tratamento a questões cruciais, nem sempre de ordem financeira, para a materialização (implementação) dos objetivos contidos nos planos, as quais frequentemente envolvem a superação de desafios e restrições de caráter legal, ambiental, ou até mesmo de capacidade institucional dos órgãos executores.

Em suma, nesse novo cenário, as agendas de gestão e controle das ações e dos gastos públicos, voltadas fortemente para a racionalização de procedimentos relativos ao gerenciamento da burocracia e das funções de orçamentação e contabilidade, passaram a dominar o debate, a teoria e a prática da reforma do Estado no Brasil. Alastrou-se a percepção de que a partir da mera busca por eficiência (fazer mais com menos) seria possível chegar à eficácia e à efetividade das políticas públicas, isto é, seria possível o desenvolvimento de ações governamentais coordenadas e capazes de enfrentar as causas dos problemas sociais, econômicos, ambientais e culturais do país.

Em face desse contexto, considera-se que a retomada qualificada da função de planejamento possa contribuir para a mitigação das tensões entre controle e gestão no Brasil. Tal retomada envolve a reinvenção do planejamento para além de sua dimensão formalista de gerenciamento físico-financeiro de médio prazo, tal como na atual estrutura do Plano Plurianual (PPA). Trata-se de um processo de reconstrução contemporânea que dote o planejamento da função de organizar a ação do Estado e as suas capacidades para viabilização do desenvolvimento em um contexto democrático, envolvendo fundamentalmente a orquestração das diversas atividades e papéis deste (com destaque para a implementação e execução de ações, avaliação e controle etc.) e de outros atores sociais para o cumprimento de sua missão. Um planejamento dotado de tais características pode estabelecer uma arquitetura institucional capaz de minimizar conflitos e impasses, e reequilibrar os instrumentos de gestão/implementação e de controle para o sucesso das

políticas públicas. No intuito de cumprir tal função, a atividade de planejamento deve se imbuir de discussões sobre as condições objetivas e institucionais necessárias para a concretização bem-sucedida dos objetivos propostos, envolvendo aspectos tão diferenciados como: superação de deficiências técnico-institucionais; melhoria de qualidade de projetos; viabilização do envolvimento da sociedade (tanto na formulação quanto no monitoramento); flexibilização de procedimentos e da aplicação de recursos levando em consideração as complexidades e particularidades de casos especiais; e, por fim, redução da insegurança jurídica dos processos de contratação (a este respeito, consultar o capítulo 5 deste volume).

Assim, um campo frutífero de alternativas para a superação dos dilemas entre controle e gestão se abre na reflexão sobre a retomada do planejamento governamental e suas possíveis relações com a gestão e o controle das políticas públicas. Tratado de forma separada em boa parte de nossa história recente, o trinômio “planejamento, gestão e controle” necessita agora ser colocado em nova perspectiva e em novo patamar de importância pelos que pensam o Estado brasileiro e as reformas de que necessita para o cumprimento de sua missão supostamente civilizatória. Atualmente, reforça-se a percepção de que cabe ao Estado não apenas fazer as coisas que já faz de modo melhor e mais eficiente (o que por si só não é nada trivial), mas sim, como em outros momentos históricos, induzir, fomentar ou mesmo produzir as condições objetivas para a transformação das estruturas econômicas e sociais do país frente ao histórico de heterogeneidades, desigualdades e injustiças que ainda marcam a nação brasileira. Para tal, torna-se imprescindível a readequação do trinômio “planejamento, gestão e controle”, e consequentemente da articulação e coordenação de ações do Estado, com vistas a reequilibrar e ressignificar as dimensões do planejamento governamental, da gestão pública e do controle, equiparando-as enquanto elementos necessários para a reconstrução de um Estado orientado ao desenvolvimento nacional. Assim, mais do que promover aperfeiçoamentos legais relativos aos diversos marcos institucionais que regulam a operacionalização cotidiana das políticas públicas, a realização do trinômio requer, sobretudo, a estimulação e a difusão de novas técnicas, instrumentos e práticas de planejamento, além de sua integração com as dimensões da gestão e do controle das políticas e ações governamentais.

#### **4.2 “Novas” modalidades de controle**

Outra frente promissora a ser explorada para o equacionamento das tensões entre controle e gestão diz respeito às práticas adotadas pelos órgãos controladores. Atualmente, observa-se no Brasil a evolução de mecanismos e procedimentos preventivos e educativo-capacitadores que complementam (ou gradualmente substituem) as tradicionais práticas fiscalizatório-repressoras. Estas novas práticas têm apontado para resultados positivos no sentido da produção de informações

e conhecimento, por parte da atividade do controle, que sejam úteis e diretamente aplicáveis ao aprimoramento do planejamento, gestão e implementação de políticas públicas. Trata-se de uma percepção sobre o controle que o distancia da mera noção de “verificar”, ou “confrontar com o rol”, e o aproxima da condição de instrumento para o processo decisório, avaliação e aperfeiçoamento de ações governamentais (conforme observa Vasconcelos, no capítulo 11 deste volume). É certo que este movimento é ainda incipiente e envolve certo grau de experimentalismo, mas algumas experiências nesta direção vêm sendo gestadas tanto no âmbito do controle interno, pela CGU, quanto do controle externo, pelo TCU.<sup>4</sup> A observação do funcionamento e do resultado destas experiências pode ser fonte de inspiração para a reformulação da relação entre controle e gestão.

Na última década, a função de controle interno exercido prioritariamente pela CGU se estruturou basicamente a partir de dois principais pilares: os programas e ações de fiscalização e repressão, e iniciativas focadas na prevenção da corrupção. Desde sua criação, o sistema de controle interno no governo federal consolidou gradualmente suas funções e capacidades de fiscalização e repressão. Entre as ações nesta área destaca-se o programa de fiscalização da execução de recursos federais transferidos aos municípios mediante sorteio público (totalizando 1.751 municípios de pequeno e médio porte) e fiscalização de recursos aplicados pelos estados, que conjuntamente já somam, desde 2003, R\$ 18,5 bilhões de recursos públicos federais fiscalizados.<sup>5</sup>

Mais recentemente, e recebendo menor atenção pública, a CGU e sua Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas têm desenvolvido estratégias inovadoras voltadas para prevenção da corrupção, incremento da transparência, ampliação do controle social e capacitação de gestores públicos e da sociedade civil. No campo do incremento da transparência, destaca-se o Portal da Transparência,<sup>6</sup> o qual concentra informações detalhadas sobre a execução de programas do governo federal, transferências para estados e municípios (com um total de recursos de aproximadamente R\$ 5 trilhões), além de dados sobre a situação funcional de servidores e gestores públicos. Na área de prevenção de

---

4. Em declarações por ocasião de sua posse, em dezembro de 2010, o novo presidente do TCU afirmou a relevância do papel preventivo das auditorias do órgão e do potencial de parcerias com o Poder Executivo no município de seus órgãos com informações importantes para o aprimoramento das políticas públicas, com o objetivo maior de evitar gastos indevidos e perdas irrecuperáveis.

5. Além desse programa, outras iniciativas importantes se inserem nessa linha de atuação fiscalizatório-repressiva, como os esforços de acompanhamento e fiscalização das ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) em todo o país, iniciados em 2008, e de avaliação do cumprimento das metas previstas no Plano Plurianual (PPA), a par de operações especiais e apuração de denúncias encaminhadas por outros órgãos e por cidadãos. Complementando o eixo de atuação fiscalizatória com a devida execução de punições, nos últimos seis anos registraram-se mais de 25 mil sindicâncias e processos administrativos disciplinares, que resultaram na demissão do serviço público de 2.398 servidores públicos estatutários e 3.973 contratados pelo regime celetista.

6. Desde sua criação, contabilizam-se mais de 1,4 milhão de visitas. O portal abriga, também, o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis), com 1.671 registros.

irregularidades, foi criado, em 2008, o Observatório da Despesa Pública (ODP), ferramenta apoiada em tecnologia da informação de ponta que reúne bancos de dados, como uma espécie de “malha fina”, com a finalidade de identificar situações que possam constituir irregularidades, a fim de evitar sua ocorrência. Finalmente, na área de capacitação, o órgão tem implementado programas voltados para capacitação de cidadãos e de organizações da sociedade civil, como o Programa Olho Vivo no Dinheiro Público, entre outros,<sup>7</sup> assim como programas voltados para a capacitação de gestores públicos, como o Programa de Fortalecimento da Gestão Pública, instituído em 2006, envolvendo o sorteio público de municípios e estados para capacitação e treinamento nos procedimentos legais e gerenciais envolvidos na aplicação de recursos públicos federais, beneficiando 613 municípios em nove estados, totalizando 3.601 servidores capacitados presencialmente.<sup>8</sup> Medidas desta natureza apontam possibilidades relevantes para a reflexão de como a função de controle interno pode cumprir simultaneamente a sua missão republicana de controle do poder e a sua missão governativa de contribuir para a melhoria da gestão cotidiana e das políticas públicas.

Do lado do controle externo, algumas experiências promissoras também são visíveis. Destaca-se o caso das auditorias operacionais conduzidas pelo TCU, tal como previsto no Artigo 71 da Constituição. Diferentemente das auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária e patrimonial, nas quais se verifica a conformidade entre os atos normativos e as previsões legais (controle de legalidade contábil-financeira), a modalidade de auditoria operacional tem caráter mais analítico-argumentativo e enfoca o desempenho de atividades, projetos e programas de governo, com a finalidade de avaliar os seus resultados e promover o aperfeiçoamento da gestão pública. Outra diferença fundamental diz respeito a que auditorias operacionais dão origem a recomendações, que são encaminhadas aos órgãos fiscalizados, e não determinações, como nos casos das auditorias contábil-financeiras.<sup>9</sup> Cabe aos gestores desenvolverem as propostas

---

7. Programa Olho Vivo no Dinheiro Público, em 2008, para capacitação de cidadãos, alunos e professores para acompanhar a atuação do setor público (abrangendo 1.353 municípios brasileiros, mais de 33 mil cidadãos capacitados, além de 743.891 alunos e 23.705 professores nas atividades voltadas ao público infanto-juvenil, e concursos culturais e de desenho e redação). Também em 2008 ocorreu o lançamento do *site* infantil Criança Cidadã – Portalzinho da CGU, que tem por objetivo mostrar às crianças a importância do exercício do controle social e de zelar por tudo o que é público, bem como de estimular nos pequenos os valores da ética e da cidadania, além do Projeto Um por Todos e Todos por Um! – Pela ética e cidadania, desenvolvido em parceria com o Instituto Cultural Maurício de Sousa. Finalmente, a Escola Virtual da CGU, criada em 2009, tem servido como um instrumento de promoção da cidadania, integridade pública e prevenção da corrupção por meio de mecanismos e técnicas de educação a distância, contando, até o momento, com mais de 11 mil participantes.

8. Posteriormente, em 2008, o Programa de Fortalecimento da Gestão Pública teve seu escopo ampliado para incorporar as seguintes ações: *i*) capacitação de agentes públicos; *ii*) distribuição de bibliografia técnica; e *iii*) fortalecimento da capacidade institucional dos aparatos de controle interno no país, contando, atualmente, com 576 municípios atendidos e capacitações realizadas para mais de 6 mil servidores públicos.

9. Vasconcelos (capítulo 11 deste volume) traça um quadro comparativo destacando as semelhanças e diferenças entre as modalidades de auditoria que competem ao TCU.

que deverão responder às recomendações formuladas, a fim de se aprimorarem o desempenho e a efetividade de seus programas e projetos. Vasconcelos (ver capítulo 11 deste volume) destaca a experiência da auditoria operacional realizada pelo TCU nos hospitais universitários, a qual resultou em um amplo diagnóstico sobre tais entidades, em diversos estados do país, e em recomendações sobre a melhoria de sua gestão e funcionamento. Segundo o autor, poucos meses após a conclusão da auditoria, o diagnóstico produzido, assim como as recomendações oferecidas, teria servido como subsídio relevante para a formulação do Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais (REHUF) e subsequentes atos normativos para reforma destas entidades. Assim, em alguma medida, as auditorias operacionais preservam dois elementos essenciais ao bom funcionamento da administração pública: o monitoramento e escrutínio contínuo das ações de gestores, gerando informações sobre possíveis aprimoramentos em suas ações; e a preservação da autonomia do gestor público na formulação de respostas aos problemas apontados e no desenvolvimento de soluções para a melhoria do desempenho de sua atuação.

A exploração das possibilidades de aproximação e sinergias entre controle e gestão certamente requer maior experimentação no desenvolvimento de ferramentas e modalidades de controle que exibam poder de fiscalização e avaliação, mas que não sejam hostis e redutoras da capacidade de ação dos órgãos executores de políticas públicas. Nesse sentido, se se quiser entender como controle e gestão se combinam para o aprimoramento da atuação estatal, fica evidente a necessidade de mais estudos que examinem as minúcias das diferentes técnicas, procedimentos e modalidades de controle e os seus respectivos impactos (positivos ou negativos) sobre a administração pública.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Adensa-se no debate público atual a crítica e a percepção de que o controle do Estado é indispensável, porém não pode ser um fim em si mesmo e não pode constituir obstáculo intransponível para que o Estado realize sua missão de transformar e desenvolver socioeconomicamente o país. Nesse contexto, as alternativas e possibilidades de reconciliação entre as importantes e desejáveis funções de planejamento, gestão e controle de políticas públicas devem ganhar maior centralidade e se tornar alvo de formulações, debates e propostas de reforma do Estado brasileiro. As propostas aqui discutidas e as experiências já em curso nesta direção, tanto no campo do planejamento quanto da renovação da função *controle*, prenunciam caminhos que podem vir a se tornar soluções institucionais consolidadas para as correntes tensões impostas pelo duplo processo de aprofundamento da democracia e aceleração do desenvolvimento no Brasil.



## REFERÊNCIAS

- AVRITZER, L. O papel da participação nas políticas sociais do governo federal. *In*: SÁ E SILVA, F.; LOPEZ, F.; PIRES, R. (Eds.). **Estado, instituições e democracia: democracia**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), vol. 2, 2010.
- CARDOSO JÚNIOR, J. C. Planejamento governamental e gestão pública no Brasil: elementos para ressignificar o debate e capacitar o Estado. *In*: CARDOSO JÚNIOR, J. C.; PINTO, E.; LINHARES, P. (Eds.) **Estado, instituições e democracia: desenvolvimento**. Brasília: Ipea, vol. 3, 2010.
- CARDOSO JÚNIOR, J. C.; PINTO, E.; LINHARES, P. O Estado brasileiro e o desenvolvimento nacional. *In*: CARDOSO JÚNIOR, J. C.; PINTO, E.; LINHARES, P. (Eds.). **Estado, instituições e democracia: desenvolvimento**. Brasília: Ipea, vol. 3, 2010.
- LOPEZ, F. *Accountability* e controle social na administração pública federal. *In*: SÁ E SILVA, F.; LOPEZ, F.; PIRES, R. (Eds.). **Estado, instituições e democracia: democracia**. Brasília: Ipea, vol. 2, 2010.
- OLIVIERI, C. A construção institucional do sistema de controle interno do executivo federal brasileiro. *In*: CUNHA, A.; MEDEIROS, B.; AQUINO, L. (Eds.). **Estado, instituições e democracia: República**. Brasília: Ipea, vol. 1, 2010.
- PIRES, R. Burocracia, discricionariedade e democracia: alternativas para o dilema entre controle do poder administrativo e capacidade de implementação. **CADERNOS DE GESTÃO PÚBLICA E CIDADANIA**, Fundação Getúlio Vargas (FGV), vol. 14, n. 54, p. 141-180, jan./jun. 2009.
- PIRES, R.; VAZ, A. Participação faz diferença? Uma avaliação das características e efeitos da institucionalização da participação nos municípios brasileiros. *In*: AVRITZER, L. (Org.). **A dinâmica da participação social no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2010.
- SÁ E SILVA, F.; LOPEZ, F.; PIRES, R. A Democracia no Desenvolvimento e o Desenvolvimento da Democracia. *In*: SÁ E SILVA, F.; LOPEZ, F.; PIRES, R. (Eds.) **Estado, instituições e democracia: democracia**. Brasília: Ipea, vol. 2, 2010.
- TEIXEIRA, M. A. Tribunal de Contas da União: trajetória institucional e desafios contemporâneos. *In*: CUNHA, A.; MEDEIROS, B.; AQUINO, L. (Eds.) **Estado, instituições e democracia: República**. Brasília: Ipea, vol. 1, 2010.
- UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG). **Relatório do Projeto Corrupção, Democracia e Interesse Público**. Filgueiras, F. (Org.). Centro de Referência do Interesse Público, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. 2010, 204 p.





## É O CONTROLE SOCIAL UMA ALTERNATIVA CRÍVEL PARA CONTROLAR A BUROCRACIA?

Felix Garcia Lopez\*

Joana Luiza Oliveira Alencar\*\*

Nas últimas duas décadas, a democratização das instituições do Estado brasileiro foi acompanhada por ampla discussão sobre o papel e as virtudes imanentes à adoção de mecanismos de controle social<sup>1</sup> sobre a gestão pública *vis-à-vis* os controles burocrático-administrativos e controles judiciais. A discussão foi nutrida por um duplo processo. De um lado, a consolidação das instituições políticas democráticas e a revalorização do ativismo da sociedade civil potencializaram as demandas por participação nas políticas por parte de um número crescente de organizações civis. De outro, aliado a isto, em “confluência perversa” (DAGNINO, 2004), as reformas liberalizantes da década de 1990 afinaram-se com demandas por redução dos rigorosos controles procedimentais sobre os gestores públicos, em decorrência de uma desejável delegação de autonomia para estes ou maior facilidade em cooperar com setores não estatais na condução de políticas públicas. Havia a convicção expressa segundo a qual eram os *resultados* das políticas que deveriam ser o estímulo maior a orientar as políticas de controle da burocracia. No mesmo diapasão, a maior liberdade conferida ao gestor, decorrida do relaxamento no controle burocrático-administrativo, poderia e deveria ser preenchida por meio de fiscalização e controle dos interessados e afetados pelas políticas públicas em questão, os cidadãos. A entrada em cena do conceito de governança reflete este deslocamento das responsabilidades em formular e executar políticas públicas para além do círculo exclusivamente estatal (MORO, 2003).

---

\* Técnico de Planejamento e Pesquisa da Diretoria de Estudos e Políticas sobre Estado, Instituições e Democracia (Diest) do Ipea.

\*\* Técnica de Planejamento e Pesquisa da Diretoria de Estudos e Políticas sobre Estado, Instituições e Democracia (Diest) do Ipea.

1. O controle social refere-se, aqui, apenas ao processo de verificação dos procedimentos e resultados das políticas propostas; não inclui, portanto, a participação em seu processo de formulação. Considera-se que, *para as finalidades e argumentos apresentados neste texto*, os assim chamados processos participativos na formulação de políticas não são relevantes. Uma terminologia alternativa para “controle social” é controle “público não estatal” (conferir Filgueiras e Avritzer, 2010).

O ambiente e a convicção política eram, pois, compatíveis com a crescente defesa de maior controle social ou público sobre a gestão. O amparo normativo encontrava-se nos princípios norteadores da Carta de 1988, que definiu formas institucionais de estímulo à formulação de políticas “de baixo para cima”, uma novidade para nossa preferência histórica por políticas definidas “de cima para baixo”, centralizadas e formuladas em lógica tecnocrática, que encontra raízes profundas na formação social e política brasileira.

Mais de 20 anos após a redemocratização, observa-se ter havido empoderamento das instâncias de controle interno e externo da burocracia, ampliação do controle burocrático-administrativo e judicial, além de avanços substanciais na transparência pública das ações e das decisões tomadas por órgãos e funcionários do Estado – em particular, no nível federal – e ampliação da participação de organizações civis nos processos de formulação de políticas públicas estatais.

Entretanto, a criação e o empoderamento dos órgãos de controle interno da burocracia pública e a ampliação dos controles judiciais aparecem para parte dos atores envolvidos na discussão como componente imprevisível e, em parte, contra-producente, do processo de aprimoramento da gestão. Particularmente orientada para controlar e inibir a corrupção no interior do aparato burocrático, de fato observa-se, entre 1990 e 2009, uma profusão de leis aprovadas nesse sentido, com inegável fortalecimento das instâncias de controle administrativo e judiciário, e quase nenhum empoderamento das instâncias societárias. Entre as 51 leis orientadas para ampliar o controle sobre a corrupção, aprovadas no Congresso Nacional neste período de 20 anos, 65% (33) relacionavam-se ao controle burocrático-administrativo e 27% (14) ao controle judicial (FILGUEIRAS e AVRITZER, 2010).

Por conta da hipertrofia<sup>2</sup> dos dispositivos de controle burocrático e judicial sobre ações que, *em princípio*, deveriam ser do arbítrio do gestor, o que constitui obstáculo potencial ao processo de fortalecimento da componente *agilidade e autonomia* na gestão, é crescente o debate sobre que relação deve haver entre mecanismos de controle social e os demais tipos de controle, na esfera administrativa. Os debates desenrolados durante as edições do projeto Ciclo de Debates são sintomáticos. Advogou-se, ali, que o Poder Judiciário excede o controle sobre a ação estatal, e que os órgãos de controle judicial levam para além do razoável e desejável o formalismo legal, o que amarra a gestão pública estatal e deslegitima as escolhas políticas sobre ações de governo, das instâncias legislativas e do Poder Executivo. Nos termos de Bigonha e Moreira (capítulo 2 deste volume), opera-se uma tutela dos tribunais sobre o mandato político,

---

2. Dão conta desse processo a criação da Controladoria-Geral da União (CGU), a mudança no estatuto do Tribunal de Contas da União (TCU), e a criação de diferentes controladorias e auditorias em órgãos federais e estaduais. Um sumário do arcabouço legislativo criado entre 1988 e 2008 encontra-se em Filgueiras e Avritzer (2010, p. 499).

calçado no – indevido – pressuposto de que o mundo político seria dotado de uma feição que macularia os interesses do Estado.

A centralidade dessas questões no debate político e acadêmico sobre gestão pública leva à seguinte pergunta: é possível instituir mecanismos de controle social como substitutos dos mecanismos de controle formal da burocracia? Se sim, em que medida? Em que pese a desejável ampliação da participação do público na definição e controle da formulação e implementação das políticas públicas, e a necessidade de conferir proeminência ao controle público sobre a gestão, cabe verificar se é crível e realista, hoje, ampliar instrumentos de controle social sobre as políticas como substituto do complexo emaranhado de controles formais sobre a atuação do gestor.

A pergunta é relevante porque – para dirimir dúvidas quanto à nossa posição – é no controle social sobre a gestão que repousa, em última instância, a melhor alternativa para flexibilizar o controle burocrático e dar maior autonomia gestonária à burocracia. Entretanto, as intenções normativas nem sempre são compatíveis com as dificuldades objetivas da prática cotidiana. Este é o caso do debate sobre controle social. Ele está apoiado mais em intenções normativas e menos na compreensão dos dispositivos efetivos que podem deslocar a lógica do controle da esfera procedimental para a esfera dos resultados e da fiscalização societária.

A adoção de mecanismos de controle social precisa se apoiar em definições precisas sobre quem os exercerá, como serão exercidos e sobre quem incidirão (GRAU, 2000, p. 270; BEHN, 1998), sob pena de aparecerem mais como retórica e menos como alternativa crível na gestão pública.

O controle social sobre a gestão não pode, hoje, ser substituto imediato de controles formais da burocracia. Ao contrário, no estágio atual de desenvolvimento de nossa *práxis* republicana e de nosso ativismo cívico, mecanismos de controle social e de controle burocrático caminham em um sentido complementar e são indispensáveis. Nesses termos, é preciso definir como podem dialogar entre si, em lógica cooperativa, não antagônica e conflitiva, como muitas vezes é o tom assumido pelo debate.

De forma ideal-típica, o controle da burocracia deveria ser predominantemente exercido por grupos interessados e cidadãos, contanto que as condições institucionais e técnicas lhes fossem dadas para tal. Entretanto, a despeito de terem avançado a publicização e, no nível federal – não nos demais níveis de governo –, a transparência pública, o controle social *efetivo e satisfatório* ainda não se realiza na atual experiência cotidiana da administração pública.

Na tipologia apresentada por Filgueiras e Avritzer (2010), falta, a nosso ver, a componente *participação*, aqui entendida como *inclinação* pró-ativa dos indivíduos ou coletividades a *participarem* da deliberação pública e fiscalizarem as ações dos gestores e políticos.

Dimensão	Estado		Sociedade
Tipos de controle	Controle administrativo-burocrático	Controle judicial	Controle público não estatal
Agentes	Agências especializadas – controle interno e externo	Tribunais	Sociedade civil e representação funcional
Fundamento normativo	Legalidade	Legalidade	Participação
Prática	Sanções administrativas	Interpretação canônica da legalidade	Exercício da liberdade política
Consequências	Regulação	Criminalização	Publicidade

Fonte: Filgueiras e Avritzer (2010, p. 486).

Essa dificuldade em ativar o controle público sobre a gestão explica-se por diferentes razões.

Em primeiro lugar, a complexidade da gestão contemporânea impõe uma barreira à compreensão fácil dos procedimentos necessários à consecução de políticas em seu interior. Os cidadãos não apenas desconhecem, mas não têm estímulo e tempo para se informarem sobre questões próprias à esfera administrativa.

Em segundo lugar, falta-nos ativismo cívico suficiente para tomar as rédeas da iniciativa de fiscalizar o poder público, conquanto a legislação empodere o cidadão e lhe outorgue os direitos de ser informado sobre todas as decisões no âmbito da gestão pública.

Em terceiro lugar, o patrimonialismo e práticas de corrupção são ainda práticas relevantes no interior da administração pública, conspurcando a *práxis* republicana. Nossa histórica falta de confiança interpessoal, que se reflete nos baixos níveis de autonomia conferidos ao gestor para gerir recursos e políticas e explica parte de nosso emaranhado jurídico-legal, não é fruto de uma abstração irreal ou desejos atávicos por excessiva regulação; ela também reflete e se erige como resposta àquelas práticas, ainda que não se resumam ou se expliquem por elas.

Nesse sentido, ao se falar de controle como *controle sobre a correção dos procedimentos* e *controle contra a corrupção*, a relevância daquelas práticas deve ser considerada no cálculo das mudanças e reformas a sugerir, pois o relaxamento dos controles burocráticos pode, sim, ampliar os níveis de corrupção.

Poder-se-ia argumentar que esses riscos se minoram com maior controle social sobre a gestão. Mas supor que uma forma de controle substitui a outra, sem mais, é o mesmo que supor que, porque há eleições, os cidadãos controlam permanentemente os políticos.<sup>3</sup> Sabe-se que tanto isto não ocorre quanto, no caso do Brasil, o exercício do controle permanente da população sobre a autoridade pública sempre foi um obstáculo ao avanço na democratização do Estado. Basta ver que são inúmeros os

3. Sobre a imperfeição da eleição como mecanismo de controle, ver Przeworski (1998).

instrumentos hoje disponíveis aos cidadãos para exercer aquele controle, mas estes instrumentos são pouco utilizados, mesmo que seu uso tenda a se ampliar. Vê-se que controle social e participação política são indissociáveis, o que requer, para que o primeiro se efetive, indivíduos predispostos a exercê-lo. Nossos déficits de civismo, indisposição para atuar na esfera pública e concepção do Estado – e da gestão – como algo que está para além e acima da sociedade indicam que o terreno não é fértil para que os cidadãos interfiram na vida política, acompanhando o exercício do poder delegado aos governantes, de olhos atentos aos administradores de recursos públicos.

É preciso, portanto, que a discussão caminhe para soluções criativas que visem casar o estímulo à participação – por meios objetivos que incentivem seu exercício – e sua articulação sinérgica com o controle institucionalizado não social. A Controladoria-Geral da União (CGU) desenvolve algumas ações neste sentido. Exemplos que indicam colaboração com os gestores são as orientações preventivas dadas aos gestores públicos, a capacitação e treinamento dos gestores federais realizada por aquela instituição, e as articulações colaborativas interinstitucionais da própria CGU (BRASIL, 2010).<sup>4</sup>

A participação e o controle se enraízam em alguns processos, a seguir mencionados, que tendem à institucionalização no país.

A publicização das informações oficiais e a presença de informações alternativas, por meio de imprensa livre, são vitais para incentivar a participação popular e construir o controle social. Controle social requer publicização das informações do governo. Por isso, é também relevante o controle acerca da veracidade dos dados apresentados, o que somente ocorre caso haja autonomia e profissionalização dos órgãos responsáveis pela produção destas informações (ver Bresser-Pereira, 2006)

A transparência relaciona-se diretamente com o exercício da publicidade. Ambas têm como função subsidiar as atividades de discussão e deliberação que constituem o controle social em suas diversas formas. O provimento de informações acessíveis, inteligíveis e confiáveis ao cidadão é fundamental para o início de atividades de controle. A transparência, antes que fim, é o início do processo de ativação do controle social, que pode ser dinamizado ao se multiplicarem as oportunidades de participação em todos os âmbitos de gestão das políticas públicas, tais como canais de denúncias de irregularidades, participação nos processos administrativos e cadeiras em órgãos colegiados.

A prestação de contas da administração pública direta e indireta é princípio estabelecido pela Constituição de 1988 e serve como mecanismo de controle que deve permitir ao interesse público conhecer as ações e decisões, compará-las

---

4. Ver Nascimento (2010) para uma microanálise de como órgãos de controle administrativo e judicial podem cooperar com instâncias de controle social.

com o dever ser, e buscar corrigir o que for preciso (ARAÚJO, 2008, p. 566). Nesse sentido, a novíssima experiência, ainda pouco conhecida, das cartas de direito, é um exemplo de solução criativa e inovadora para o exercício do controle sobre as contas. Trata-se da ampliação da “*accountability* vertical”, na terminologia do cientista político Guillermo O’Donnel (1998).

Essas ações permitem a participação direta da população na gestão e podem, gradualmente, ir ocupando, de forma mais produtiva, o espaço hoje conferido aos órgãos de controle interno, como os tribunais de contas e instituições semelhantes, ampliando-se, assim, a cooperação entre as diferentes formas de controle sobre a gestão. Complementarmente a estas mudanças, há de se perseguir, de forma concomitante, novos desenhos institucionais que permitam a participação social a grupos da sociedade civil; aumentar a capacidade de gestão competente do Estado, por meio de profissionalização da administração pública; delimitar os papéis e atribuir prerrogativas formais aos atores que exercem o controle social; e tornar a autonomia em relação à instituição controlada uma autonomia formal e de fato.

A agenda atual deve indicar instrumentos de complementaridade entre controles internos e externos, burocrático-administrativos e judiciais, com controles sociais. Complementar não significa, contudo, substituir. Significa ativar, por meio de incentivos institucionais, maior engajamento da sociedade civil no controle, observando-se como a gradual ampliação desta modalidade, ao criar a possibilidade de acionar os controles internos ou judiciais, torna-se um mecanismo de “alarme de incêndio” que pode predominar sobre os atuais mecanismos de “patrulha policial”<sup>5</sup> (MCCUBBINS e SCHWARTZ, 1984), os quais, apesar de importantes, tornam-se custosos e contraproducentes para conferir maior eficiência na gestão do Estado.

Certamente, por trás desse movimento, encontra-se o pressuposto de que o exercício do controle público e social requer um sistema de direitos do cidadão formado por liberdades políticas fundamentais: de associação, informação, opinião e voto, para controlar e participar das decisões coletivas. Estas garantias sustentam a disseminação de ações fundadas na noção de interesse público, base de sustentação do controle social

---

5. Apesar de discutirem duas formas básicas de controle *do Congresso sobre a burocracia*, o modelo de McCubbins e Schwartz (1984) pode ser aplicado em outras situações. Para os autores, há duas formas básicas de controle sobre as agências do Poder Executivo: “a patrulha policial” e o “alarme de incêndio”. Na primeira modalidade, o Congresso – que poderia ser, aqui, substituído por qualquer órgão de controle burocrático-administrativo ou judicial –, por sua própria iniciativa e de forma direta e centralizada escolhe algumas políticas que serão monitoradas, objetivando detectar e corrigir irregularidades legais. A segunda modalidade de controle é descentralizado. Por meio dela, o Legislativo estabelece um conjunto de regras e procedimentos cujo intuito é habilitar cidadãos e grupos de interesse para exercer controle sobre as políticas públicas, e permite que os atores diretamente afetados pelas decisões do governo tenham acesso a informações relativas ao processo de tomada de decisão. Ao perceberem problemas na aplicação das políticas ou no funcionamento das agências, os grupos ou cidadãos interessados acionam “um alarme” que mobiliza as instâncias de controle a verificar o desempenho da agência e problemas que porventura estejam ocorrendo na aplicação das *policies*. Por dispensar controle total e permanente, este segundo tipo torna-se menos custoso e, se bem aplicado, pode ser bastante efetivo em cumprir o papel de controle da burocracia pública.

(FILGUEIRA e AVRITZER, 2010). Isto implica formalização e rotinização das atividades participativas, criação de recursos para financiamento e fortalecimento do acompanhamento dos produtos advindos das deliberações coletivas.

Há, contudo, um desdobramento negativo derivado de ações estatais para estimular o controle por parte dos cidadãos. Ao desenhar mecanismos de controle que são concebidos pelas próprias agências estatais, retoma-se a tradição de soluções gestadas no interior do Estado, não fora dele, na sociedade, mesmo quando estas ações se dirigem à democratização do próprio Estado. Ao modo das próprias instituições de participação, os instrumentos de controle vêm da autoridade pública e, com isso, erige-se um obstáculo adicional à autonomia da sociedade, que é, paradoxalmente, um requisito fundamental para se pensar em controle social autônomo e vigoroso. Sobre isso, Nuria Grau anotou, de forma bastante pertinente, que “quanto maior o grau de formalização do controle social institucionalizado, maiores as probabilidades de que se restrinjam seus alcances e conteúdos” (GRAU, 2000, tradução livre). Nesses termos, instrumentos de controle que derivam de iniciativas estatais têm grande possibilidade de se tornarem artificiais, revalidando nossa capacidade de adotar artifícios institucionais e políticos que são muito prezados nos fóruns internacionais, mas que possuem baixa efetividade na realidade cotidiana.

Em uma sociedade democrática ideal, os cidadãos possuem alto grau de disposição em participar de deliberações coletivas e interesse por assuntos relacionados à vida pública, além do anseio por buscar informação suficiente a respeito dos acontecimentos políticos que lhes permita intervir nos processos de decisão – e controle – das ações, e fazem escolhas entre alternativas políticas. A realidade, porém, ainda difere bastante deste ideal. Por isso, sem abrir mão do objetivo de ampliar o controle social sobre a administração do Estado, talvez devamos ser mais ciosos dos efeitos deletérios que a substituição dos controles burocráticos pode ter para a própria transparência estatal e republicanização do Estado, que é o desiderato a mover as diferentes partes que compõem o atual debate sobre mecanismos de controle da gestão pública.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, C. Controle externo. *In*: AVRITZER, L.; BIGNOTTO, N. (Orgs.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2008.

BEHN, R. the new public management paradigm and the search fro democratic accountability. **International Public Management Journal**, Philadelphia, vol. 1, n. 2, p. 131-164, 1998.



BRASIL (2010). Gestão do estado e combate à corrupção. In: **Balço de governo: 2003-2010**. Capítulo 7. Combate à corrupção. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.balcodegoverno.presidencia.gov.br/gestao-do-estado-e-combate-a-corrupcao/pdf-deste-eixo/baixe-o-conteudo-deste-eixo-em-pdf/2\\_combate\\_a\\_corrupcao.pdf/view](http://www.balcodegoverno.presidencia.gov.br/gestao-do-estado-e-combate-a-corrupcao/pdf-deste-eixo/baixe-o-conteudo-deste-eixo-em-pdf/2_combate_a_corrupcao.pdf/view)>.

BRESSER-PEREIRA, L.; GRAU, C. N. (Coord.). **Responsabilização na administração pública**. São Paulo: CLAD/ FUNDAP, 2006.

DAGNINO, E. ¿Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando? In: MATO, D. (Coord.). **Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización**. Caracas: Facultad de Ciencias Económicas y Sociales (Faces) - Universidad Central de Venezuela (UCV), p. 95-110, 2004.

FILGUEIRAS, F.; AVRITZER, L. Corrupção e controles democráticos no Brasil. In: CUNHA, A.; MEDEIROS, B.; AQUINO, L. (Eds.). **Estado, instituições e de democracia**: República. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea): Brasília, vol. 1, 2010.

GRAU, N. Nudos críticos de la *accountability* societal: extrayendo lecciones de su institucionalización en America Latina. 2000. **Mimeo**.

NASCIMENTO, J. **A atuação dos conselhos municipais de alimentação escolar**: análise comparativa entre o controle administrativo e o controle público. Monografia, Curso de Especialização em Democracia Participativa, República e Movimentos Sociais, Universidade de Minas Gerais (UFMG), Minas Gerais, maio 2010.

MCCUBBINS, M. D.; SCHWARTZ, T. Congressional oversight overlooked: police patrols versus fire alarms. **American Journal of Political Science**, vol. 28, p. 165-179, Feb. 1984.

MORO, G. Governance: a citizen's perspective. In: ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Open government**: fostering dialogue with the civil society. 2003.

O'DONNELL, G. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**, n. 44, p. 27-53, 1998.

PRZEWORSKI, A. Democracia y representación. **Reforma y Democracia**, Caracas, p. 7-30, 10 feb. 1998.

## ANEXO 1

### ANTEPROJETO DE LEI ORGÂNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL E ENTES DE COLABORAÇÃO

Autoria: Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

#### 1. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A Comissão constituída para elaborar anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal, conforme Portaria 426, de 6-12-07, alterada pela Portaria 84, de 23-4-08, tem a honra de apresentar a Vossa Excelência o anteprojeto de lei que estabelece normas gerais sobre Administração Pública direta e indireta, entidades paraestatais e entidades de colaboração. É importante ressaltar que a Comissão abandonou, logo de início, a ideia de fazer uma simples lei orgânica para a Administração Pública federal, por entender que a necessidade atual – no âmbito federal, mas não restrita a ele – é de uma redefinição das várias classes de entidades que compõem a administração indireta, especialmente as que têm personalidade de direito privado, bem como a reconfiguração de seu regime jurídico. Como também considerou altamente relevante abranger, no anteprojeto, determinadas entidades que, embora instituídas no âmbito não estatal – ainda que, em alguns casos, com impulso estatal – desenvolvem atividades de interesse público, que as habilitam a atuar como parceiras do Estado. Elas estão a meio caminho entre o estatal e o não estatal, gerindo, muitas delas, verbas públicas. Por isso mesmo, sua atuação está sujeita, sob alguns aspectos, a normas de direito público, especialmente no que diz respeito ao controle. Trata-se das *entidades paraestatais* e das *entidades de colaboração* (estas últimas pertencentes ao chamado terceiro setor). Este foi o primeiro desafio da Comissão: construir uma lei que contenha normas de âmbito nacional, já que referidas a matérias de competência privativa ou predominante do Congresso Nacional. Não é viável criar apenas para a União novos perfis de entidades da administração indireta, sujeitas a regime jurídico diferenciado, com derrogações de normas do direito civil (especialmente as pertinentes às pessoas jurídicas), só possíveis por lei de âmbito nacional (CF, art. 22, I). Ademais, parte significativa do anteprojeto envolve matéria de licitação ou contratação, cujas normas gerais devem ser nacionais (CF, art. 22, XXVII), e isso tanto no que se refere às novas regras de licitação para entidades estatais de direito privado e ao regime do contrato de autonomia, como, ainda, ao contrato de colaboração pública a ser firmado com entes de colaboração. Também devem ser nacionais as normas sobre as entidades paraestatais, pois cabe somente à União legislar sobre suas duas classes: as corporações profissionais e os serviços sociais autônomos vinculados ao sistema sindical (CF, art. 8º, art. 22, I e XVI, e

art. 240). O trabalho considerou as insuficiências, contradições e imprecisões do Decreto-lei 200, de 25-2-67, a necessidade de dispor sobre aspectos relevantes das emendas constitucionais 19/98 e 32/01, o crescimento da agenda organizatória, sobretudo com a emergência das parcerias com o terceiro setor e a ampliação dos serviços sociais, a fragmentação de iniciativas em matéria de organização e perda de visão de conjunto das alternativas no modo de funcionamento do aparato administrativo do Estado. Este estado de coisas produziu a confusão conceitual que atualmente impõe obstáculos à gestão pública e promove desencontros entre órgãos de controle sobre aspectos fundamentais da organização e funcionamento das entidades administrativas. Entendeu-se haver impropriedades nos conceitos de algumas entidades estatais, contidos no Decreto-lei 200/67, e imprecisões em diversos aspectos da disciplina das empresas estatais. Por igual, reconheceu-se na lei vigente a falta de delimitação mais nítida entre as atividades de supervisão e controle; a ausência de disciplina do controle social da administração, a confusão entre descentralização e desconcentração; o não tratamento adequado do tema das subsidiárias das entidades da administração indireta, bem como o não tratamento do tema das empresas das quais o Estado participe sem integração à administração indireta, além da omissão na disciplina geral de numerosas questões surgidas após a edição do Decreto-lei 200/67. A Comissão considerou relevante disciplinar a expedição de regulamento de organização, disciplinar o contrato previsto no artigo 37, § 8º, da Constituição, e o vínculo jurídico com as entidades de colaboração. Na elaboração do trabalho, como não poderia deixar de ser, a Comissão levou em conta determinados princípios e parâmetros já definidos pelo Decreto-lei 200/67, que, por mais de quatro décadas, vêm norteando a atuação da Administração Pública Federal. A importância de seus conceitos e princípios fez com que seus efeitos ultrapassassem o âmbito da União e fossem acolhidos, sob muitos aspectos, pela legislação estadual e municipal, transformando-se no que já se denominou de verdadeira Constituição da Administração Pública. Mas não há dúvida de que, no período de sua vigência, profundas mudanças se fizeram sentir na organização e no funcionamento da Administração Pública, bem como nas formas de gestão de suas atribuições. Tudo isto em decorrência de alterações constitucionais, legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, muitas delas sob inspiração do direito estrangeiro, levando ao surgimento de novos princípios, concepções e institutos que impõem a necessidade de adaptar a essa nova realidade o regime jurídico da Administração Pública e dos entes que a integram, bem como os seus vínculos com as entidades paraestatais e de colaboração. Com efeito, não se pode manter a igualdade de tratamento hoje dispensada às entidades da administração indireta, sem levar em consideração o tipo de atividade que exercem, a estrutura que melhor se adapte aos seus fins e, em decorrência disso, a natureza de sua personalidade jurídica, de direito público ou privado. A diversidade de fins e de natureza exige diversidade de tratamento jurídico.

Ademais, sentiu-se a necessidade de tratar, de forma sistematizada, dos entes que atuam paralelamente ao Estado – as chamadas *entidades paraestatais* e os entes que compõem o hoje denominado terceiro setor, batizado, no anteprojeto, quando em parceria como o poder público, de *entidades de colaboração*. Sem desconsiderar a legislação específica que rege algumas dessas entidades, houve a preocupação em estabelecer regras indispensáveis para garantir que a sua atuação e os seus vínculos com a Administração Pública não destoem, antes se amoldem aos princípios constitucionais a que a mesma se submete. O anteprojeto compreende cinco Títulos: a) o primeiro contém uma disposição preliminar definindo o objeto da lei; b) o segundo trata das *entidades estatais* (abrangendo administração direta e indireta), contendo capítulos sobre administração direta e indireta, autarquias, entidades estatais de direito privado (empresas estatais e fundações estatais), regime das entidades estatais de direito privado, contrato de autonomia, planejamento, articulação e controle; c) o terceiro disciplina as *entidades paraestatais*, que incluem as corporações profissionais e os serviços sociais autônomos; d) o quarto cuida das *entidades de colaboração* e do seu vínculo jurídico com os órgãos e entidades da administração direta e indireta; e) o último contempla algumas *disposições finais e transitórias*, inclusive indicando as normas do Decreto-lei 200/67 que continuam em vigor. A forma como tais itens foram disciplinados será a seguir justificada.

## 2. ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA

O anteprojeto mantém a já consagrada distinção entre *administração direta*, organizada com base na hierarquia e desconcentração, composta por órgãos sem personalidade jurídica, e *administração indireta*, integrada por entidades dotadas de personalidade jurídica, autonomia administrativa e funcional, vinculadas a fins definidos em suas leis específicas. Ambas submetem-se aos instrumentos de articulação administrativa definidos no anteprojeto, abrangendo coordenação e supervisão, bem como aos vários instrumentos de controle previstos no capítulo III do Título II.

## 3. ADMINISTRAÇÃO DIRETA

Com relação à administração direta, foram definidas, logo no capítulo I do Título II, além das exigências de organização baseada na hierarquia e desconcentração, as competências que podem ser exercidas pelo Chefe do Poder Executivo, com fundamento no artigo 84, VI, *a*, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional 32, de 11-9-01. Esse dispositivo atribui ao Presidente da República competência privativa para dispor sobre “*organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos*”. Com fundamento nesse dispositivo, o anteprojeto reconhece ao Chefe do Executivo competência para estabelecer, por decreto, a estrutura inter-

na dos órgãos do Poder Executivo; desmembrar, concentrar, deslocar ou realocar atribuições de órgãos; fazer remanejamento e alterar a denominação de órgãos; e redistribuir cargos, empregos e funções entre órgãos. Procurou-se definir as competências que se inserem no referido dispositivo constitucional, respeitando as áreas de atribuições previstas em lei e a vedação de adotar medidas que impliquem aumento de despesa e a criação ou extinção de órgãos. Os órgãos da administração direta não possuem personalidade jurídica, mas poderão dispor de autonomia, nos termos da Constituição e da lei. Afasta-se, desse modo, o preconceito ainda presente contra o reconhecimento de graus de autonomia administrativa a órgãos, consideradas situações especiais em que este reconhecimento se impõe. Essa orientação permitirá o aprofundamento da temática das relações inter orgânicas, a aplicação adequada do artigo 37, § 8º, da Constituição Federal e o tratamento coerente de unidades orgânicas peculiares, a exemplo dos conselhos consultivos, órgãos constitucionais autônomos e órgãos deliberativos com participação social.

#### 4. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

A administração indireta compreende entidades estatais de direito público (*autarquias*) e de direito privado, abrangendo as *empresas estatais* (empresas públicas e sociedades de economia mista) e as *fundações estatais*, todas elas podendo ter subsidiárias (tal como previsto no artigo 37, XX, da Constituição Federal), também integrantes da administração e, por isso mesmo, definidas no anteprojeto. A disciplina a respeito das subsidiárias, inclusive na forma de autarquias e fundações estatais, é um instrumento importante para a reorganização administrativa. De modo geral, o anteprojeto mantém as modalidades previstas no Decreto-lei 200/67: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, substituindo-se, com relação a esta última, a expressão fundação pública por fundação estatal, com o objetivo de evitar a confusão que hoje se faz entre a designação “pública” e a sua personalidade jurídica, que é de direito privado. Além disso, incluiu os consórcios públicos (independentemente de sua natureza jurídica, pública ou privada) entre as entidades da administração indireta. A definição dessas entidades foi feita levando-se em conta a sua *natureza jurídica* (de direito público ou privado), bem como o *tipo de atividade* que exercem, do que decorre diversidade de *egime jurídico*. Apenas com relação às fundações estatais não houve definição aseada no âmbito de atuação, tendo em vista que o artigo 37, XIX, da Constituição Federal exige lei complementar para essa definição, certamente com o intuito de fastar, com relação às mesmas, a norma do artigo 62, parágrafo único, do Código Civil, que limitou a instituição de fundações àquelas que tenham fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. O constituinte deixou para a lei complementar a tarefa de definir os fins que podem justificar a instituição de fundação pelo poder público e que não podem sofrer as mesmas limitações impostas pelo Código Civil ao particular.

## 5. AUTARQUIAS

Na definição das autarquias, o anteprojeto deixa expressa a sua natureza de pessoa jurídica de direito público (suprindo omissão do conceito contido no artigo 5º, I, do Decreto-lei 200/67), daí extraindo-se a consequência de submetê-las ao mesmo regime de gestão da administração direta, inclusive quanto aos atos e processos administrativos, licitações, contratações, bens, servidores públicos, responsabilização, prestação de contas, imunidade tributária e prerrogativas processuais. É prevista uma ampliação do objeto das autarquias, para abranger não só os serviços públicos, mencionados no referido dispositivo do Decreto-lei 200/67, como também outras atividades administrativas que impliquem poderes próprios do Estado e que, por isso mesmo, só podem ser prestadas por pessoas jurídicas de direito público, dotadas de prerrogativas próprias do Estado. É o caso das atividades de polícia, intervenção e regulação, dentre outras. Afeiçoando-se à doutrina dominante, o anteprojeto considera como autarquias as entidades que, embora denominadas como fundações pelas leis instituidoras, exercem atividade incompatível com a personalidade de direito privado; são as modalidades que têm sido chamadas de fundações de direito público, submetidas a este regime jurídico. Essas entidades não serão sujeitas às normas sobre fundações da legislação civil e processual civil, tampouco às normas sobre fundações estatais, que, no anteprojeto, são pessoas de direito privado. Com relação às autarquias de regime especial – assim consideradas exatamente por terem regime jurídico próprio definido nas leis específicas que as regulam – o anteprojeto limita-se a dar um conceito genérico, para realçar o seu maior grau de autonomia, garantida, entre outros instrumentos, pelo mandato fixo e estabilidade dos seus dirigentes, bem como pela impossibilidade de revisão de seus atos, salvo pelo Poder Judiciário. Não houve preocupação em definir os consórcios públicos, por estarem regidos por lei específica, limitando-se o anteprojeto a incluir na modalidade de autarquia aqueles que sejam constituídos sob forma de associação pública e, entre as entidades estatais de direito privado, os constituídos com personalidade jurídica de direito privado. As associações públicas, sendo autarquias, submetem-se ao mesmo regime jurídico para elas estabelecido, observadas as normas da legislação específica. Com relação aos consórcios públicos com personalidade de direito privado, entendeu-se conveniente incluí-los entre as entidades da administração indireta, corrigindo falha da Lei 11.107, de 6-4-2005. Isto porque, sendo constituídos por entes políticos para desempenharem atividades descentralizadas, não podem ficar fora da Administração Pública nem fugir ao regime jurídico a ela imposto, inclusive constitucionalmente.

## 6. EMPRESAS ESTATAIS

Com relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, o anteprojeto as inclui na categoria mais ampla de empresas estatais (adotando terminologia já utilizada na doutrina e jurisprudência), realçando, com isso, alguns de seus aspectos comuns, já decorrentes, implícita ou explicitamente, do direito positivo: - a sua natureza jurídica é de pessoas jurídicas de direito privado; - o seu controle é exercido direta ou indiretamente pelo poder público; o controle indireto é exercido pelo próprio ente político; o controle direto é exercido por qualquer entidade estatal, de direito público ou privado, que seja titular de direitos que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações ou o poder de eleger a maioria dos administradores; - o objeto é a prestação de serviços públicos ou a exploração de atividade econômica caracterizada pela produção ou circulação de bens ou de serviços em geral; este último aspecto vem ao encontro da doutrina que, desde longa data, clama pela necessidade de serem distinguidos os dois objetos passíveis de serem atribuídos às empresas estatais; - a sua criação é feita pelo Poder Executivo ou por entidade da administração indireta de que a empresa deva ser subsidiária, porém depende, em qualquer caso, de autorização dada por lei específica, podendo ocorrer por constituição ou por aquisição de ações ou quotas de empresa existente; neste último caso, deverão adaptar-se gradualmente ao regime das empresas estatais até o final do exercício subsequente ao da aquisição; a extinção ou privatização também depende de autorização dada por lei específica. Os objetivos centrais do anteprojeto, em relação às empresas estatais, foram os de definir com clareza as situações em que exigências de natureza pública lhes são aplicáveis (como as relativas a concurso público e licitação), construir o regime jurídico relativo a essas exigências de modo compatível com o princípio constitucional da eficiência, viabilizar a aplicação, quanto ao mais, do regime empresarial comum e, por fim, assegurar a autonomia dessas empresas, indispensável para o cumprimento de sua função. Atento à possibilidade de empresas constituídas pelo setor privado terem seu controle assumido pelo Estado, o anteprojeto prevê a sua adaptação ao regime das empresas estatais – portanto da administração indireta - até o final do exercício seguinte ao da aquisição. Trata-se daquelas modalidades em que o controle: (a) seja adquirido mediante doação, dação em pagamento, herança ou legado ou em decorrência de crédito público, hipótese em que esse ativo deve destinar-se à alienação pelo Estado, mas não pode ficar livre do regime constitucional das entidades estatais caso a alienação não ocorra em prazo razoável; (b) seja assumido mediante aquisição de ações ou quotas. Com essas normas, evita-se que o Estado detenha o controle de empresa que fique indefinidamente fora do regime jurídico das entidades da administração indireta, com grave risco à moralidade administrativa. Embora o anteprojeto tenha adotado novas soluções conceituais a esse respeito, as duas grandes diferenças entre empresa pública e sociedade de economia mista permanecem as mesmas: (a) a empresa pública é controlada diretamente por



entidade ou entidades estatais, podendo adotar qualquer das formas previstas na legislação civil e comercial ou em lei federal específica, inclusive a forma de sociedade unipessoal ou pluripessoal, que correspondem a categorias já existentes; (b) a sociedade de economia mista tem capital misto, do qual participam pessoas físicas ou entidades não estatais; ela tem sempre a forma de sociedade anônima. Não se repete a norma do artigo 5º, III, do Deceto-lei 200/67, na parte em que exigia que as ações com direito a voto pertencessem, em sua maioria, à União ou a entidade da administração indireta, tendo em vista o entendimento, aceito desde longa data, de que é possível existirem sociedades de economia mista ditas minoritárias, em que o controle estatal é assegurado estatutariamente, independentemente da maioria das ações ser de titularidade de particulares.

## 7. FUNDAÇÕES ESTATAIS

O anteprojeto, seguindo a mesma orientação adotada no Decreto-lei 200/67 (alterado, quanto às fundações, pela Lei nº 7.596/87), considera as fundações estatais como pessoas jurídicas de direito privado. As que foram ou vierem a ser instituídas com personalidade de direito público são, por disposição expressa, consideradas como autarquias, qualquer que seja a denominação que lhes seja atribuída pela lei instituidora; considerou-se ser essa a melhor solução já que, sendo de natureza pública, seu regime jurídico será necessariamente o mesmo a que se submetem as autarquias; de resto, esse é o entendimento já adotado predominantemente na doutrina e na jurisprudência dos tribunais superiores. O objetivo central do anteprojeto, no tocante às fundações estatais, é o de, por meio de uma clara definição de seu regime jurídico, em seus múltiplos aspectos, reverter a equivocada tendência – verificada sobretudo no âmbito federal – de autarquização de todas as fundações, mesmo daquelas cujas atividades não o justificassem. Se, por um lado, a Comissão propõe submeter ao regime autárquico as fundações de direito público, por outro, entende que a fundação estatal de direito privado é um modelo jurídico não só compatível com a Constituição como indispensável para a atuação eficiente do Estado na área social. Sua utilização, hoje bastante dificultada por conta de dúvidas jurídicas, se tornará plenamente viável se houver clareza jurídica quanto a seu regime – e, claro, se ela estiver sujeita ao regime mínimo das entidades estatais imposto pela Constituição, como também ocorre com as empresas estatais. A recuperação da figura da fundação estatal de direito privado tem de ser acompanhada da construção de um regime jurídico flexível de gestão, que lhe permita cumprir de modo eficiente suas missões, sem perda dos controles públicos. O anteprojeto busca alcançar esse objetivo por meio de mecanismos como o contrato de autonomia e a autorização para adoção de normas próprias de contratação. O anteprojeto afasta expressamente a aplicação, às fundações estatais de direito privado, das normas do Código Civil e do Código de Processo Civil



pertinentes à organização e funcionamento das fundações, sem que, com isso, haja o intuito de aproximá-las das pessoas jurídicas de direito público; como entidades de direito privado, elas não são dotadas das prerrogativas próprias do poder público, como ocorre com as autarquias, e devem ter um regime privado. Como as normas relativas às fundações civis não serão aplicáveis às fundações estatais, o anteprojeto disciplina, com as adaptações necessárias, os aspectos de que cuida a legislação afastada. Assim, o anteprojeto prevê que: - a sua instituição, sob a forma de decreto ou de escritura pública, é feita pela entidade político-administrativa ou pela entidade da administração indireta de que a fundação seja subsidiária, dependendo de prévia autorização legislativa, conforme o disposto no artigo 37, XIX e XX, da Constituição Federal; - a aquisição da personalidade jurídica ocorre com a inscrição do ato constitutivo e do estatuto da entidade no Registro Civil das Pessoas Jurídicas; - podem ser instituídas ou mantidas pelo poder público; essa possibilidade decorre do disposto em vários dispositivos da Constituição, a exemplo dos artigos 71, II e III, 165, § 5º, I e III, 169, § 1º; - são mantidas pelo poder público as que recebam do instituidor recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral, mediante previsão de dotação orçamentária; - podem ser instituídas sem dotação inicial de bens, como decorrência de poderem ser mantidas pelo poder público; - mediante lei específica, a fundação estatal pode desvincular-se da administração indireta, tornando-se fundação civil não dependente do Estado e não controlada por ele, desde que observadas determinadas condições estabelecidas no anteprojeto com o objetivo de garantir a reversão do seu patrimônio à propriedade do poder público ou de outra entidade estatal; - a sua instituição pode ser feita por mais de uma entidade estatal ou em conjunto com particulares. A criação de fundações justifica-se nos casos em que a descentralização for preferível ao modelo organizacional da administração direta. Daí ser essencial que as regras legais viabilizem a existência da fundação estatal como entidade efetivamente autônoma, embora controlada – e mesmo mantida – pelo Estado. É isso o que o anteprojeto buscar assegurar.

## **8. REGIME DAS ENTIDADES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO**

A Comissão preocupou-se em definir o regime jurídico das entidades estatais de direito privado de modo a distingui-las das que têm personalidade de direito público, sob pena de perder sentido a sua inclusão em categorias diferentes. O regime privado, por suas características de flexibilidade, é um instrumento importante da organização administrativa, naqueles casos em que a atuação do Estado não esteja ligada ao exercício do poder de autoridade. Neste tópico, mais uma vez, torna-se relevante a atuação do legislador nacional. Assim, o anteprojeto prevê a sujeição dessas entidades ao regime próprio das pessoas jurídicas de direito privado quanto à remuneração do pessoal, ao pagamento e execução de

seus créditos e quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. De outro lado, o fato de tratar-se de entidades estatais, mesmo privadas, justifica sua submissão a certas exigências de natureza pública, de modo que o anteprojeto busca compatibilizar a convivência desses regimes. Para o pessoal são previstos o regime da legislação trabalhista (como já ocorre atualmente) e a contratação mediante concurso público realizado na modalidade de processo de seleção. Esse processo seletivo poderá ser simplificado para as contratações temporárias previstas no artigo 37, IX, da Constituição. A entidade estatal ficará obrigada a elaborar e divulgar publicamente o quadro de pessoal, que contemple os cargos, a forma de admissão e remuneração. Com essas normas, o anteprojeto acolhe no plano legislativo a orientação jurisprudencial quanto à submissão dos entes estatais privados ao regime do concurso público e disciplina sua aplicação, de modo a compatibilizá-la com a realidade da gestão administrativa. É importante destacar que o anteprojeto prevê a edição, em cada unidade federativa, de normas regulamentares sobre os processos seletivos, concorrendo assim para evitar distorções em sua realização no âmbito de cada entidade, e exige que esse regulamento seja precedido de consulta pública, assegurando controle antecipado sobre sua legitimidade. Para a celebração de seus contratos em geral, as entidades de direito privado não dependentes e também as dependentes que celebrarem contrato de autonomia poderão ter procedimentos próprios, definidos por meio de regulamento submetido a consulta pública e aprovado por decreto, observadas obrigatoriamente as diretrizes contidas no anteprojeto. Essa possibilidade, com relação às empresas estatais, encontra fundamento exposto nos artigos 37, inciso XXVII, e 173, § 1º, inciso III, da Constituição. No entanto, a Comissão houve por bem adotar a mesma disposição para as fundações estatais, inclusive por entender que, ao referir-se às *administrações públicas autárquicas e fundacionais*, o primeiro dispositivo citado somente alcançou as fundações de direito público, que se inserem no gênero *autarquia*, em relação às quais pode justificar-se a adoção do mesmo procedimento de licitação aplicável à administração direta, já que o respectivo regime jurídico é idêntico. Para as fundações estatais, que têm personalidade jurídica de direito privado, a coerência e a razoabilidade na interpretação das normas constitucionais recomendam tratamento diferenciado, até para que seja juridicamente aceitável o seu enquadramento nessa categoria. Não teria sentido defini-la como pessoa jurídica de direito privado e submetê-las ao mesmo regime jurídico das autarquias. Ademais, não existe qualquer imposição constitucional de que o regime de licitação seja unificado para as várias classes de entidades estatais, cabendo ao legislador construir regimes diferentes segundo as necessidades da eficiência administrativa. De resto, a autorização para as entidades estatais que celebrem contrato de autonomia terem um regulamento de contratações próprio, com regras adaptadas a seu modelo gerencial – observados, claro, os princípios constitucionais e as diretrizes legais – encontra fundamento

no artigo 37, § 8º, da Constituição, que prevê expressamente a concessão, nesse caso, de “autonomia gerencial”. O anteprojeto estabelece tratamento diferenciado para as entidades estatais de direito privado, conforme sejam *dependentes* ou *não dependentes*. As primeiras poderão ampliar a sua autonomia gerencial, orçamentária e financeira mediante a celebração do contrato de autonomia disciplinado no Título II, Capítulo IV. As demais já têm maior autonomia definida no próprio anteprojeto: em primeiro lugar, porque lhes é outorgado o poder de elaborar o seu orçamento, observado o que consta da lei orçamentária anual quanto aos investimentos e o programa de dispêndios globais aprovados por decreto; em segundo lugar, porque dispõem de autonomia gerencial e financeira para, na execução de seu orçamento, observar as normas próprias das empresas privadas, dentro dos limites constitucionais e legais.

### 9. CONTRATO DE AUTONOMIA

O anteprojeto trata com a denominação de *contrato de autonomia* o contrato previsto no artigo 37, § 8º, da Constituição Federal, deixando de lado a expressão contrato de gestão, que vinha sendo utilizada, por entender que a mesma gera confusão, de modo inconveniente, com o ajuste adotado, com a mesma denominação, pela Lei nº 9.637, de 15-5-98, que disciplina as chamadas organizações sociais. A expressão “contrato de autonomia”, além de designar bem o objetivo de sua celebração, é sugerida pelo próprio teor da norma constitucional. Contrato de autonomia é previsto, para o órgão ou entidade supervisora (o contratante), como forma de autovinculação e, para o órgão submetido a controle (o contratado) como condição para fruição de flexibilidades ou autonomias especiais. Realça-se o aspecto de *autonomia* concedida ao órgão contratado, bem como o aspecto do *controle* a ser exercido pelo órgão supervisor, de modo a permitir a verificação do cumprimento das metas de desempenho previamente estipuladas. Essas metas de desempenho – que têm por objetivo garantir a eficiência e facilitar o controle de resultados – é que justificam a maior autonomia outorgada aos órgãos ou entidades que firmarem o contrato de autonomia. Os países que adotam essa modalidade de ajuste utilizam-no como instrumento de controle; na realidade, como o anteprojeto enfatiza, trata-se de forma de contratualização do controle, seja no âmbito interno (entre órgão controlador e órgão controlado), seja no âmbito das relações entre administração direta e indireta. Ele é baseado em três ideias fundamentais: (a) a *fixação de metas* a serem atingidas pelo órgão ou entidade controlado; (b) a outorga de maior *autonomia* gerencial, orçamentária e financeira, para facilitar a consecução das metas e melhorar a eficiência; (c) o *controle de resultados*, que facilitará a verificação do cumprimento das metas. É o que decorre do artigo 37, § 8º, da Constituição. O anteprojeto estabelece: - os objetivos do contrato de autonomia, voltados para a melhoria do desempenho de órgãos e

entidades da Administração Pública; - as cláusulas necessárias; - a possibilidade de suspensão do contrato quando não atingidas as metas intermediárias; - a rescisão do contrato por acordo entre as partes ou, administrativamente, pelo contratante nas hipóteses de insuficiência injustificada de desempenho do contratado ou por descumprimento reiterado das cláusulas contratuais. O anteprojeto define flexibilidades e autonomias gerenciais, orçamentárias e financeiras que podem ser outorgadas por meio do contrato de gestão, suprimindo omissão legislativa que vinha dificultando a aplicação do referido dispositivo constitucional.

## 10. PLANEJAMENTO, ARTICULAÇÃO E CONTROLE DAS ENTIDADES ESTATAIS

A Comissão propõe, como vetores estruturantes, verdadeiros fundamentos das atividades da Administração Pública, o *planejamento*, a *articulação* (compreendendo a coordenação e a supervisão) e o *controle*. Em capítulo próprio, o anteprojeto estabelece a necessidade de a ação governamental vincular-se ao *planejamento*, voltado à racionalidade administrativa, à ação coordenada para o desenvolvimento das políticas públicas e à consagração dos direitos fundamentais. Assim é que, em rol não taxativo, são propostos os seguintes instrumentos de planejamento: plano geral de governo; programas gerais, setoriais e regionais de duração plurianual; diretrizes orçamentárias e metas fiscais; orçamento anual; programação financeira de desembolso e quadro de quotas trimestral de despesas por unidade orçamentária; e quadro de recursos de aplicações de capital de duração mínima trianual. O *planejamento*, que será determinante para o poder público e terá caráter indicativo ao setor privado (conforme determina o artigo 174 da Constituição), compreenderá: (a) o planejamento orçamentário e financeiro; e (b) o planejamento finalístico global, intersetorial e setorial. Ao órgão central de planejamento caberá a articulação e a ampla divulgação dos instrumentos de planejamento geral e setoriais. O anteprojeto aparta os instrumentos de *articulação administrativa* (integrantes de uma concepção de controle em sentido amplo) do controle *stricto sensu*, de natureza predominantemente fiscalizatória e corretiva. Assim é que, em paralelo com a fiscalização (em seus aspectos repressivo e reparador), exercida no âmbito do controle *stricto sensu*, o anteprojeto confere tratamento sistematizado à articulação administrativa, por meio dos mecanismos de coordenação e supervisão, pelos quais se busca assegurar a uniformidade, a racionalidade e a coesão política no exercício das competências dos diferentes órgãos e entidades estatais, bem como no relacionamento com as entidades paraestatais e não estatais. Nos termos do que prevê o anteprojeto, a *coordenação*, a ser exercida em todos os níveis da Administração, destina-se a simplificar, integrar e unificar a ação administrativa. Pela disciplina conferida pelo anteprojeto ao tema, o exercício da coordenação dar-se-á mediante a atuação das chefias individuais, com a participação das chefias subordinadas e a instituição e funcionamento de comissões de coordenação, às quais se confere o

dever de promover a racionalização de meios e o intercâmbio de informações concernentes aos programas e iniciativas de cada órgão ou entidade envolvido. Havendo necessidade de exame de matéria que envolva diferentes interesses setoriais, prevê-se a possibilidade de convocação (por intermédio do Chefe do Executivo) de *conferência de serviço*, que congregue os órgãos e entidades competentes para decidir; trata-se de novo instrumento para tornar mais ágil a decisão de questões relevantes e urgentes no âmbito da Administração Pública. De outro lado, o anteprojeto estabelece a submissão dos órgãos e entidades da Administração à *supervisão hierárquica* e à *supervisão por vinculação*. A primeira, exercida em caráter contínuo e baseada na hierarquia, compreende a nomeação de dirigentes, a emissão de atos normativos e de ordens, o estabelecimento e avaliação de objetivos e metas, o monitoramento das ações, o exercício do poder disciplinar, bem como a cobrança permanente de informações e resultados. É exercida pelo Chefe do Executivo em relação aos órgãos que lhe são diretamente subordinados, pelos Ministros de Estado e pelos dirigentes das entidades da administração indireta. A supervisão por vinculação, exercida não a partir da hierarquia mas do vínculo jurídico existente entre entidade supervisionada e supervisora, por sua vez, é desempenhada sobre a entidade da administração indireta (pelo órgão a que ela é vinculada) e se relaciona à verificação periódica do atendimento das diretrizes governamentais e dos objetivos fixados nos seus atos constitutivos e nos instrumentos ampliadores de autonomia; à prestação de informações administrativas, operacionais e financeiras; à submissão às normas de elaboração, encaminhamento e execução orçamentária e responsabilidade fiscal; à fiscalização dos limites e critérios para despesas com pessoal; e à fixação de limites e critérios de despesas com publicidade. Procurando assegurar, por um lado, que o exercício da supervisão não enseje a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei de criação do ente da Administração, e, por outro, que ela seja instrumento eficaz de articulação administrativa, o anteprojeto oferece importante diretriz de responsabilização, ao sujeitar o dirigente da entidade supervisionada a sanção por improbidade administrativa em caso de omissão reiterada do dever de prestar as informações solicitadas pelo órgão de supervisão. Na sequência, a Comissão dedicou cuidado especial ao tema do *controle* da Administração Pública, tendo adotado a orientação de formular proposta de um anteprojeto de lei que contemple um regime geral para o controle, objetivando sistematizar o assunto e consolidar os tópicos doutrinária e jurisprudencialmente assentes, aduzindo elementos conducentes à efetivação da responsabilização da forma mais eficiente possível, cumprindo com os objetivos primordiais do controle, quais sejam, a defesa do patrimônio público, a adequada aplicação de recursos públicos, o cumprimento das finalidades da atuação administrativa e a adstrição à legalidade. A partir do diagnóstico de que os mecanismos de controle existentes atualmente são marcadamente formais e custosos (ineficientes e ineficazes), tornou-se um grande

desafio contemporâneo estruturar um sistema de controle capaz de, a um só tempo, ser eficiente, sem, no entanto, engessar a Administração ou inviabilizar o controle, tornando-o demasiadamente custoso e ineficaz. Tendo isso em vista e levando em conta o forte processo de mudança que o controle tem sofrido no direito comparado (em especial na União Europeia), as *diretrizes gerais* do controle, adotadas no anteprojeto, foram ditadas pela supressão de controles meramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco (diretriz já constante do Decreto-lei 200/67), pelo fortalecimento do controle *a posteriori* (ao invés da vertente *ex ante* que predomina atualmente); pelo predomínio da verificação de resultados (ao invés do controle formal hoje prevalecente); pela simplificação dos procedimentos, erradicação de sobreposição de competências e instrumentos de controle (a fim de que a multiplicidade de mecanismos de controle não acarrete a sobreposição e, com ela, a ineficiência); pela obrigatoriedade dos órgãos ou entes de controle verificarem a existência de alternativas compatíveis com as finalidades de interesse público dos atos ou procedimentos que sejam por eles impugnados; e pela responsabilização pessoal do agente que atuar com incúria, negligência ou improbidade (a responsabilização do próprio gestor). A partir dessas diretrizes gerais, o anteprojeto adota como vértice estrutural duas espécies de controle: o *controle público* e o *controle social*. Preceitos específicos foram dedicados às duas modalidades, objetivando-se que as diferentes esferas de controle atuem de forma integrada, evitando-se que a multiplicidade de controles possa levar à ineficiência da máquina administrativa. Ademais, a não limitação do controle apenas aos Poderes estatais (já que foi conferido também à sociedade civil) acarreta maior legitimação à governança e maior transparência à atuação da máquina administrativa e, fundamentalmente, maior controle sobre suas atividades. Por meio de ambas as formas de controle, assim, objetiva-se ampliar o alcance do controle, de modo a que ele seja exercido de fato com vistas à efetivação da fiscalização do desempenho dos órgãos e entidades da Administração, inclusive na vertente repressiva e reparadora. Ao disciplinar o *controle público*, o anteprojeto estabelece ser ele constituído pelas formas de *autocontrole* e de *controle externo*. O autocontrole (que abrange o controle interno e o controle correcional) compreende a atividade interna a cada Poder ou entidade, com vistas à fiscalização e à avaliação da ação governamental e da gestão dos administradores públicos. Ao órgão central competirão a normatização e a direção das atividades de controle interno, ficando os órgãos setoriais encarregados da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e do apoio do controle externo no exercício de sua missão institucional. O controle correcional, por sua vez, nos termos do que prevê o anteprojeto, será exercido pelos órgãos de auditoria ou corregedoria, em caráter exclusivamente reativo, quando provocados por denúncias ou representações ou ainda de ofício por ocasião de análise do relatório anual de cada órgão ou entidade. De outro lado, o anteprojeto prevê o exercício do *controle externo* pelo

Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas respectivo. Com relação a este, é previsto o princípio fundamental, decorrente da separação constitucional entre os Poderes, da impossibilidade de os órgãos do controle externo interferirem na gestão dos órgãos ou entidades submetidos ao seu controle, bem como de praticarem atos que impliquem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas. Nos termos do que prevê o anteprojeto, o controle público terá objeto amplo, compreendendo, entre outros instrumentos, a aplicação de recursos ou bens públicos, os resultados e a legalidade. Assim é que, em consonância com Constituição, (a) sujeita ao controle quaisquer pessoas que utilizem, arrecadem, guardem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos ou que assumam obrigações de natureza pecuniária em nome de pessoa jurídica integrante da Administração Pública; (b) confere aos órgãos e entidades da Administração Pública o dever de fazer publicar seu relatório de atividades (indicando as metas e os resultados institucionais alcançados e circunstanciando os obstáculos encontrados); (c) estabelece o dever de os órgãos de consultoria jurídica da Administração, no exercício do controle prévio de legalidade, prestarem orientação jurídica quanto às medidas aptas a permitir a efetividade da ação administrativa, em conformidade com os preceitos legais. Neste particular, busca-se evitar que as instâncias de controle prévio de legalidade atuem em descompasso com as necessidades inerentes à execução de políticas públicas e que ajam sem compromisso com as finalidades maiores de efetivação dos direitos fundamentais. Por outro lado, ao disciplinar o *controle social* participativo, o anteprojeto procura aperfeiçoar a gestão pública, a legalidade, a efetividade das políticas públicas e a eficiência administrativa. Assim é que prevê rol não exaustivo de instrumentos sociais (como consulta pública, audiência pública, exercício do direito de petição e de representação, denúncia de irregularidades, atuação do interessado nos processos administrativos, participação em órgãos colegiados, na forma da lei), além da manutenção de ouvidorias nos órgãos e entidades da Administração.

## 11. ENTIDADES PARAESTATAIS

A expressão *entidade paraestatal* tem sido utilizada no direito brasileiro com diferentes sentidos e sem muita precisão conceitual, prestando-se a diferentes interpretações doutrinárias e jurisprudenciais. Alguns incluem nessa categoria as entidades da administração indireta com personalidade de direito privado; outros consideram como tal apenas os chamados serviços sociais autônomos, de que são exemplos as entidades do chamado Sistema S. Apegando-se ao sentido etimológico da expressão, o anteprojeto trata das entidades paraestatais como pessoas jurídicas que não integram a Administração Pública direta ou indireta. Elas atuam paralelamente ao Estado, sem integrá-lo. Compreendem: (a) as *corporações profissionais*, como pessoas jurídicas de direito público, e (b) os



*serviços sociais autônomos*, como pessoas jurídicas de direito privado. Continuam sendo considerados como entidades paraestatais, como sempre o foram, os serviços sociais autônomos que, criados com autorização legislativa, recebem contribuições compulsórias dos empregadores, com fundamento no artigo 240 da Constituição e prestam serviço social e de formação profissional, sendo vinculadas ao sistema sindical. No entanto, o anteprojeto dá uma configuração um pouco ampliada para abranger, além dos serviços sociais autônomos, outras entidades que exercem atividades públicas e que também são criadas com autorização legislativa. Nessa categoria se incluem as chamadas corporações profissionais, tais como OAB, CREA, CREM e outras semelhantes que, por exercerem atividade de polícia (melhor se diria atividade disciplinar), de regulação e de repressão sobre os seus associados, têm que ser tratadas como pessoas jurídicas de direito público, no que diz respeito a esse seu papel fiscalizador, regulador e sancionador, que constitui sua atividade-fim. Acompanha-se entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que tais atividades, sendo típicas de Estado, só podem ser exercidas por pessoas jurídicas de direito público, com os controles respectivos. Porém, nos aspectos estritamente de gestão (pessoal e contratações, por exemplo), a aplicação do regime das entidades estatais de direito público seria incompatível com a independência de que essas entidades paraestatais devem, por sua natureza, gozar frente ao Estado, como, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal relativamente ao caso da OAB. Assim, o anteprojeto acompanha a tendência crescente, no direito estrangeiro, de excluir tais entidades do âmbito da Administração Pública direta e indireta, o que é compatível com a peculiaridade de sua missão e com seu caráter corporativo. Os dois tipos de entidades paraestatais previstos no anteprojeto sujeitar-seão, por extensão, a princípios próprios da Administração Pública (legalidade, legitimidade, moralidade, eficiência, interesse público e social, razoabilidade, impessoalidade, economicidade e publicidade), ficando, contudo, excluídos do âmbito de aplicação das normas das entidades estatais sobre contratação administrativa e servidores públicos, para preservar sua autonomia. Elas devem adotar procedimentos próprios de gestão financeira, contratação e seleção de pessoal que assegurem a eficiência e a probidade na aplicação de seus recursos, publicando anualmente suas demonstrações financeiras e prestando contas nos termos do parágrafo único do artigo 70 da Constituição, as quais serão apreciadas pelo Tribunal de Contas da União dentro dos limites determinados pelo respeito à autonomia que lhes foi conferida por lei. Contudo, as corporações profissionais, no que diz respeito às atividades de regulação, fiscalização e sancionadora, sujeitam-se ao regime jurídico de direito público, sendo seus atos dotados dos atributos próprios dos atos administrativos praticados pelas entidades públicas e dispondo de prerrogativas próprias de autoridade.



## 12. ENTIDADES DE COLABORAÇÃO

O intuito da Comissão, com o Título IV do anteprojeto, é o de disciplinar sobretudo o vínculo jurídico das entidades de colaboração com a Administração Pública. Sob o título de entidade de colaboração foram abrangidas todas as pessoas jurídicas não estatais, sem fins lucrativos, constituídas pela iniciativa privada, para o desempenho de atividades de relevância pública, tal como definidas no anteprojeto. A ideia é alcançar as diversas espécies de entidades não estatais que estabelecem vínculo jurídico com o poder público, como as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público, as filantrópicas, as fundações de apoio, as de utilidade pública e outras congêneres, já existentes ou que venham a existir com denominações diversas. Muitas dessas entidades estão disciplinadas por legislação específica, que continuará a ser aplicada no que não contrariar as normas inseridas neste anteprojeto. Independentemente da denominação do ajuste na legislação própria dessas entidades (contrato de gestão, termo de parceria, convênio ou qualquer outra), para os fins deste anteprojeto o vínculo se estabelece por meio do chamado *contrato público de colaboração*, ao qual não se aplicarão as normas da Lei nº 8.666, de 21-6-93, salvo quando se tratar de convênio, ao qual continuam a aplicar-se também as normas do artigo 116 daquela lei. O objeto do contrato tanto pode ser (a) o fomento de atividade de relevância pública, como (b) a atribuição, à entidade de colaboração, da execução de ação ou programa de iniciativa estatal, como (c) a execução conjunta de atividade estatal. Foram expressamente vedadas, como objeto do contrato público de colaboração, a outorga, a entidade não estatal, de atividade que não seja de relevância pública; a delegação de atividades de regulação, polícia e outras exclusivas do Estado; bem como o fornecimento, pela entidade não estatal, de mão de obra à entidade estatal, salvo na hipótese em que a entidade privada, nacional ou estrangeira, fomenta o exercício de atividades de relevância pública exercida por entidade estatal, sem receber desta qualquer benefício ou contrapartida. Com isso, pretende-se inclusive vedar desvios, que vêm se verificando na prática, com a utilização de entidades ditas de apoio apenas para gerir recursos públicos, sem outro objetivo que não o de fugir aos controles típicos das entidades estatais. O principal objetivo do modelo normativo adotado pelo anteprojeto é o de estabelecer, como exigência prévia à celebração do contrato, a realização de procedimento público sob a denominação de *chamamento público*, corrigindo-se falha hoje existente na legislação que disciplina os ajustes da Administração Pública com os referidos entes. O objetivo é o de permitir o amplo e prévio controle de todas as contratações, pela adoção de um método transparente de escolha do contratado e de determinação do conteúdo do contrato. O chamamento público não é um processo de licitação – e, por isso, não segue o regime legal desta, que

não foi concebido para a formatação de contratos de colaboração – mas se inspira em princípios de algum modo semelhantes. Deveras, o processo será realizado em consonância com os princípios legais e constitucionais da Administração Pública, especialmente publicidade, isonomia e motivação. Ao instituir essa exigência geral de procedimentalização para a celebração dos contratos de colaboração, o anteprojeto tomou o cuidado de não amarrar a ação administrativa a um modelo processual fixo, que poderia inviabilizar a ação administrativa eficiente. A solução jurídica adotada – compatível com a necessidade de flexibilidade – foi a de impor, às entidades administrativas, o dever de, previamente a qualquer contratação, editar normas definindo suas condições e detalhando os procedimentos a serem adotados. Essas normas constarão de regulamento, que deve ser discutido em consulta pública. Esse é, portanto, o segundo efeito importante da concepção do anteprojeto, sempre com o objetivo de impor transparência e viabilizar o controle: o de exigir a regulamentação, em cada caso, dos vínculos de colaboração entre Estado e entidades não estatais. O chamamento público somente deixará de ser exigido nas hipóteses expressamente previstas no anteprojeto, em que não existe praticamente sentido ou viabilidade de realizar o processo administrativo. Os órgãos de controle limitar-se-ão à verificação da regularidade do contrato e de seus resultados, não sendo admitido controle ou interferência na gestão da entidade não estatal. Os dispêndios de recursos recebidos em decorrência do contrato, bem como a seleção de pessoal, serão feitos de acordo com procedimentos próprios da entidade, de modo a garantir eficiência e probidade. É facultada a cessão de servidores públicos aos entes de colaboração, sem ônus para a origem, ficando vedada a incorporação, aos vencimentos do servidor, de qualquer diferença pecuniária a mais percebida junto ao ente de colaboração. Também é facultada a cessão de bens públicos à entidade não estatal durante o prazo de vigência do contrato. A entidade de colaboração, na vigência do contrato, não poderá participar de atividade político-partidária. A entidade estatal não poderá assumir qualquer débito da entidade não estatal, inclusive os relativos a pessoal.

### 13. DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

A Comissão, nas disposições finais e transitórias, limitou-se a prever algumas normas para adaptação de entidades da administração indireta às normas do anteprojeto, prevendo, inclusive, a alteração do artigo 235 da Lei nº 6.404, de 15-12-76, para deixar claro que são consideradas sociedades de economia mista sujeitas ao capítulo específico dessa lei as companhias de que as sociedades de economia mista participem majoritariamente. Apenas ficam excluídas aquelas em que a participação seja minoritária. Foi prevista a revogação do Decreto-lei nº 200/67, salvo com relação a dispositivos expressamente mencionados, que tratam de matéria que não constituiu objeto de normatização no anteprojeto.

#### 14. DA COMISSÃO E SEUS OBJETIVOS

A Comissão elaborou o anteprojeto em quinze reuniões, cada qual com a duração de dois ou três dias seguidos de debate e deliberação, no interregno de dezoito meses de trabalho. Houve ampla liberdade de avaliação da matéria, não tendo ocorrido sujeição a diretrizes impostas pelo poder público ou interferência de qualquer outra origem. Os membros não receberam remuneração, sendo a participação na Comissão considerada como prestação de serviços relevantes pela Portaria que a instituiu. O desiderato da Comissão não foi realizar um trabalho exaustivo. A orientação fundamental foi exatamente oposta: propor normas gerais, fornecer um quadro geral coerente das diferentes formas de entidades públicas, das entidades paraestatais e das entidades de colaboração, oferecendo bases para a produção normativa ulterior. Espera-se, com o anteprojeto, a partir de normas gerais que reduzam as ambiguidades e contradições existentes nesse relevante campo de discussão da atividade pública, contribuir para otimizar a ação administrativa, frequentemente paralisada por desacordos conceituais ainda existentes entre os órgãos de controle e no interior do próprio aparato administrativo, sobre os limites e as formas legítimas de ação das entidades administrativas ou de colaboração. Por outro lado, ao dispor sobre temas que aguardavam regulamentação normativa há bastante tempo, procurou-se atualizar a estrutura administrativa aos desafios dos nossos dias, oferecendo condições ao gestor para atuar com segurança e agilidade, moralidade e fidelidade ao interesse público, sem o receio de ser mal compreendido a cada passo, motivo invocado por muitos agentes para refugiarem-se na rotina e no imobilismo. O anteprojeto inova e reconhece a tradição, adota conceitos consagrados e busca identificar novas respostas a temas sobre os quais reina amplo silêncio ou vacilação, reconhecendo que a Administração Pública viveu nos últimos vinte anos uma verdadeira transformação organizatória, tornando-se mais diferenciada, abrangente e aberta à participação e ao controle social. Traduzir em linguagem jurídica essas transformações, adequando a Administração Pública aos desafios do desenvolvimento, preservando a legitimidade da utilização do direito público na realização das tarefas públicas, nos limites adequados à eficiência e à equidade do aparato administrativo, eis o objetivo último de todo o trabalho realizado.

Brasília, 16 de julho de 2009.

Almiro Do Couto E Silva

Carlos Ari Sundfeld

Florian De Azevedo Marques Neto

Maria Coeli Simões Pires

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Paulo Eduardo Garrido Modesto

Sérgio De Andréa Ferreira

## **ANEXO 2**

### **MINUTA DO ANTEPROJETO DE LEI ORGÂNICA**

LEI Nº ...

Estabelece normas gerais sobre a administração pública direta e indireta, as entidades paraestatais e as de colaboração.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

#### TÍTULO I

##### DISPOSIÇÃO PRELIMINAR

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre a administração pública direta e indireta, as entidades paraestatais e as de colaboração.

#### TÍTULO II

##### DAS ENTIDADES ESTATAIS

##### CAPÍTULO I

##### DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 2º. São pessoas jurídicas de direito público, como entidades estatais de caráter político-administrativo, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Art. 3º. A administração pública compreende a administração direta e a administração indireta.

Art. 4º. A administração direta é organizada com base na hierarquia e na desconcentração, sendo composta por órgãos, sem personalidade jurídica, os quais podem dispor de autonomia, nos termos da Constituição e da lei.

Art. 5º. A criação e a extinção de órgão da administração direta dependem de lei de iniciativa do Chefe do Executivo.

Art. 6º. A organização e o funcionamento da administração direta serão regulados por decreto que, nos termos e limites da Constituição, e respeitadas as áreas de competências previstas em lei, poderá:

I - estabelecer a estrutura interna dos órgãos do Poder Executivo, observada a estrutura básica prevista em lei;

II - desmembrar, concentrar, deslocar ou realocar atribuições de órgãos;

III - fazer remanejamento e alterar a denominação de órgãos; e

IV - redistribuir cargos, empregos e funções entre órgãos.

Parágrafo único. A competência referida no *caput* pode ser delegada, na forma da Constituição.

Art. 7º. A administração indireta é integrada por entidades, com personalidade jurídica, dotadas de autonomia administrativa e funcional, vinculadas aos fins definidos em suas leis específicas.

Art. 8º. A administração indireta compreende:

I - entidades estatais de direito público: autarquias

II - entidades estatais de direito privado: empresas estatais, fundações estatais e consórcios públicos com personalidade de direito privado

Art. 9º. As entidades estatais podem ter subsidiárias, que se integram à administração indireta, devendo sua instituição observar o disposto nos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição.

§ 1º São subsidiárias:

I - das autarquias, as empresas estatais, fundações estatais e autarquias por elas controladas;

II - das empresas estatais, as empresas estatais e fundações estatais por elas controladas;

III – das fundações estatais, as empresas estatais e fundações estatais por elas controladas.

§ 2º. A subsidiária vincula-se diretamente à entidade estatal que a controla e indiretamente ao órgão supervisor desta.

Art. 10. As entidades estatais podem:

I - participar, quando autorizadas por lei específica, do capital de empresa não estatal, desde que isso não lhes confira, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais ou poder para eleger a maioria dos administradores;

II - participar, quando autorizadas por lei específica, do capital e do controle de empresas constituídas fora do território nacional, sob a égide de legislação estrangeira;

III - participar, como patrocinadoras, de entidades fechadas de previdência complementar, na forma do art. 202 da Constituição e da lei complementar;

IV - manter vínculo de colaboração com entidade não estatal de direito privado sem fins lucrativos, por meio de contrato público de colaboração, na forma desta Lei.

§ 1º A União pode participar, de forma direta ou indireta, do capital de empresa supranacional, nos termos do tratado constitutivo.

§ 2º As empresas ou entidades com participação estatal a que se refere este artigo não integram a administração indireta e estão sujeitas ao regime jurídico que lhes é próprio, segundo sua legislação de regência, não lhes sendo aplicáveis o regime e os controles a que se submetem as entidades estatais.

§ 3º Constitui improbidade administrativa o uso, por agente público, de influência sobre as empresas ou entidades a que se refere este artigo, para obter vantagem indevida, para si ou para outrem.

## CAPÍTULO II

### DAS AUTARQUIAS

Art. 11. Autarquia é a pessoa jurídica de direito público, criada por lei específica, para prestar serviço público ou exercer outra atividade administrativa que implique poderes próprios do Estado.

Parágrafo único. Considera-se autarquia, para todos os fins, a entidade estatal que a lei tenha denominado fundação ou fundação pública e cujas competências sejam de natureza incompatível com a personalidade de direito privado, não se sujeitando às normas da legislação civil e processual civil relativas a fundações nem às normas desta Lei relativas a fundações estatais.

Art. 12. A autarquia submete-se ao regime jurídico de gestão da administração direta, inclusive quanto a atos e processos administrativos, licitações, contratações, bens, servidores públicos, responsabilização, prestação de contas, imunidade tributária e prerrogativas processuais.

Parágrafo único. A lei pode, sem prejuízo do disposto nesta lei, estabelecer normas especiais para determinada autarquia ou categoria de autarquias.

Art. 13. Respeitados os limites da Constituição e da lei, a autarquia é dotada de capacidade de auto-organização, podendo dispor sobre sua estruturação interna.

§ 1º A nomeação do dirigente máximo ou dos integrantes dos órgãos colegiados de direção superior cabe ao Chefe do Poder a que esteja vinculada a entidade, observadas as condições constantes de norma constitucional ou legal específica.

§ 2º A nomeação dos demais dirigentes e dos servidores deve ser feita na forma da lei específica ou, na omissão desta, do regulamento.

§ 3º O dirigente que, reiteradamente, deixar de observar as proibições e deveres de seu cargo, especialmente os relativos à realização dos fins da entidade e das diretrizes governamentais, ficará sujeito:

I - a afastamento preventivo, por decisão motivada da autoridade supervisora;

II – a destituição, mediante processo administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, com inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança pelo prazo de um a cinco anos, sem prejuízo de pena mais grave prevista em lei.

Art. 14. São autarquias de regime especial:

I - as autarquias regionais, instituídas pelas pessoas político-administrativas para atuação isolada ou conjugada em determinado complexo geoeconômico e social;

II - aquelas a que a Constituição ou a lei atribui maior grau de autonomia, por meio, entre outros, da garantia de mandato fixo e estabilidade a seus dirigentes e da impossibilidade de revisão de seus atos, salvo pelo Poder Judiciário;

III – o consórcio público constituído sob a forma de associação pública.

### CAPÍTULO III

#### DAS ENTIDADES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO

##### SEÇÃO I

#### DAS EMPRESAS ESTATAIS

Art. 15. Empresa estatal é a pessoa jurídica de direito privado, de fins econômicos, controlada direta ou indiretamente por entidade ou entidades estatais, que executa serviços públicos ou explora atividade econômica caracterizada pela produção ou comercialização de bens ou pela prestação de serviços em geral.

§ 1º Controlada por entidade estatal é a empresa em que esta é titular de direitos que lhe asseguram, de modo permanente, preponderância nas deliberações ou o poder de eleger a maioria dos administradores.

§ 2º A empresa cujo controle seja assumido por entidade ou entidades estatais mediante doação, dação em pagamento, herança ou legado ou em decorrência de crédito público constituirá ativo a ser alienado, salvo expressa disposição legislativa, ficando submetida ao regime das empresas estatais ao fim do exercício subsequente ao da assunção do controle.

Art. 16. Empresa pública é a empresa estatal cujo capital é integralmente da titularidade de entidade ou entidades estatais, de direito público ou privado.

§ 1º A empresa pública integra a administração indireta da pessoa político-administrativa que detenha o seu controle.

§ 2º A empresa pública pode adotar a forma de sociedade unipessoal ou pluripessoal, observada a legislação de direito privado ou lei federal específica.

Art. 17. Sociedade de economia mista é a empresa estatal de cujo capital participam pessoas físicas ou entidades não estatais.

Parágrafo único. A sociedade de economia mista deve adotar a forma de sociedade anônima.

Art. 18. A criação de empresa estatal depende de autorização em lei específica, podendo ocorrer por constituição ou por aquisição de ações ou cotas de empresa existente.

§ 1º A criação cabe ao Poder Executivo ou, quando for o caso, à entidade da administração indireta de que a empresa deva ser subsidiária.

§ 2º Os critérios para escolha dos acionistas privados que participarão do capital da sociedade de economia mista serão determinados pela lei que autorizar sua criação.

§ 3º As empresas cujo controle seja assumido mediante aquisição de ações ou cotas devem adaptar-se gradualmente ao regime das empresas estatais até o final do exercício subsequente ao da aquisição.

§ 4º A extinção ou transferência de controle de empresa estatal depende de autorização por lei específica.

## SEÇÃO II

### DAS FUNDAÇÕES ESTATAIS

Art. 19. Fundação estatal é a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, instituída e mantida por entidade ou entidades estatais, em conjunto ou não com particulares, com autorização legal específica, qualquer que seja sua denominação.

§ 1º A área de atuação da fundação estatal observará o disposto na lei complementar a que se refere o inciso XIX do artigo 37 da Constituição.

§ 2º A instituição de fundação estatal independe de dotação inicial de bens.

§ 3º O ato de instituição cabe à entidade político-administrativa ou à entidade estatal de que a fundação deva ser subsidiária, podendo assumir, conforme o caso, a forma de decreto ou de escritura pública.

§ 4º A aquisição da personalidade jurídica dá-se com a inscrição do ato de instituição e do estatuto no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

§ 5º Fundação estatal mantida pelo poder público é a que dele recebe recursos



financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral, mediante dotação orçamentária ou contrato de autonomia, ou ainda por transferência de recursos de entidades estatais de direito privado.

§ 6º O estatuto da fundação estatal indicará as fontes de recursos para sua manutenção, o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos e de gestão administrativa, os mecanismos de aprovação das contas, de avaliação de desempenho e de responsabilidade dos conselheiros e administradores, e ainda as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a extinção.

§ 7º A obtenção de recursos pela entidade, em decorrência da exploração econômica do patrimônio, da venda de bens, da prestação de serviços ou de outras atividades não descaracteriza seus fins não lucrativos, desde que integralmente aplicados na realização dos seus objetivos.

§ 8º A organização e funcionamento da fundação estatal rege-se pelo disposto nesta Lei, não lhe sendo aplicáveis as normas da legislação civil e processual civil relativas a fundações.

§ 9º Lei específica pode autorizar a desvinculação de entidade sem fins lucrativos da administração indireta, perdendo ela a condição de fundação estatal e passando ao regime da legislação civil, mediante conversão feita pela inscrição de novos estatutos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, desde que:

I – sejam preservados os fins institucionais originais da entidade;

II – a titularidade do patrimônio seja previamente transferida à propriedade da entidade estatal instituidora, facultada a atribuição de direito de uso privativo desses bens para o estrito cumprimento dos fins institucionais, por prazo determinado, renovável na forma de instrumento contratual;

III - o funcionamento da entidade passe a ser assegurado com recursos do setor privado, de organismos internacionais ou recursos próprios, assim entendidos os oriundos da exploração econômica do patrimônio, da venda de bens ou da efetiva prestação de serviços, ainda que o preço correspondente seja pago por entidade estatal; e

IV - seus novos estatutos não atribuam a qualquer entidade estatal a escolha da maioria de seus dirigentes.

Art. 20. A fundação estatal pode ser instituída e mantida por mais de uma pessoa político-administrativa, nos termos das leis autorizativas específicas. Parágrafo único. A fundação a que se refere o *caput* integra a administração indireta das pessoas político-administrativas instituidoras, salvo previsão em contrário de suas normas específicas.

## SEÇÃO III

## DO REGIME DAS ENTIDADES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO

Art. 21. Em sua gestão e atuação, a entidade estatal de direito privado deve atender à sua lei específica e, observado o disposto nesta Seção, sujeita-se ao regime jurídico próprio das pessoas jurídicas de direito privado, inclusive quanto à remuneração do pessoal; quanto ao pagamento e execução de seus créditos e débitos; e, ainda, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

§ 1º No exercício de suas atividades-fim, a entidade estatal de direito privado está sujeita aos regimes jurídicos que lhe são próprios.

§ 2º No que se refere à fundação estatal, devem ser observados o disposto no § 8º do art. 19 desta Lei e as imunidades previstas na Constituição.

Art. 22. O orçamento da entidade estatal de direito privado dependente é aprovado na lei orçamentária anual, devendo sua execução observar as normas de gestão financeira e patrimonial a que se refere o inciso II do § 9º do art. 165 da Constituição e o disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição.

§ 1º A entidade estatal de direito privado dependente que celebrar contrato de autonomia disporá de autonomia gerencial, orçamentária e financeira, nos termos e limites do § 8º do art. 37 da Constituição e do Capítulo IV do Título II desta Lei.

§ 2º A entidade estatal de direito privado não dependente:

I - tem autonomia para aprovar seu próprio orçamento, observado o orçamento de investimentos constante da lei orçamentária anual, nos termos do inciso II do § 5º do art. 165 da Constituição, e o programa de dispêndios globais aprovado por decreto;

II - tem autonomia gerencial e financeira, observando, na execução de seu orçamento, as normas próprias das entidades privadas, devendo publicar demonstrações financeiras na forma e prazos da legislação das sociedades anônimas e atender ao § 3º do art. 164 da Constituição quanto ao depósito de suas disponibilidades de caixa.

§ 3º Entidade estatal dependente é a empresa estatal ou a fundação estatal que recebe diretamente do orçamento público recursos financeiros para pagamento das despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, salvo, no último caso, os provenientes de aumento de participação acionária em empresa estatal.

Art. 23. O pessoal da entidade estatal de direito privado submete-se à legislação trabalhista.

§ 1º A admissão depende de concurso público de provas ou de provas e títulos, mediante processo seletivo, salvo para os empregos de confiança com atribuições de direção, chefia e assessoramento.

§ 2º Pode ser adotado processo seletivo simplificado ou análise de currículo para os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, observado, na ausência de lei específica, o disposto na Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, no tocante às hipóteses, aos procedimentos, aos prazos e ao interregno entre contratos.

§ 3º Decreto da pessoa político-administrativa a que se vincula a entidade regulamentará os processos seletivos, de forma compatível com as peculiaridades da gestão privada, respeitados os princípios constitucionais da administração pública.

§ 4º Cabe ao órgão de direção da entidade aprovar o quadro de pessoal, indicando os empregos efetivos e de confiança, os requisitos de admissão, a remuneração e, ainda, a organização das carreiras, segundo a formação profissional ou as atribuições funcionais.

§ 5º Na admissão de pessoal deve ser observado o disposto nos incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição.

§ 6º A rescisão, por ato unilateral da entidade, do contrato do empregado admitido por concurso público depende, em qualquer hipótese, de ato motivado.

§ 7º A entidade deve divulgar permanentemente, em página eletrônica atualizada, o quadro de pessoal, com indicação dos cargos, ocupantes, forma de admissão e respectiva remuneração.

Art. 24. A entidade estatal de direito privado não dependente e a que tenha celebrado contrato de autonomia podem, observados os princípios constitucionais da administração pública e as normas desta lei, adotar procedimentos de contratação previstos em seus regulamentos próprios, aprovados por decreto da pessoa político administrativa a que se vinculam, nos seguintes termos:

I – os regulamentos próprios podem conter regras, soluções e procedimentos específicos ou simplificados, para assegurar eficiência, economicidade, competitividade e melhoria constante da atuação da entidade;

II - os procedimentos licitatórios devem ter por finalidade permitir a disputa justa entre os interessados e a obtenção de contratação satisfatória e segura para a entidade, e que apresente a melhor relação custo-benefício;

III - o instrumento convocatório da licitação deve definir o objeto do certame, delimitar o universo de proponentes, estabelecer critérios para aceitação e julgamento das propostas, regular o procedimento, que pode ser presencial ou eletrônico, indicar as sanções aplicáveis e fixar as cláusulas do contrato;

IV - o objeto deve ser determinado de forma precisa, suficiente e clara, sem especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

V - a qualificação, exigida indistintamente dos proponentes, deve ser compatível com o objeto e proporcional à sua dimensão, visando à garantia do cumprimento das futuras obrigações;

VI - como condição de aceitação da proposta, o interessado deve declarar que está em situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social, fornecendo seus códigos de inscrição, sendo exigida a comprovação da regularidade como condição indispensável à formalização do contrato;

VII - o julgamento deve observar os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, avaliação objetiva das propostas e preço justo, sendo o empate resolvido por sorteio;

VIII - as regras procedimentais devem assegurar adequada divulgação do instrumento convocatório, por meio de Diário Oficial e de página eletrônica, prazos razoáveis para o preparo de propostas, os direitos ao contraditório e ao recurso, bem como a transparência e a fiscalização;

IX - pode o instrumento convocatório prever se a habilitação será decidida em fase anterior, na mesma fase ou em fase posterior ao julgamento das propostas;

X - o instrumento convocatório deve prever a forma e o momento de apresentação das propostas, admitidos os sistemas de envelopes, de lances em sessão pública e o misto;

XI - quando o vencedor não celebrar o contrato, serão chamados os demais participantes, na ordem de classificação.

XII - sem prejuízo dos outros casos legais de dispensa e inexigibilidade, é inexigível a licitação quando sua realização for prejudicial ao exercício das atividades-fim ou à capacidade competitiva da entidade, consideradas as práticas habituais do mercado, bem assim os custos, prazos e demais vantagens da contratação direta, devendo o regulamento de cada entidade especificar, de modo analítico e preciso, as situações de incidência dessa hipótese de inexigibilidade e prever procedimentos internos para o adequado controle das contratações.

§ 1º. Os órgãos de controle devem respeitar a autonomia da entidade para, nos termos desta lei, aplicar seus procedimentos e definir sua política de contratações, não podendo exigir-lhe a observância de requisitos incompatíveis com essa autonomia.

§ 2º. A minuta de regulamento deve ser submetida a consulta pública, com prazo mínimo de 30 (trinta) dias a contar de sua publicação.

Art. 25. Nas execuções e no cumprimento de sentenças em face de entidade estatal de direito privado, a penhora deve ser feita na forma do art. 678 do Código de Processo Civil, vedada a penhora sobre a renda em montante que inviabilize a continuidade das atividades em execução.

Parágrafo único. A penhora não pode atingir os bens insubstituíveis e comprovadamente indispensáveis à execução material de atividade pública; mas sobre esses bens pode ser instituído usufruto em favor do exequente, na forma do art. 716 e seguintes do Código de Processo Civil, assegurando-se à executada direito ao arrendamento compulsório, cujas condições serão fixadas pelo juiz, fazendo-se em juízo o depósito mensal do valor respectivo.

Art. 26. Os consórcios públicos com personalidade de direito privado regem-se por sua legislação específica.

## CAPÍTULO IV

### DO CONTRATO DE AUTONOMIA

Art. 27. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta pode ser ampliada mediante a celebração de contrato de autonomia, observadas as exigências desta Lei e o disposto no § 8º do art. 37 da Constituição.

§ 1º Contrato de autonomia é o acordo celebrado entre a entidade ou órgão supervisor e a entidade ou órgão supervisionado, por seus administradores, para o estabelecimento de metas de desempenho do supervisionado, com os respectivos prazos de execução e indicadores de qualidade, tendo como contrapartida a concessão de flexibilidades ou autonomias especiais.

§ 2º O contrato de autonomia constitui, para o supervisor, forma de autovinculação e, para o supervisionado, condição para a fruição das flexibilidades ou autonomias especiais.

§ 3º Deve ser interveniente no contrato de autonomia o órgão setorial do poder público com competência para elaborar, propor, coordenar e apoiar a execução orçamentária, bem como os programas e projetos de reforma e modernização do aparelho do Estado.

Art. 28. O contrato de autonomia tem como objetivo fundamental a promoção da melhoria do desempenho do supervisionado, visando especialmente a:

I - aperfeiçoar o acompanhamento e o controle de resultados da gestão pública, mediante instrumento caracterizado pela consensualidade, objetividade, responsabilidade e transparência;

II - compatibilizar as atividades do supervisionado com as políticas públicas e os programas governamentais;

III - facilitar o controle social sobre a atividade administrativa;

IV - estabelecer indicadores objetivos para o controle de resultados, aperfeiçoando as relações de cooperação e supervisão;

V - fixar a responsabilidade de dirigentes quanto aos resultados; e

VI - promover o desenvolvimento e a implantação de modelos de gestão flexíveis, vinculados ao desempenho, propiciadores do envolvimento efetivo dos agentes e dirigentes na obtenção de melhorias contínuas da qualidade dos serviços prestados à comunidade.

Art. 29. O contrato pode conferir ao supervisionado, durante sua vigência, as seguintes flexibilidades e autonomias especiais, sem prejuízo de outras previstas em lei:

I - gerenciais:

a) adoção de procedimentos próprios de contratação, na forma do art. 24 desta Lei;

b) autorização para concessão de bônus para servidores, de natureza eventual, vinculado ao cumprimento do contrato, a título de prêmio, sem incorporação à remuneração;

II - orçamentárias:

a) no caso de órgãos da administração direta e autarquias - simplificação da programação orçamentária, admitindo-se ao supervisionado o remanejamento administrativo de dotações entre ações específicas, desde que respeitadas as metas pactuadas;

b) no caso de entidades estatais de direito privado dependentes – equiparação, total ou parcial, às entidades não dependentes no tocante à autonomia orçamentária ou autonomia de gestão orçamentária, mediante a concessão de dotação global, ficando o supervisionado autorizado a fazer o detalhamento ulterior;

c) para qualquer órgão ou entidade – autorização para receber e aplicar, independentemente de autorização na lei orçamentária, as receitas de fontes não orçamentárias, desde que vinculadas ao exercício de suas atividades, tais como contraprestação por execução de serviços, venda de bens ou cessão onerosa de direitos, recursos de entidades não estatais ou de fomento, reembolso de despesas, doações ou legados;

III - financeiras: autorização para o supervisionado promover o empenho integral das despesas relacionadas à execução do contrato.

§ 1º O contrato de autonomia pode, nos termos do regulamento, conferir ao supervisionado flexibilidades ou autonomias em relação a exigências de origem regulamentar.

§ 2º Os recursos a que se refere a alínea c do inciso II deste artigo consideram-se legalmente vinculados à realização das atividades finalísticas do supervisionado, nos termos do parágrafo único do art. 8º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

§ 3º A eficácia do contrato quanto à outorga de autonomia orçamentária depende de prévia autorização constante da lei orçamentária anual, da lei de diretrizes orçamentárias ou de lei específica.

Art. 30. São cláusulas necessárias ao contrato de autonomia, sem prejuízo de outras especificações, as que estabeleçam:

I - metas de desempenho, prazos de consecução e respectivos indicadores de avaliação;

II - estimativa dos recursos orçamentários e cronograma de desembolso dos recursos financeiros necessários à execução das ações pactuadas, durante toda a vigência do contrato;

III - obrigações e responsabilidades das partes em relação às metas definidas;

IV - flexibilidades e autonomias especiais conferidas ao supervisionado;

V - sistemática de acompanhamento e controle, contendo critérios, parâmetros e indicadores, a serem considerados na avaliação do desempenho;

VI - penalidades aplicáveis aos responsáveis, em caso de falta pessoal que provoque descumprimento injustificado do contrato;

VII - condições para sua revisão, suspensão, renovação, prorrogação e rescisão; e

VIII - prazo de vigência, não superior a 5 (cinco) anos nem inferior a 1 (um) ano.

§ 1º O supervisionado deve promover a publicação do extrato do contrato em órgão oficial, como condição indispensável para sua eficácia, e a sua ampla e integral divulgação por meio eletrônico.

§ 2º Meta de desempenho é o nível desejado de atividade ou resultado, estipulado de forma mensurável e objetiva para determinado período.

§ 3º Indicador de desempenho é o referencial utilizado para avaliar o desempenho do supervisionado.

§ 4º O não atingimento de metas intermediárias, comprovado objetivamente, dá ensejo, mediante ato motivado, à suspensão do contrato e da fruição das flexibilidades e autonomias especiais, enquanto não houver recuperação do desempenho ou a repactuação das metas.

§ 5º O contrato pode ser rescindido por acordo entre as partes ou por ato do supervisor nas hipóteses de insuficiência injustificada do desempenho do supervisionado ou por descumprimento reiterado das cláusulas contratuais.

Art. 31. Os créditos orçamentários necessários ao cumprimento do contrato de autonomia devem ser diretamente liberados ao supervisionado, em conformidade com o cronograma de desembolso, o plano plurianual e a lei orçamentária anual.

Parágrafo único. O contrato obriga, independentemente de autorização administrativa prévia, o empenho integral das despesas relacionadas à sua execução, ressalvadas as parcelas de recursos para as quais o contrato haja expressamente previsto a possibilidade de limitação pela autoridade competente.

Art. 32. Constituem obrigações dos administradores do supervisionado:

I - promover a revisão dos processos internos para sua adequação ao regime especial de flexibilidades e autonomias, com definição de mecanismos de controle interno; e

II - alcançar as metas e cumprir as obrigações estabelecidas, nos respectivos prazos.

Art. 33. Constituem obrigações dos administradores do supervisor:

I - estruturar procedimentos internos de gerenciamento do contrato de autonomia, acompanhando e avaliando os resultados, segundo os prazos, indicadores e metas de desempenho pactuados;

II - assegurar os recursos e meios necessários à execução do contrato, incluindo, na proposta de lei orçamentária anual a ser encaminhada ao Congresso Nacional, os recursos orçamentários nele previstos; e

III - dar orientação técnica ao supervisionado nos processos de prestação de contas.

## CAPÍTULO V

### DO PLANEJAMENTO, ARTICULAÇÃO E CONTROLE DAS ENTIDADES ESTATAIS

#### SEÇÃO I

##### DO PLANEJAMENTO

Art. 34. O planejamento da ação governamental deve propiciar a racionalidade administrativa, a coordenação das políticas públicas e a realização dos direitos fundamentais, mediante planos e programas elaborados nos termos da Constituição, desta Lei e da legislação específica.

Parágrafo único. São instrumentos de planejamento, sem prejuízo de outros, legais ou infralegais:

I - plano geral de governo;

II - programas gerais, setoriais e regionais de duração plurianual;

III - plano plurianual;

IV - diretrizes orçamentárias e metas fiscais;



V - orçamento anual e seus anexos, inclusive demonstrativo de compatibilidade com objetivos e metas fiscais;

VI - programação financeira de desembolso e quadro de quotas trimestral de despesas por unidade orçamentária;

VII - quadro de recursos de aplicações de capital de duração mínima trianual.

Art. 35. O planejamento compreende:

I - planejamento orçamentário e financeiro;

II - planejamento finalístico geral, regional, setorial e intersetorial.

Parágrafo único. Para realização do planejamento podem ser organizadas convenções abertas às entidades político-administrativas com atuação na matéria.

Art. 36. Cabe a órgão central de planejamento a articulação e ampla divulgação dos instrumentos de planejamento.

Art. 37. O planejamento é determinante para o setor público e tem caráter indicativo para o setor privado, sendo vedada a adoção de instrumentos de planejamento para, sem razoabilidade, obrigar ou proibir atividades privadas.

## SEÇÃO II

### DA ARTICULAÇÃO ADMINISTRATIVA

Art. 38. A articulação administrativa dá-se por meio da coordenação e da supervisão e visa à eficácia, à eficiência e à compatibilização da atuação dos agentes, órgãos e entidades estatais com as políticas públicas, o planejamento e as diretrizes governamentais.

Art. 39. A coordenação e a supervisão têm por objetivo assegurar a uniformidade, a racionalidade e a coesão política no exercício das competências dos diferentes órgãos e entidades estatais, bem como no relacionamento com as entidades paraestatais e com as entidades não estatais.

#### Subseção I

##### Da Coordenação

Art. 40. A coordenação destina-se a simplificar, integrar e unificar a ação administrativa.

Parágrafo único. Devem ser promovidos o compartilhamento de informações em rede, a racionalização no uso de recursos e a unificação de procedimentos, evitando-se a sobreposição de competências e a duplicação de níveis decisórios.

Art. 41. A coordenação deve ser exercida em todos os níveis da administração, mediante a atuação das chefias, com a participação das chefias subordinadas e a instituição e funcionamento de comissões de coordenação, respeitadas a autonomia e as competências do órgão ou entidade estatal.

Art. 42. As comissões de coordenação devem promover a racionalização de meios e o intercâmbio de informações concernentes aos programas e iniciativas de cada órgão ou entidade envolvida.

Art. 43. No exame de matéria que envolva diferentes interesses setoriais, o Chefe do Executivo poderá convocar conferência de serviço, que reúna os órgãos e entidades competentes para decisão célere e concertada.

§ 1º Sempre que possível, a conferência será realizada em sessão única de instrução ou deliberação.

§ 2º Em casos de urgência, o Chefe do Executivo pode estabelecer prazo máximo para a providência ou decisão de cada órgão ou entidade, sob pena de responsabilização funcional das autoridades que se omitirem.

§ 3º Ultrapassado o prazo, caso a demora possa causar prejuízos graves ao interesse público, o Chefe do Executivo avocará a competência do órgão ou entidade omissa.

Art. 44. As entidades estatais devem buscar a composição de conflitos com outras entidades estatais.

## Subseção II

### Da Supervisão

Art. 45. Os órgãos e entidades estatais submetem-se à supervisão hierárquica ou por vinculação, nos termos desta Lei.

Art. 46. A supervisão hierárquica deve ser exercida em caráter contínuo e compreender a nomeação de dirigentes, a emissão de atos normativos e de ordens, o estabelecimento e avaliação de objetivos e metas, o monitoramento das ações, o exercício do poder disciplinar e ainda a cobrança permanente de informações e resultados.

§ 1º A supervisão hierárquica é exercida em relação aos órgãos diretamente subordinados e compete, conforme o caso, ao Chefe do Executivo, aos Ministros e seus equivalentes nos Estados, Distrito Federal e Municípios, e aos dirigentes das entidades da administração indireta.

§ 2º A prerrogativa de supervisão hierárquica não implica o poder de avocação de competências, a qual só é admitida em caráter excepcional e temporário, sempre motivadamente, nos termos da lei.

§ 3º A supervisão hierárquica deve respeitar os graus de autonomia decorrentes da lei específica ou do contrato de autonomia.

Art. 47. A supervisão por vinculação é exercida sobre as entidades da administração indireta, as quais ficam sujeitas:

I - à verificação periódica do atendimento de diretrizes governamentais e dos objetivos fixados nos seus atos constitutivos e, quando for o caso, nos contratos de autonomia;

II - à prestação de informações administrativas, operacionais e financeiras;

III - a normas de elaboração, encaminhamento e execução orçamentária e de responsabilidade fiscal;

IV - a limites e critérios para despesas com pessoal, nos termos do previsto em lei específica;

V - a limites e critérios de despesas com publicidade, observado inclusive o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição;

VI - à adoção, na aplicação das leis e regulamentos de natureza administrativa que digam respeito às atividades-meio, da interpretação jurídica de caráter geral regularmente aprovada no âmbito do Poder Executivo.

§ 1º A supervisão de que trata este artigo incumbe ao órgão a que se vincula a entidade.

§ 2º O exercício, pelo poder público, de seus direitos de sócio nas empresas estatais e de suas faculdades estatutárias nas fundações estatais, cabe às autoridades determinadas segundo as normas de organização administrativa competentes.

Art. 48. Configura improbidade administrativa a reiterada omissão do dirigente da entidade supervisionada, no dever de prestar as informações solicitadas pelo órgão de supervisão.

Art. 49. O exercício da supervisão por vinculação não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei específica da entidade supervisionada, ou inerente a sua natureza, nem autoriza a ingerência do supervisor em sua administração e funcionamento, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável.

### SEÇÃO III

#### DO CONTROLE

##### Subseção I

##### Das Regras Gerais

Art. 50. O controle das atividades dos órgãos e entidades estatais deve obedecer ao disposto na Constituição, nesta Lei e na legislação especial e observar as seguintes diretrizes:

I - supressão de controles meramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco;

II - controle *a posteriori*, constituindo exceção o controle prévio ou concomitante;

III - predomínio da verificação de resultados;

IV - simplificação dos procedimentos;

V - eliminação de sobreposição de competências e de instrumentos de controle;

VI - dever, para os órgãos ou entes de controle, de verificação da existência de alternativas compatíveis com as finalidades de interesse público dos atos ou procedimentos que sejam por eles impugnados; e

VII - responsabilização pessoal do agente que atuar com incúria, negligência ou improbidade.

Parágrafo único. Os órgãos e entes de controle não podem substituir-se aos agentes, órgãos ou entes controlados no exercício de suas competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas.

Art. 51. O controle deve ser compatível com a natureza do órgão ou entidade controlados e com a especificidade da atividade exercida.

Art. 52. O controle das empresas estatais a que se refere o § 1º do art. 173 da Constituição deve ser feito preferencialmente por suas instâncias de governança corporativa, observadas as peculiaridades decorrentes da necessidade de concorrência com empresas privadas.

Art. 53. Os órgãos e as entidades estatais devem, anualmente, até 31 de março, fazer publicar, em meio eletrônico, em linguagem acessível ao cidadão, seu relatório de atividades, indicando as metas e os resultados institucionais alcançados e circunstanciando os obstáculos encontrados.

§ 1º As metas devem ser estabelecidas em conformidade com o plano plurianual, os programas de trabalho e os contratos de autonomia.

§ 2º Incumbe ao órgão central de planejamento a análise do relatório de atividades, verificando a observância dos planos e publicando a síntese de suas conclusões.

Art. 54. Os órgãos de consultoria jurídica da administração, independentemente de sua função de assessoria, devem, no exercício do controle prévio de legalidade, prestar orientação jurídica quanto à adoção de medidas aptas a permitir a efetividade da ação administrativa, em conformidade com os preceitos legais.

§ 1º Os agentes dos órgãos a que se refere o *caput* deste artigo não são passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou erro grosseiro, em parecer obrigatório e vinculante para a autoridade a quem competir a decisão.

§ 2º Não se considera erro grosseiro a adoção de opinião sustentada em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de supervisão e controle, inclusive judicial.

Art. 55. O controle sobre os órgãos e entidades estatais compreende o controle público, sob a forma de autocontrole e controle externo, e o controle social.

Art. 56. O controle público tem por objeto, entre outros, a aplicação de recursos ou bens públicos, os resultados e a legalidade.

Art. 57. Os órgãos de controle público podem propor a assinatura de termos de ajustamento de gestão para o efeito de afastar a aplicação de penalidades ou sanções e adequar os atos e procedimentos do órgão ou entidade controlada aos padrões de regularidade.

Parágrafo único. O termo de ajustamento de gestão não pode ter por objeto a limitação de competências discricionárias do gestor, nem a imposição de obrigações para os particulares, por via direta ou reflexa.

#### Subseção II

##### Do Autocontrole

Art. 58. O autocontrole dos órgãos e entidades estatais compreende o controle interno e o controle correcional.

Art. 59. O autocontrole visa à avaliação da ação governamental e da gestão dos administradores públicos, de modo permanente ou mediante provocação, e ao apoio ao controle externo.

Art. 60. O sistema de controle interno pode compreender um órgão central e órgãos setoriais que atuem de forma articulada e coerente.

Parágrafo único. Compete ao órgão central a normatização e a coordenação das atividades de controle interno, cabendo aos órgãos setoriais a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, e o apoio ao controle externo, nos termos do art. 74 da Constituição.

Art. 61. O controle correcional é exercido pelos órgãos de auditoria ou corregedoria e tem caráter reativo, devendo ser acionado por provocação interna ou externa aos quadros da Administração.

Parágrafo Único. Os órgãos de controle correcional não podem instaurar processo de auditoria ou investigação de ofício, salvo por ocasião da publicação do relatório anual de atividades de que trata o art. 55 desta Lei, se de sua análise surgirem indícios de irregularidades.

### Subseção III

#### Do controle externo

Art. 62. Ressalvado o controle jurisdicional, o controle externo dos órgãos e entidades estatais é exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas respectivo.

Parágrafo único. O controle externo não pode implicar interferência na gestão dos órgãos ou entidades a ele submetidos nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas.

Art. 63. O controle externo não implica a exigência ou o processamento de exames prévios, como condição de validade ou eficácia de atos da administração.

Art. 64. Sujeitam-se ao controle quaisquer pessoas que utilizem, arrecadem, guardem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos ou que assumam obrigações de natureza pecuniária em nome de entidade estatal.

Parágrafo único. Para fins deste artigo, não se consideram como dinheiros, bens e valores públicos os recursos que sejam transferidos a entidade não estatal a título de remuneração ou de contraprestação pecuniária, devendo neste caso o controle se limitar à verificação da legalidade da despesa realizada pela entidade estatal e ao cumprimento da obrigação ensejadora do pagamento.

Art. 65. O controle relativo aos contratos celebrados com entidades não estatais deve limitar-se à verificação do cumprimento do contrato, sendo vedada a exigência de observância de normas e procedimentos relativos a regime jurídico incompatível com sua natureza.

### Subseção IV

#### Do controle social

Art. 66. Controle social dos órgãos e entidades estatais é o exercido pela sociedade civil, por meio da participação nos processos de planejamento, acompanhamento, monitoramento e avaliação das ações da gestão pública e na execução das políticas e programas públicos.

Parágrafo único. O controle social visa ao aperfeiçoamento da gestão pública, à legalidade, à efetividade das políticas públicas e à eficiência administrativa.

Art. 67. São meios de controle social, entre outros:

- I - participação em consulta pública ou audiência pública;
- II - exercício do direito de petição ou de representação;

III - denúncia de irregularidades;

IV - atuação do interessado nos processos administrativos;

V - participação em órgãos colegiados, na forma da lei.

Art. 68. As entidades estatais buscarão manter ouvidorias, com o objetivo de receber, examinar e encaminhar reclamações, elogios e sugestões.

§ 1º. O ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar.

§ 2º. O ouvidor produzirá anualmente ou, quando oportuno, relatório contendo apreciações críticas sobre a atuação estatal, publicando-o por meio eletrônico e encaminhando-o à autoridade superior.

### TÍTULO III

#### DAS ENTIDADES PARAESTATAIS

Art. 68. São entidades paraestatais:

I – as corporações profissionais, com personalidade jurídica de direito público;

II – os serviços sociais autônomos, com personalidade jurídica de direito privado.

Art. 70. As corporações profissionais são as entidades previstas em lei federal, de natureza associativa, que têm por objeto:

I - a regulação, a fiscalização e a disciplina do exercício profissional;

II - a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos de seus associados; e

III – outras competências asseguradas pela Constituição e por seu estatuto profissional definido em lei.

Art. 71. Serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas criadas ou previstas por lei federal como entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical e sujeitas ao disposto no art. 240 da Constituição.

Art. 72. As entidades paraestatais devem observar os princípios de legalidade, legitimidade, moralidade, eficiência, interesse público e social, razoabilidade, impessoalidade, economicidade e publicidade, e atender às normas constitucionais, legais, regulamentares, estatutárias e regimentais aplicáveis.

§ 1.º As entidades paraestatais não se submetem às normas das entidades estatais sobre contratação administrativa e servidores públicos, devendo adotar procedimentos próprios de gestão financeira, contratação e seleção de pessoal que

asseguem a eficiência e a probidade na aplicação de seus recursos, publicando anualmente suas demonstrações financeiras e prestando contas nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição, as quais devem ser apreciadas, pelo Tribunal de Contas da União, dentro dos limites determinados pelo respeito à autonomia que lhes foi conferida por lei.

§ 2.º As corporações profissionais submetem-se ao direito público no exercício do seu poder fiscalizador, regulador e sancionador, regendo-se, quanto ao mais, pelo direito privado e do trabalho.

## TÍTULO IV

### DAS ENTIDADES DE COLABORAÇÃO

Art. 73. São entidades de colaboração as pessoas jurídicas de direito privado não estatais, sem fins lucrativos, constituídas voluntariamente por particulares, que desenvolvam atividades de relevância pública, essenciais à coletividade, objeto de incentivo e fiscalização regular do Poder Público.

§ 1º Considera-se sem fins lucrativos a entidade que, cumulativamente

I - não distribua, entre seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou fundadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos no exercício de suas atividades;

II - aplique eventuais excedentes financeiros integralmente no desenvolvimento de seus objetivos sociais, de forma imediata ou mediata, neste último caso pela constituição de fundo de reserva;

III – preveja em seu estatuto a destinação de seu patrimônio social a outra entidade da mesma natureza ou a entidade estatal, em caso de extinção.

§ 2º A obtenção de recursos pela entidade, em decorrência da exploração econômica do patrimônio, da venda de bens, da prestação de serviços ou de outras atividades não descaracteriza seus fins não lucrativos, desde que integralmente aplicados na realização dos seus objetivos.

§ 3º O vínculo da entidade estatal com as entidades referidas no caput será estabelecido exclusivamente por contrato público de colaboração, inclusive nas modalidades de contrato de gestão, termo de parceria, convênio ou outra prevista em lei específica.

§ 4º Sujeita-se ao regime do contrato público de colaboração todo instrumento que institua vínculo de colaboração, nos termos definidos nesta Lei, independentemente da terminologia utilizada na legislação específica, que será aplicada subsidiariamente.



§ 5º O disposto neste Título não se aplica aos contratos administrativos celebrados com as entidades não estatais de direito privado sem fins lucrativos regidos pela Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e legislação correlata.

Art. 74. Vínculo de colaboração é o que tem por objeto:

I - o fomento, pela entidade estatal, de atividade de relevância pública de iniciativa da entidade não estatal;

II - a atribuição, a entidade não estatal, da execução de ação ou programa de iniciativa estatal, de relevância pública, mediante contrapartidas da entidade estatal;

III - a execução conjunta, por entidade estatal e entidade não estatal, de atividade de relevância pública.

Parágrafo único. Para fins deste artigo, são de relevância pública as atividades, ações e programas relativos especialmente aos seguintes campos:

- a) assistência social;
- b) cultura, proteção e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- c) prestação de serviços de saúde, de educação e de outros serviços sociais diretamente à população, em caráter complementar ou suplementar aos serviços estatais, de forma inteiramente gratuita ou predominantemente gratuita;
- d) incentivo ao voluntariado;
- e) segurança alimentar e nutricional;
- f) incentivo à prática de esportes;
- g) desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- h) promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- i) preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- j) experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- k) promoção de direitos e assessoria jurídica gratuita; ou
- l) estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades e finalidades mencionadas neste artigo.

Art. 75. O contrato público de colaboração não pode:

I - contemplar atividade que não seja de relevância pública;

II - importar a delegação das funções de regulação, do exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas do Estado; e

III - destinar-se ao simples fornecimento, pela entidade não estatal, de mão de obra, serviço ou bens necessários à execução de atividade pela própria entidade estatal, salvo no caso do art. 79.

Art. 76. A entidade estatal, observadas as normas legais e administrativas, deve definir, por regulamento:

I – os tipos de vínculos de colaboração que se dispõe a estabelecer e respectivos prazos de vigência;

II – os requisitos de elegibilidade das entidades pretendentes;

III - os requisitos da manifestação de interesse ou requisitos do projeto a ser apresentado pelas entidades; e

IV – os procedimentos, prazos e critérios de decisão do processo de chamamento público.

Parágrafo único. A minuta de regulamento deve ser submetida a consulta pública, com prazo mínimo de 30 (trinta) dias a contar de sua publicação.

Art. 77. O contrato público de colaboração deve ser precedido de processo de chamamento público, salvo quando:

I - oriundo de credenciamento da entidade não estatal em programa permanente, para recebimento de benefícios padronizados, aplicáveis igualmente a todas as entidades aptas;

II – importe a doação de bens ou a transferência de recursos, a entidade não estatal, de valor anual inferior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

III - atenda a necessidade urgente, devidamente motivada; ou

IV - seu objeto exclusivo for o fomento à entidade estatal (art. 79).

Art. 78. O processo de chamamento público destina-se à tomada de decisão quanto às entidades a serem contratadas e ao conteúdo das contratações, com observância dos princípios constitucionais e legais da administração pública.

§ 1º O processo deve ser iniciado pela publicação, na imprensa oficial e em página eletrônica, de edital contendo as especificações relativas ao processo e ao contrato ou contratos a serem celebrados, nos termos do regulamento.

§ 2º São públicos os autos, sessões deliberativas e atos do processo de seleção.

§ 3º Às participantes é assegurada igualdade de oportunidades e de tratamento no procedimento.

§ 4º As decisões devem ser formalmente motivadas, com análise obrigatória e comparação das manifestações de interesse ou projetos apresentados.

Art. 79. Deve ser ajustado por contrato público de colaboração o fomento, por qualquer empresa ou entidade, estatal ou não estatal, nacional ou estrangeira, de atividade de relevância pública desenvolvida por entidade estatal.

Parágrafo único. O contrato a que se refere este artigo não pode envolver a realização de contraprestação nem a transferência de recursos financeiros, de bens ou de direitos em favor do fomentador.

Art. 80. O contrato público de colaboração deve ser formalizado por escrito, com a estipulação adequada dos direitos e obrigações dos contratantes, incluindo os procedimentos de controle, fiscalização e prestação de contas a serem adotados.

§ 1º O contrato deve ser publicado, por extrato, em órgão oficial de divulgação como condição indispensável para sua eficácia e, integralmente, por meio eletrônico.

§ 2º A atuação dos órgãos de controle limita-se à verificação da regularidade do contrato e de seus resultados, não sendo admitido controle ou interferência na gestão da entidade não estatal.

§ 3º A entidade não estatal deve observar procedimentos próprios que assegurem eficiência e probidade na seleção de pessoal e no dispêndio de recursos recebidos em virtude do contrato.

§ 4º Na vigência do contrato, a entidade não estatal, direta ou indiretamente, não pode participar de campanhas ou de atividades de caráter político-partidário ou eleitoral, sob quaisquer meios ou formas.

Art. 81. O contrato público de colaboração não se submete às normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, salvo quando celebrado na modalidade de convênio, hipótese em que também deve ser observado o disposto no art. 116 daquela lei.

Art. 82. Para o desenvolvimento dos planos, projetos, programas e ações de relevância pública, podem ser disponibilizados para a entidade de colaboração, se houver justificado interesse público, servidores da entidade estatal cedidos para esse fim e sem ônus para a origem.

§ 1º A cessão faz-se sem prejuízo dos direitos e vantagens inerentes aos respectivos cargos efetivos ou empregos.

§ 2º No caso de haver diferença, para menos, entre a remuneração de servidor e a de empregado contratado pela entidade de colaboração, ambos com a mesma função na execução das atividades, cabe à entidade não estatal pagar a complementação correspondente, que não se incorporará à remuneração do servidor.

§ 3º Fica vedado à entidade estatal o pagamento de débitos contraídos por entidade de colaboração, assim como a assunção de responsabilidade, a qualquer título, em relação ao pessoal contratado.

§ 4º O contrato pode prever a cessão de uso de bens da entidade estatal à entidade de colaboração, durante seu prazo de vigência.

## TÍTULO V

### DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 83. O art. 235, § 2º, da Lei nº 6.404, 15 de dezembro de 1976, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 235. ....

*§ 2º As companhias de que participarem minoritariamente as sociedades de economia mista estão sujeitas ao disposto nesta Lei, sem as exceções previstas neste Capítulo.”*

Art. 84. No caso de entidade estatal que, na data desta Lei, já possua autorização legal para criação de sociedade de economia mista, a definição dos critérios a que se refere o § 2.º do art. 18 será feita por decreto.

Art. 85. No âmbito da administração pública federal, as fundações que tenham pessoal, total ou parcialmente, sob o regime da lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990, e cujas competências sejam de natureza compatível com a personalidade de direito privado poderão, mediante o decreto a que se refere o § 3º do art. 19 desta lei, ser enquadradas no regime da fundação estatal a que se refere esta lei.

Parágrafo único. Feito o enquadramento, o pessoal a que se refere o caput deste artigo integrará um quadro em extinção vinculado ao Ministério supervisor e será cedido à entidade para atendimento de suas finalidades.

Art. 86. A entidade que, conforme o disposto no parágrafo único do art. 11 desta Lei, deva se submeter ao regime de autarquia mas esteja organizada de outra forma, deverá adaptar-se ao regime autárquico no prazo de 180 dias da vigência desta Lei.

Art. 87. As subsidiárias de entidades estatais que não estejam adaptadas ao regime previsto nesta Lei deverão promover as adaptações necessárias no prazo de 180 dias da vigência desta Lei.

Art. 88. O Poder Executivo promoverá estudos com vistas à eventual transformação da natureza jurídica das entidades da administração indireta, nos termos do art. 26 da Emenda Constitucional n. 19, tendo em conta a finalidade e as competências efetivamente executadas e o disposto nesta Lei.

Art. 89. A partir da vigência desta lei, a admissão de pessoal nas entidades estatais de direito privado dependerá da prévia edição do decreto a que se refere o § 3º do art. 23 desta Lei.

Art. 90. Ficam revogados:

I- o decreto-lei n.º 200, de 25 de setembro de 1967, salvo quanto aos artigos 28 a 66, 94 a 97 e 177 a 179;

II- o decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969.

Art. 91. Esta lei entrará em vigor 180 dias após sua publicação.

## **NOTAS BIOGRÁFICAS**

### **ALEXANDRE KALIL PIRES**

Bacharel em administração de empresas e administração pública (1986). Especialista em políticas públicas pela Escola Nacional de Administração Pública – ENAP (1990). Mestre em planejamento e gestão de ciência e tecnologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (1998). Secretário-adjunto (2004-2008), gerente de projeto (2009) e diretor do Departamento de Articulação e Inovação Institucional (2010) da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Seges/MPOG).

Correio eletrônico: alexandre.kalil@planejamento.gov.br.

### **ANTONIO CARLOS ALPINO BIGONHA**

Graduado em direito pela Universidade de Brasília (UnB). Procurador Regional da República. Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) desde maio de 2007.

Correio eletrônico: presidente@anpr.org.br.

### **BERNARDO ABREU DE MEDEIROS**

Mestre em teoria do Estado e direito constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e especialista em argumentação jurídica pela Universidade de Alicante, na Espanha. Foi professor do Instituto de Direito da PUC-Rio. É Técnico de Planejamento e Pesquisa do Ipea, com atuação nas áreas de organização do sistema de justiça, e direito e gestão pública.

Correio eletrônico: bernardo.medeiros@ipea.gov.br.

### **CAIO CASTELLIANO DE VASCONCELOS**

Advogado da União. Coordenador-geral jurídico substituto de assuntos orçamentários e econômicos no MPOG. Bacharel em direito e administração pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em direito civil e processo civil pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB).

Correio eletrônico: caio.vasconcelos@planejamento.gov.br.

### **CAMILA ROMERO LAMEIRÃO**

Graduada em ciências sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (2004) e mestre em ciência política pela Universidade Federal Fluminense – UFF (2007). Doutoranda em ciência política pela UFF e assistente de pesquisa no projeto Elites Dirigentes e Democracia nos Governos Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva, coordenado pela professora Maria Celina D’Araujo, do Departamento de Sociologia e Política da PUC-Rio, com o apoio da Fundação Ford.

Correio eletrônico: camila\_lameirao@yahoo.com.br.

### **CIRO CAMPOS CHRISTO FERNANDES**

Doutor em administração e mestre em gestão pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (Ebape/FGV). Graduado em economia pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Gestor governamental do MPOG, atualmente é diretor do Departamento de Articulação e Inovação Institucional da Seges/MPOG.

Correio eletrônico: ciro.fernandes@uol.com.br.

### **FELIX GARCIA LOPEZ**

Doutor em sociologia pela UFRJ, foi professor de ciência política da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Técnico de Planejamento e Pesquisa do Ipea, desenvolve pesquisa na área de comportamento político, Poder Legislativo municipal, formas de articulação entre Estado e organizações não governamentais (ONGs), instituições participativas no nível federal e relações entre política e administração pública no Brasil.

Correio eletrônico: felix.lopez@ipea.gov.br.

### **JOANA LUIZA OLIVEIRA ALENCAR**

Graduada em ciência política e mestranda em administração pública na UnB. Desde 2010 é Técnica de Planejamento e Pesquisa do Ipea, com atuação na Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (Diest).

Correio eletrônico: joana.alencar@ipea.gov.br.

### **JOÃO PEREIRA DE ANDRADE FILHO**

Advogado da União lotado na Consultoria Jurídica (Conjur) do MPOG. Foi procurador do estado do Espírito Santo.

Correio eletrônico: joao.andrade-filho@planejamento.gov.br.

### **JOSÉ CARLOS DOS SANTOS**

Bacharel em ciências sociais com formação pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH/USP) e pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Licenciado em ciências sociais pela PUC-SP (2009). Foi coordenador nacional de pesquisas e pesquisador sênior do Datafolha (1989-1991). Pós-graduado em políticas públicas e desenvolvimento pelo Ipea (2009). Também no Ipea, foi bolsista do Programa de Pesquisa para o Desenvolvimento Nacional (PNPD) no projeto Perspectivas do Desenvolvimento Brasileiro. É assessor da presidência do Ipea, na Diest.

Correio eletrônico: jose.carlos@ipea.gov.br.

### **JOSÉ CELSO CARDOSO JR.**

Economista pela Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo (FEA/USP), com mestrado em teoria econômica pelo Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas (IE/UNICAMP). Desde 1996 é técnico de Planejamento e Pesquisa do Ipea, tendo atuado na Diretoria de Estudos e Políticas Sociais até 2008. Desde então, foi chefe da Assessoria Técnica da Presidência do instituto, coordenou o Projeto Perspectivas do Desenvolvimento Brasileiro e a Série Diálogos para o Desenvolvimento (2008 a 2010). No mesmo período, foi diretor de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (Diest).

Correio eletrônico: josecelso.cardoso@ipea.gov.br

### **JULIANO RIBEIRO SANTOS VELOSO**

Procurador federal da Advocacia Geral da União. Bacharel em administração pública pela Escola de Governo de Minas Gerais – Fundação João Pinheiro (EGMG/FJP) e em direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Pós-graduado em gestão de negócios e *banking* pela Fundação Dom Cabral e em direito processual civil pela Rede Luiz Flávio Gomes/Universidade da Amazônia (LFG/Unama). Doutorando em ciências jurídicas e sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA).

Correio eletrônico: juliano.veloso@agu.gov.br.

### **LUÍS DE FREITAS JÚNIOR**

Mestrando em direito constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Especialista em direito civil pela Faculdade Integrada do Ceará (FIC). Procurador Federal. Professor de direito administrativo na Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte.

Correio eletrônico: luis.junior@agu.gov.br.

### **LUIZ MOREIRA GOMES JUNIOR**

Mestre em filosofia e doutor em direito pela UFMG. Pesquisador de filosofia do direito da Universidade de Tübingen, da Alemanha. Autor, entre outros, do livro *A Constituição como simulacro* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007). É conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público, eleito pela Câmara dos Deputados.

Correio eletrônico: consuluizmoreira@cnmp.gov.br.

### **MÁRCIO RODRIGO DE ARAÚJO SOUZA**

Bacharel em ciências contábeis pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Pós-graduando em gestão pública pela Universidade Federal do Piauí (UFPI), em gestão pública municipal pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI) e em contabilidade e orçamento público pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina. Atualmente ocupa o cargo de auditor governamental na Controladoria-Geral do Estado do Piauí, no qual atua na avaliação de programas de governo.

Correio eletrônico: marcio.rodrigo.auditor@gmail.com.



**ROBERTO ROCHA C. PIRES**

Doutor em políticas públicas pelo Massachusetts Institute of Technology (MIT), mestre em ciência política pela UFMG e bacharel em administração pública pela FJP. Foi consultor do Banco Mundial e da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em avaliações sobre a implementação da legislação do trabalho no Brasil e seus impactos sobre o desenvolvimento. Atuou como pesquisador e professor na FJP e no Departamento de Ciência Política da UFMG. Como Técnico de Planejamento e Pesquisa do Ipea, tem desenvolvido atividades relativas aos seguintes temas: democracia, participação, burocracia e novas formas de gestão pública, e metodologias e desenhos de pesquisa.

Correio eletrônico: roberto.pires@ipea.gov.br.

**VALÉRIA ALPINO BIGONHA SALGADO**

Graduada em psicologia pela UnB, com pós-graduação em gestão pública e qualidade em serviços pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). É gerente de projeto do Departamento de Articulação Institucional da Seges/MPOG.

Correio eletrônico: valeria.salgado@planejamento.gov.br.



© Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea 2011

## **EDITORIAL**

### **Coordenação**

Cláudio Passos de Oliveira

### **Supervisão**

Marco Aurélio Dias Pires

Everson da Silva Moura

### **Revisão**

Luciana Dias Jabbour

Reginaldo da Silva Domingos

Andressa Vieira Bueno (estagiária)

### **Editoração**

Bernar José Vieira

Claudia Mattosinhos Cordeiro

Jeovah Herculano Szervinsk Júnior

Aline Rodrigues Lima (estagiária)

### **Capa**

Jeovah Herculano Szervinsk Júnior

### **Livraria do Ipea**

SBS - Quadra 1 - Bloco J - Ed. BNDES - Térreo

70076-900 - Brasília - DF

Tel.: (61) 3315-5336

Correio eletrônico: [livraria@ipea.gov.br](mailto:livraria@ipea.gov.br)



---

Composto em Adobe Garamond 11/13,2 (texto)  
Frutiger 47 (títulos, gráficos e tabelas)  
Impresso em Pólen Sof 80 g/m<sup>2</sup>  
Cartão Supremo 250g/m<sup>2</sup> (capa)  
Brasília-DF

---

Nos últimos anos, o Ipea assumiu um importante desafio: ajudar o país a formular estratégias abrangentes de desenvolvimento, resultantes do diálogo entre atores governamentais e sociais. Para tanto, o instituto tem lançado mão de diversas parcerias para produção, discussão e disseminação de conhecimento para o desenvolvimento nacional. Foi nesse contexto que se deu a aproximação institucional entre o Ipea e a Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Seges/MPOG). Pesquisadores do instituto acompanharam e participaram das diversas rodadas do ciclo de debates Direito e Gestão Pública e dos seminários do projeto Democracia, Direito e Gestão Pública, promovidos por iniciativa da Seges/MPOG ao longo de 2009 e 2010. Estes eventos constituíram fóruns dedicados a enfrentar as questões colocadas pela atual crise da gestão pública, abordando desde as dificuldades para o fortalecimento institucional dos órgãos encarregados de implementar as políticas nacionais até as tensões nas relações entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, os encontros estimularam o debate ampliado e o fomento de soluções possíveis e adequadas ao momento histórico do país. Neste volume, são registrados, sintetizados e analisados os principais momentos deste processo, os pontos de consenso e dissenso, assim como perspectivas para o avanço do debate e das necessárias reformas.

**Alexandre Kalil Pires**  
**Antonio Carlos Alpino Bigonha**  
**Bernardo Abreu de Medeiros**  
**Caio Castelliano de Vasconcelos**  
**Camila Romero Lameirão**  
**Ciro Campos Christo Fernandes**  
**Felix Garcia Lopez**  
**Joana Luiza Oliveira Alencar**

**João Pereira de Andrade Filho**  
**José Celso Cardoso Jr.**  
**Juliano Ribeiro Santos Veloso**  
**Luís de Freitas Junior**  
**Luiz Moreira Gomes Junior**  
**Márcio Rodrigo de Araújo Souza**  
**Roberto Rocha C. Pires**  
**Valéria Alpino Bigonha Salgado**



Ipea - Instituto de Pesquisa  
Econômica Aplicada



Ciclos de Debates  
Direito e Gestão Pública

Secretaria  
de Gestão

Ministério do Planejamento,  
Orçamento e Gestão