

Publicações da Escola da AGU

Direito, Gestão e Democracia

n. 09 março/abril 2011 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

DIREITO, GESTÃO E DEMOCRACIA	Brasília	n. 09	p. 1-180	mar./abr. 2011
---------------------------------	----------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SBN – Quadra 01 – Edifício Palácio do Desenvolvimento – 4º andar -
CEP 70057-900 – Brasília – DF Telefones (61) 3105-9970 e 3105-9968
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Hélia Maria de Oliveira Bettero	Procuradora-Geral da União
Marcelo Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

DIRETOR DA ESCOLA DA AGU

Jefferson Carús Guedes

CORDENADORA-GERAL DA ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva

EDITOR RESPONSÁVEL

Jefferson Carús Guedes

COORDENADORES DAS PUBLICAÇÕES DA ESCOLA DA AGU

Jefferson Carús Guedes

Juliana Sahione Mayrink Neiva

SECRETARIA DE GESTÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO

Ana Lucia Amorim de Brito

Secretária de Gestão

Alexandre Kalil Pires

Diretor do Departamento de Articulação e Inovação Institucional

Valeria Alpino Bigonha Salgado

Gerente do Projeto Ciclos de Debates Direito e Gestão Pública

COLABORADORES

Sheila Maria Reis Ribeiro

Raphaella de Almeida Bandeira

Nauana Corrêa de Oliveira

Secretaria Editorial: Antonio Barbosa da Silva

Diagramação/Capa: Niuza Gomes Barbosa de Lima

Apoio Institucional: Escola da AGU

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano III, n. 9, (mar./abr. 2011).

Brasília: EAGU, 2011. Bimestral.

Apartir do ano III, n. 8 passou a ser periódico Bimestral.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Constitucional - Artigos - Brasil 2 - Gestão Pública - Artigos - Brasil.

CDD 340 . 5

CDU 34 (05)

SUMÁRIO

Editorial.....	5
----------------	---

ARTIGOS

A Natureza Jurídica da Entrevista Comportamental e o Controle Jurisdicional da Seleção por Competências de Servidores Públicos Federais <i>Adam Luiz Alves Barra.....</i>	7
Montesquieu e a Releitura da Separação de Poderes no estado Contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica <i>Alexandre Douglas Zaidan.....</i>	33
A Sobrecarga do Poder Judiciário como Instância Decisória: uma análise a partir da atuação judicial nos Juizados Especiais Federais Cíveis <i>Alexandre Douglas Zaidan.....</i>	47
Auditoria Operacional do TCU como subsídio à atuação do Executivo: o caso dos hospitais universitários <i>Caio Castelliano de Vasconcelos.....</i>	61
O Supremo Tribunal Federal e a Construção Jurisprudencial da Moldura Jurídica do Poder Monetário <i>Camila Villard Duran.....</i>	77
A Judicialização da Política na Teoria <i>Farlei Martins Riccio de Oliveira.....</i>	105
Democracia e Transparência na Gestão Patrimonial – A Rede de Comunicação da SPU <i>Gustavo Ferreira Bechelany Carlos Antonio Morales Miguel Batista Ribeiro Neto Washington Leonardo Guanaes Bonini.....</i>	117
A Ilegitimidade Constitucional da Súmula Vinculante nº 13 do STF e os Limites de Atuação da Administração Pública <i>João Pereira de Andrade Filho.....</i>	131

O Instituto Jurídico do Planejamento

Juliano Ribeiro Santos Veloso149

O Ativismo Judicial e um Novo Marco Jurídico Gerencial Democrático

Juliano Ribeiro Santos Veloso163

EDITORIAL

As Publicações da Escola da AGU são edições especiais sobre assuntos pertinentes à área jurídica e de relevo para a Advocacia Pública. Trata-se o presente número de uma coletânea de artigos que discutem os temas do II Seminário de Direito e Gestão, fruto da parceria da AGU com o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

No artigo “A sobrecarga do Poder Judiciário como instância decisória: uma análise a partir da atuação judicial nos Juizados Especiais Federais Cíveis”, são levantadas considerações sobre a criação e o desenvolvimento da atividade dos Juizados Especiais Federais no contexto de transformações da atuação do próprio Poder Judiciário, analisando em que medida é possível relacionar a expansão das atribuições daquele segmento da jurisdição brasileira, cujo aumento de demanda revela-se exponencial, com a própria incapacidade do Estado de criar mecanismos alternativos de prevenção ou solução de litígios.

Mais adiante, em “Auditoria operacional do TCU como subsídio à atuação do executivo: o caso dos hospitais universitários”, veremos como uma auditoria operacional pode tornar-se um valioso instrumento para tomada de decisões.

O leitor também terá a oportunidade de comparar o pensamento de Klaus Schlaich e Dieter Grimm sobre o problema da judicialização da política no contexto do direito constitucional alemão, no artigo “A Judicialização da política na teoria”.

Boa leitura e até a próxima publicação!

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Coordenadora-Geral da Escola da AGU

Jefferson Carús Guedes
Diretor da Escola da AGU

A NATUREZA JURÍDICA DA ENTREVISTA COMPORTAMENTAL E O CONTROLE JURISDICIONAL DA SELEÇÃO POR COMPETÊNCIAS DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS

JURIDICAL NATURE OF BEHAVIORAL INTERVIEW AND JURISDICTIONAL CONTROL ON COMPETENCY BASED SELECTION OF FEDERAL CIVIL SERVANTS

Adam Luiz Alves Barra

Advogado da Caixa Econômica Federal/CAIXA

Especialista em Gestão de Pessoas pela Universidade de Brasília/UnB

*Especialista em Direito Público pela Fundação Comunitária de Ensino Superior de
Itabira/Funcesi*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Seleção por competências; 2 Entrevista comportamental; 3 Regime jurídico do concurso público; 4 Controle jurisdicional; 5 Natureza jurídica da entrevista comportamental; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Para o Estado gerar níveis crescentes de bem-estar coletivo, a profissionalização dos agentes públicos é indispensável. Uma forma estratégica de alcançar essa profissionalização é selecionar servidores com base em habilidades, atitudes e experiências profissionais, não apenas em conhecimento acumulado. Este artigo propõe a entrevista comportamental como instrumento de seleção por competências de servidores públicos federais, afastando a interpretação literal que veda sua utilização em concursos públicos ou que a restringe a certames para cargos que admitam o exame psicotécnico. Conclui que a ausência de menção direta à entrevista comportamental no regime jurídico do concurso público federal pode ser superada pela analogia com a prova oral, na medida em que o jurista preenche a lacuna ao reconhecer a relação essencial entre sujeito, objeto e efeitos jurídicos desses instrumentos de seleção.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso Público. Entrevista Comportamental. Seleção por Competências. Controle Jurisdicional. Exame Psicotécnico. Prova Oral. Analogia.

ABSTRACT: For the State to generate increasing levels of collective welfare, the professionalization of Civil Service is essential. A strategic way to achieve this professionalization is selecting based on skills, attitudes and professional experiences, not just acquired knowledge. This paper proposes that behavioral interview can be a competency based selection instrument of civil servants, avoiding the literal interpretation that prevents its use in public exams or limits it to those positions that admit psychological exam. It concluded that analogy with oral exam overcomes the blank about behavioral interview in civil service exam law, as the jurist fulfills the blank when recognizes similitude between subject, object and juridical effects of these selection instruments.

KEYWORDS: Civil Service Exam. Behavioral Interview. Competency based Selection. Jurisdictional Control. Psychological Exam. Oral Exam. Analogy.

INTRODUÇÃO

Sob a ótica da governabilidade, do progresso econômico e da redução da desigualdade social, o papel do Estado contemporâneo é fundamental para o alcance de níveis crescentes de bem-estar coletivo. Indispensável para o desenvolvimento dos países, o aperfeiçoamento do Estado passa, necessariamente, pela profissionalização dos agentes públicos.

As políticas de seleção de pessoas da Administração Pública são estratégicas na profissionalização dos agentes públicos. São elas que podem garantir o acesso ao cargo público em condições isonômicas e a escolha de servidores públicos que melhor atendam aos anseios da sociedade.

A Administração Pública Brasileira, contudo, apesar das reformas estruturais iniciadas na década de 1990, mantém práticas de seleção de servidores semelhantes às utilizadas na década de 1950; limitando-se, muitas vezes, a testes de múltipla escolha para avaliar o conhecimento dos candidatos.

Paralelamente, a crise de empregabilidade e o sonho com a estabilidade de um cargo público levam milhares de brasileiros a gastar tempo e dinheiro na preparação para concursos públicos. Essa demanda encontrou resposta em uma forte “indústria” especializada em treinar os indivíduos para responder provas rigorosamente centradas na memorização de conteúdos programáticos, mas pouco focadas nas atribuições do cargo público vago.

Conseqüentemente, torna-se freqüente a frustração do órgão e a insatisfação do servidor recém-admitido quando este, apesar do bom desempenho nas provas do concurso, não demonstra as competências necessárias ao bom exercício do cargo.

Portanto, é necessário aprimorar objetivos, técnicas e aplicações dos processos de recrutamento e seleção de servidores públicos, melhorando a identificação de candidatos mais competentes e adequados à satisfação das necessidades da Administração Pública, sem comprometer a isonomia do concurso.

Contudo, no momento de superar os resquícios de um modelo burocrático baseado na hierarquia e no controle para utilizar um modelo de gestão mais flexível como a gestão por competências, uma preocupação paralisa os dirigentes de recursos humanos da Administração Pública Federal (APF): *como aprimorar o concurso público ao selecionar servidores por competências sem ferir a anacrônica legislação atual e nem ter essa seleção invalidada pelo Judiciário?*

Essa questão está presente em uma das recomendações do Relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹ que analisou a gestão de pessoas do Governo Federal. Em relação ao controle de legalidade dos concursos da APF pelo Judiciário, reconhece ser “necessário sensibilizar e obter consenso no judiciário de que o *teste acadêmico de múltipla escolha* não é a única forma de evitar o nepotismo, e que *certamente funciona contra o recrutamento ideal*”². (grifo nosso)

Dentre outros fatores, acredita-se que as restrições do Poder Judiciário a instrumentos de seleção por competências em concursos públicos sejam decorrentes do diálogo superficial entre a Gestão de Pessoas (foco na efetividade das técnicas de seleção) e o Direito (foco na adequação do concurso público aos princípios normativos que o regem). Por meio do conhecimento recíproco dos conceitos específicos dessas áreas, pode-se aprimorar a gestão pública e evitar ações judiciais desnecessárias, que atualmente levam a APF a ser a mais demandada nas ações judiciais, a ponto de causar a morosidade do Poder Judiciário.

Nesse sentido, este artigo aborda a seleção por competências, a entrevista comportamental, o regime jurídico do concurso público federal, o controle jurisdicional, o exame psicotécnico, a prova oral e a analogia como método de integração do Direito com o intuito de auxiliar na escolha meritória e impessoal dos profissionais que prestarão serviços públicos à população brasileira, além de contribuir para a redução da judicialização da gestão de pessoas na APF.

Com a reflexão sobre esses conceitos, propõe-se a entrevista comportamental como instrumento de seleção por competências de servidores públicos, sustentando que ela pode ser considerada uma prova oral ao invés de um exame psicotécnico. Qualificada como prova ou avaliação, ela seria utilizada em concursos públicos sem a necessidade de alteração formal da legislação, bastando o preenchimento da atual lacuna normativa por intermédio da analogia.

1 SELEÇÃO POR COMPETÊNCIAS

A comparação de pessoas para decidir quais as mais adequadas e que mais se identificam com o trabalho a ser realizado caracteriza

1 Organização internacional e intergovernamental, com sede em Paris (França), que reúne representantes de seus países membros (os mais industrializados da economia de mercado) para trocar informações e definir políticas com o objetivo de maximizar o crescimento econômico e o desenvolvimento dos Estados-membros.

2 OCDE, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Avaliação da gestão de recursos humanos no governo* – Relatório da OCDE: Brasil 2010 - Governo Federal. Disponível em: <http://www.mp.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/noticias/srh/100520_estudo_OCDE.pdf>. p. 26. Acesso em: 23 jul. 2010.

o processo de seleção de pessoas como a porta de entrada de novos trabalhadores em uma organização. Mesmo se tradicionalmente entendido por Taylor como a busca da pessoa certa para o lugar certo, esse processo ampliou seu foco ao ir além da identificação do profissional mais tecnicamente qualificado, tentando reconhecer qual a pessoa com o perfil mais adequado para desempenhar tarefas específicas na organização³.

Se o ingresso de uma pessoa na organização for considerado um macroprocesso, o processo de seleção sucede o processo de recrutamento. O recrutamento localiza e atrai candidatos com o perfil que atenda às necessidades organizacionais presentes e futuras, tomando por base informações oriundas da análise organizacional, do mercado de trabalho e das competências importantes para que uma pessoa desempenhe satisfatoriamente suas atividades. Em seguida, a seleção escolhe e classifica os candidatos recrutados que melhor atendam às necessidades da organização.

A gestão por competências é um dos novos modelos de gestão elaborados, em razão das mudanças da nova ordem econômica mundial imposta pela globalização, para tornar as organizações mais flexíveis e competitivas. Assumir esse novo modelo gerencial na APF, inclusive ao selecionar novos servidores, aprimora seu modelo burocrático, baseado na hierarquia e no controle.

Guimarães⁴ identifica na literatura três correntes que tratam do modelo gestão por competências: administração estratégica, gestão de recursos humanos e sociologia da educação e do trabalho. Representada por Whiddett e Hollyforde, a corrente da gestão de recursos humanos preconiza o uso do conceito de competência para integrar as atividades de gestão de pessoas, conduzindo os processos de seleção, desenvolvimento, avaliação e remuneração com foco nas competências essenciais⁵. Seu conceito de competência corresponde a:

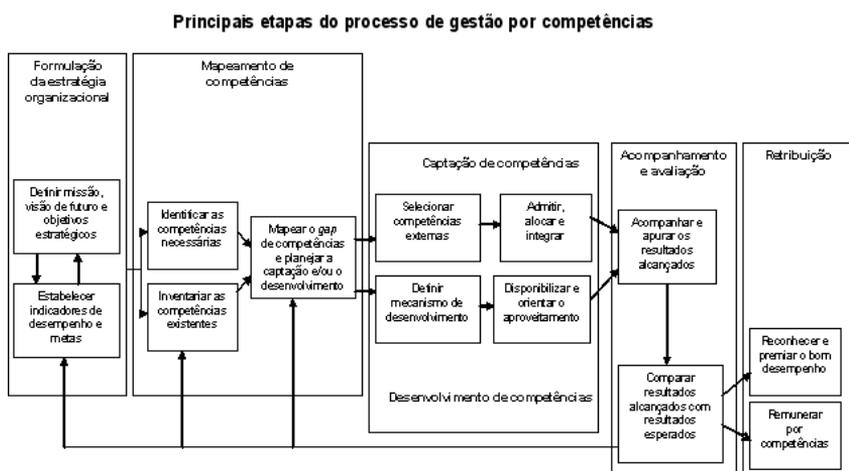
3 FREITAS, Liziane Castilhos de Oliveira. *Avaliação psicológica em concurso público: relações com o desempenho em treinamento de bombeiros*. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. (Dissertação, mestrado em Psicologia).

CARVALHO, Ieda Maria Vecchioni; PASSOS, Antônio Eugênio V. Mariani; SARAIVA, Suzana Barros Corrêa. *Recrutamento e seleção por competências*. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

4 GUIMARÃES, Tomás de Aquino. A nova administração pública e a abordagem da competência. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro: FGV, 34(3), p. 125-140, mai./jun. 2000.

5 Dividindo as competências organizacionais em *básicas* e *essenciais*, as primeiras correspondem àquelas que possibilitam o ingresso da organização no mercado, mas não garantem sua permanência; enquanto as competências *essenciais* compreendem um conjunto de conhecimentos, habilidades, tecnologias e sistemas físicos, gerenciais e de valores, dificilmente imitados pela concorrência, que geram valor

- (i) descrições das tarefas e resultados do trabalho, que permitam medir a habilidade do indivíduo em obter um desempenho compatível com os padrões requeridos pela empresa;
- (ii) prescrições dos comportamentos esperados dos indivíduos no ambiente de trabalho; ou
- (iii) combinação das condições anteriores. A seguir é apresentada uma figura que resume as principais etapas do processo de gestão de pessoas⁶ baseado em competências.



Fonte: Brandão, Hugo, P., Bahny, Carla, P., Gestão por competências: métodos e técnicas para mapeamento de competências. Revista do Serviço Público, Brasília, 56 (2): 179-194, Abr/Jun 2005

Como parte desse modelo de gestão de pessoas, a seleção está inserida no processo de captação de competências e concebe uma nova forma de escolher e classificar os candidatos ao basear-se nas competências organizacionais (ou institucionais) e na definição de indicadores de competências funcionais (ou individuais)⁷:

distintivo percebido pelos clientes e que, dessa forma, conferem vantagem competitiva para a organização (GUIMARÃES, 2000; CARVALHO; PASSOS; SARAIVA, 2008).

- 6 Mesmo reconhecendo diferenças conceituais entre “gestão de pessoas” e “gestão de recursos humanos”, opta-se por utilizar essas expressões como sinônimas.
- 7 Ainda que a revisão da literatura tenha encontrado mais freqüentemente as expressões “competência organizacional” e “competência funcional”, este artigo utiliza os termos “competência institucional” e “competência individual” em razão da APF os ter adotado no art. 2º, inciso I, do Decreto Presidencial n.º 5.707/2006.

Na seleção por competências, apesar dos cargos continuarem sendo a unidade de análise, *deverá ser mapeado o conjunto de saberes que seus respectivos ocupantes devem ter* – o que precisam saber, saber fazer, saber ser –, *levando-se em conta que tais saberes deverão dar suporte às competências organizacionais para que elas possam concretizar-se*. Por exemplo, se um empreendimento requer como competência organizacional a capacidade de inovação contínua, além das competências requeridas pelas atividades específicas de cada cargo, devemos considerar que seus ocupantes deverão ser criativos de maneira que, em seus processos de trabalho, produzam as inovações que sustentarão a vantagem competitiva da organização.⁸ (grifo nosso)

Para a definição do perfil de competências individuais necessárias aos candidatos que se apresentam para a seleção, é indispensável a atividade estratégica de mapeamento das competências institucionais, permitindo seu alinhamento à gestão de pessoas e ao processo de seleção por competências. Milkovich e Boudreau afirmam que é essencial:

compreender a ligação entre os objetivos da organização e a *estratégia de seleção externa*. Essa estratégia *deve partir diretamente da análise das metas organizacionais*, que indicará papéis e contribuições necessários para o trabalho, que determinarão as características a serem buscadas nos candidatos que, finalmente, guiarão as escolhas dos métodos de seleção e da avaliação de sua eficácia.⁹ (grifo nosso)

Na APF, de forma semelhante ao que faz a alta direção de uma empresa, o mapeamento das competências institucionais seria estabelecido no planejamento estratégico elaborado pelos *órgãos governamentais* (*supremos* ou *constitucionais* – responsáveis por traçar os planos de ação, dirigir, comandar). Por meio desse planejamento, seriam identificadas as competências necessárias para a concretização de sua visão de futuro, isto é, as competências institucionais. Essa visão estratégica dos *órgãos governamentais* orientaria, então, as políticas e ações para diminuir a distância entre as competências atuais da APF e aquelas necessárias ao alcance dos objetivos institucionais.

De posse dessas diretrizes fundamentais, os *órgãos administrativos* (*subordinados* ou *dependentes* – aos quais incumbe executar os planos

8 CARVALHO; PASSOS; SARAIVA, op. cit., p. 49-50.

9 MILKOVICH, George T.; BOUDREAU, John W. Trad. Reynaldo C Marcondes. *Administração de recursos humanos*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 210-211.

governamentais) especificariam as competências individuais que necessitam captar ou desenvolver. Isso pressupõe definição prévia da missão da organização, conhecimento efetivo da estrutura e do funcionamento do órgão e razoável grau de envolvimento dos gestores e dirigentes, de forma a legitimar o processo de implantação do modelo de gestão por competências e a seleção realizada com base nele.

O conceito de competência individual aqui utilizado é aquele pensado por Durand¹⁰. Partindo das chaves do aprendizado individual de Pestalozzi (tríplice atividade da cabeça, das mãos e do coração), propõe que a competência envolve *conhecimentos, habilidades e atitudes*, englobando não só questões técnicas, mas também aspectos sociais e afetivos relacionados ao trabalho. O Decreto Presidencial n.º 5.707, de 23 de fevereiro de 2006, introduz formalmente essa noção de competência na APF (art. 2º, inciso II).

O *conhecimento* corresponde a diversas informações assimiladas e estruturadas pelo indivíduo e também a capacidade de receber informações e integrá-las dentro de um esquema preexistente, o pensamento e a visão estratégicos. A *habilidade* se refere à capacidade de agir de acordo com objetivos ou processos predefinidos, com técnica e aptidão. Já a *atitude* corresponde a aspectos afetivos e sociais relacionados ao trabalho e à identidade do indivíduo com os valores da instituição, contribuindo para que haja o seu comprometimento e motivação para alcançar os padrões de comportamento esperados e, assim, atingir resultados no trabalho com alto desempenho¹¹.

Para que a competência institucional de que a APF necessita seja identificada dentre as competências individuais do candidato ao cargo público vago, ela precisa ser objetiva e passível de observação no ambiente de trabalho. Deve representar um desempenho ou comportamento esperado, indicando o que o futuro servidor público deve ser capaz de fazer. Esse comportamento deve ser descrito por um *verbo* e um *objeto de ação*: “Resolve problemas de álgebra”. Sempre que possível e conveniente, pode-se acrescentar uma *condição* na qual se espera que o desempenho ocorra: “Resolve problemas de álgebra, sem utilizar calculadoras”. Por fim, pode-se incluir ainda um *critério* que indique o nível de desempenho considerado satisfatório ou um padrão de qualidade: “Resolve problemas de álgebra, cada um deles em

10 DURAND *apud* BRANDÃO, Hugo Pena. *Aprendizagem, contexto, competência e desempenho*: um estudo multinível. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. 345p. (Tese, doutorado em Psicologia).

11 GUIMARÃES, *op. cit.*

menos de 10 minutos e com exatidão¹². O quadro a seguir apresenta outros exemplos de condições e critérios de qualidade associados a competências individuais:

Comportamento (verbo + objeto da ação)	Critério	Condição
Edita textos	Sem erros de digitação	Utilizando o aplicativo Word
Comunica-se com os clientes	De forma clara e objetiva	Utilizando diferentes veículos de comunicação (telefone, fax, internet)
Realiza análises financeiras	Com acurácia	Utilizando modelos de mensuração de riscos de empresas e projetos

Fonte: CARBONE *et al*, 2009, p. 57.

Quando a descrição da competência necessária não for clara e objetiva, corre-se o risco da banca examinadora dar a ela a interpretação que melhor lhe convir, possibilitando o subjetivismo e a parcialidade¹³. Para uma boa descrição das competências necessárias à APF, esses autores sugerem, com base nas proposições de Mager (1990) e Bruno-Faria e Brandão (2003):

- (i) utilizar verbos que expressem uma ação concreta, ou seja, que representem comportamentos passíveis de observação no ambiente de trabalho, como, por exemplo, analisar, organizar, selecionar, comunicar, avaliar, estabelecer, elaborar, desenvolver e formular, entre outros; (ii) submeter as descrições das competências à crítica de pessoas-chave da organização, visando identificar inconsistências e inadequações; (iii) realizar validação semântica das competências descritas, visando garantir que todos os funcionários compreendam da mesma forma o comportamento descrito.¹⁴

Enfim, verifica-se na seleção por competências uma forma de superar a escolha e classificação dos candidatos somente a partir de títulos e conhecimento memorizado, aperfeiçoando o provimento

¹² CARBONE, Pedro Paulo. et al. *Gestão por competências e gestão do conhecimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid., p. 58.

meritório de cargos públicos ao selecionar também com base em habilidades e atitudes necessárias à APF, sem comprometer a objetividade e a impessoalidade.

2 ENTREVISTA COMPORTAMENTAL

É consenso na literatura que a entrevista assume um papel central na coleta de informações e na tomada de decisão da seleção, ainda que existam diversos instrumentos de seleção. Por isso, em quase toda seleção há algum tipo de entrevista.

No entanto, segundo muitos autores, nem mesmo a entrevista pode ser usada isoladamente para selecionar os candidatos. Faissal *et al*¹⁵ ressaltam que ela é mais bem aproveitada à medida que for utilizada como um instrumento de síntese de todos os resultados. Segundo eles, a entrevista:

Consiste na proposição de perguntas aos candidatos, tendo como objetivo avaliar o domínio de determinadas competências relacionadas ao perfil profissional, levantar informações complementares sobre competências que não foram vistas por meio de outras técnicas, investigar mais profundamente aspectos de uma competência que não tenham sido suficientemente explorados e esclarecer fatos, impressões, confirmar ou rejeitar hipóteses que surgiram ao longo do processo seletivo.¹⁶

Ainda que utilizada com muita frequência, a constituição da entrevista como instrumento de seleção efetivo e eficaz depende de conhecimento, habilidade e tato, em razão da alta dosagem de subjetividade e imprecisão que pode apresentar¹⁷.

Para a validação desse instrumento, é essencial a superação de inclinações pessoais. A entrevista deve ser conduzida por profissionais experientes e capazes de identificar os fatores de ordem pessoal que podem interferir no processo (preconceitos, antipatia, atração, esteriótipos etc.), considerando as expectativas da área detentora do cargo e garantindo que o mesmo candidato seja avaliado por vários entrevistadores, sejam eles membros de uma equipe de trabalho

15 FAISSAL, Reinaldo. *et al. Atração e seleção de pessoas*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

16 FAISSAL *et al*, *op. cit.*, p. 125.

17 CARVALHO; PASSOS; SARAIVA, *op. cit.*

ou outros indivíduos da empresa¹⁸. A estrutura da entrevista e o treinamento dos entrevistadores são outros fatores que influenciam na qualidade da entrevista, de acordo com Bohlander, Snell e Shermam¹⁹.

Faissal *et al*²⁰ classificam as entrevistas “quanto ao grau de estruturação, ao tipo de informação que se deseja obter e ao tipo de pergunta utilizada”. Em relação ao *grau de estruturação*, as entrevistas podem ser estruturadas e não-estruturadas. Nas *entrevistas estruturadas*, o entrevistador estipula a direção que a entrevista terá ao fazer perguntas padronizadas e planejadas, baseadas na análise de cargo, e o candidato responde somente a essas questões. Para Limongi-França e Arellano²¹ as entrevistas estruturadas fornecem uma base mais consistente de avaliação e contribuem para uma tomada de decisão mais segura e com possibilidade reduzida de haver acusações de discriminação injusta. Nas *entrevistas não-estruturadas*, são poucas as perguntas planejadas, sendo outras formuladas durante o diálogo, e o candidato desempenha papel mais amplo na determinação do curso da discussão.

Outra classificação das entrevistas é pelo *tipo de informação que se deseja obter*, podendo ser técnicas ou psicológicas. As *entrevistas técnicas* tem um caráter decisivo e, como sugerem Faissal *et al*²², deve ser realizada no final do processo, pois geralmente são conduzidas pelo profissional detentor da vaga e objetivam coletar informações no que diz respeito ao conhecimento técnico, experiência profissional e habilidades técnicas do candidato. Assemelha-se aos *testes orais*, caracterizados pela expressão oral de perguntas, que devem ser respondidas verbalmente pelo candidato a um avaliador ou uma banca de examinadores. Por outro lado, as *entrevistas psicológicas* visam obter informações sobre aspectos da personalidade do candidato, bem como de sua vida pessoal passada e expectativas para o futuro, para que seja possível elaborar um perfil psicológico a fim de verificar a sua adequação ao perfil de competências do cargo objeto da seleção. Devido à dificuldade de aprofundar os dados coletados – o que não ocorre com as entrevistas técnicas – pelo pouco

18 FAISSAL *et al*, op. cit.

LIMONGI-FRANÇA, Ana Cristina; ARELLANO, Eliete Bernal. *Os processos de recrutamento e seleção*. In: FLEURY, Maria Tereza Leme (Org.). *As pessoas na organização*. São Paulo: Gente, 2002.

19 BOHLANDER, George; SNELL, Scolt; SHERMAN, Arthur. Trad. Maria Lúcia G. Leite Rosa. *Administração de recursos humanos*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

20 FAISSAL *et al*, op. cit., p. 126.

21 LIMONGI-FRANÇA; ARELLANO, op. cit.

22 FAISSAL *et al*, op. cit.

tempo para realizar os processos seletivos e pela exigência de serem psicólogos a conduzirem as entrevistas psicológicas, estas estão sendo usadas com pouca frequência²³.

Quanto ao *tipo de pergunta utilizada* nas entrevistas, elas são tradicionais, situacionais ou comportamentais. Nas *tradicionais*, o entrevistador faz perguntas gerais e abertas para que o candidato fale sobre o que foi sugerido, oferecendo informações para que seja efetuada a avaliação do seu perfil com as competências necessárias. No caso das entrevistas *situacionais*, consideradas uma variação da anterior, são feitas perguntas abertas e direcionadas às características específicas do trabalho pertinente ao cargo a ser ocupado pelo candidato. É apresentado ao candidato um fato hipotético e ele responde que reação teria. Em relação às entrevistas *comportamentais*, o conceito apresentado por Reis mostra que:

exemplos comportamentais (fatos específicos da experiência passada) são a melhor maneira de prever o comportamento futuro de um candidato. Ao invés de fazer perguntas ao candidato que o remetem a situações hipotéticas, condicionais, o entrevistador formula a pergunta solicitando ao candidato que descreva uma situação concreta, que ilustre a competência que se pretende analisar.²⁴

As perguntas desse tipo de entrevista devem ser abertas e específicas, com foco nas competências necessárias para o cargo, além de formuladas com verbos de ação no passado para obter descrições de exemplos comportamentais ocorridos na vida do candidato, que indiquem evidências de uma competência. Uma vantagem da entrevista comportamental é o aumento das chances de conseguir uma resposta mais realista, com informações mais precisas sobre as competências do candidato. Assim, ao analisar os dados obtidos, o entrevistador terá “uma visão geral do comportamento pregresso na competência em evidência”²⁵, baseando sua decisão na própria experiência vivida pelo candidato.

Todavia, cabe ressaltar que o comportamento futuro do candidato pode ser diferente de seus comportamentos anteriores, devido à

23 FAISSAL *et al*, op. cit.

24 REIS (2003) *apud* FAISSAL *et al*, op. cit., p. 116-117.

25 GRAMIGNA, Maria Rita. *Modelo de competências e gestão de talentos*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007, p. 110.

característica humana de realizar mudanças pessoais, não sendo, assim, um indicador absoluto e infalível.

Considerando que na entrevista comportamental são realizadas perguntas a partir das competências necessárias para o cargo, esse instrumento obtém descrições de exemplos comportamentais ocorridos na vida do candidato que indicam evidências de uma competência, possibilitando a escolha de quem apresenta a menor lacuna (*gap*) entre o perfil de competências do candidato e aquele do cargo, facilitando o alinhamento entre as competências funcionais e organizacionais.

Em síntese, diversamente de outros instrumentos de seleção, a entrevista comportamental pode avaliar todas as nuances da competência, pois identifica, além dos conhecimentos e habilidades, o viés das atitudes na análise do perfil do candidato.

3 REGIME JURÍDICO DO CONCURSO PÚBLICO

Desde a Antiguidade, os entes estatais vêm utilizando diversas formas de selecionar pessoas para ocupar os cargos públicos: sorteio, compra e venda, sucessão hereditária, arrendamento, livre nomeação absoluta, livre nomeação relativa, eleição e concurso²⁶.

A experiência mais remota de concurso público é o *sistema chinês de exames*, iniciado aproximadamente no século IV, na China pós-feudalismo, governada por uma classe de profissionais que possuía, cada um, seu certificado de mérito no concurso. Os exames foram originalmente criados para testar os conhecimentos dos candidatos a um cargo estatal. Aplicados em forma de exame em massa, com a tensão multiplicada pela importância do cargo, os testes tinham como objeto textos complicados e poemas sobre os textos clássicos para avaliar a capacidade de pensar à maneira de Confúcio, além de problemas contemporâneos da filosofia e do governo. Mesmo sendo possível comprar cargos, o alto *status* era quase sempre associado a notas altas²⁷.

No Estado Moderno, o concurso público desponta para combater o nepotismo e o clientelismo, visando à ocupação de cargos públicos por pessoas selecionadas com base no mérito. Surge, então, o *regime do concurso* ou *sistema de mérito* (*merit system*) para se opor ao ingresso nos cargos públicos em razão do prestígio de políticos, de parentes ou

26 CRETELLA JÚNIOR *apud* MACHADO JÚNIOR, Agapito. *Concursos públicos*. São Paulo: Atlas, 2008.

27 WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

de amigos, característico do *sistema do pistolão* ou *sistema dos despojos* (*patronage system* ou *spoils system*)²⁸.

Considerando questões de ordem social (democratização do Estado) e técnica (gestão eficiente e eficaz), o concurso público torna os cargos públicos acessíveis a todos os cidadãos e viabiliza o ingresso dos mais qualificados na Administração Pública. Além disso, mesmo sendo uma instituição humana sujeita a toda sorte de vícios, o concurso público é considerado o único meio de seleção de servidores que condiz com o sistema de mérito, já que se mostra superior: (a) ao sorteio, não constituindo sistema meramente aleatório; (b) ao arrendamento, à compra e venda e à herança, não tratando o cargo público como objeto mercantil ou de sucessão hereditária; e (c) à livre nomeação e à eleição, não adotando como critério de escolha do servidor público a valoração puramente discricionária ou de natureza eminentemente político-econômica²⁹.

O concurso público compreende a atração do maior número de candidatos qualificados (recrutamento amplo) e a escolha (seleção rígida), com base em critérios tecnicamente estabelecidos, dos que apresentarem os mais elevados graus de capacidade, com relação aos requisitos mínimos fixados para o exercício eficiente dos cargos a serem providos³⁰. Reúne, portanto, as duas fases iniciais do suprimento de recursos humanos para a Administração Pública, denominado processo admissional; dividindo-se, este último, em quatro atividades (fases) que também podem ser detalhadas segundo processos específicos: recrutamento, seleção, admissão e registro³¹.

Assim, os cargos e empregos públicos vagos que necessitam de provimento caracterizam-se como *objeto material* do concurso público, enquanto seu *objeto jurídico* (efeito jurídico imediato) corresponde ao preenchimento desses lugares vagos na estrutura estatal por pessoas previamente classificadas e selecionadas por intermédio de realização de provas ou provas e títulos, atendendo-se, rigorosamente, à ordem de classificação dos candidatos, fazendo nascer um vínculo jurídico de

28 SIQUEIRA, Belmiro. *Do regime de concurso: sua eficiente implantação no S.P.F.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1950.

29 Ibid.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

30 SIQUEIRA, op. cit.

31 BERGUE, Sandro Trescastro. *Gestão de pessoas em organizações públicas.* 2. ed. rev. e atual. Caxias do Sul, RS: Educus, 2007.

natureza funcional (cargo público) ou trabalhista (emprego público) entre o cidadão e a Administração Pública³².

Mesmo se o concurso público é marcado por regras e princípios específicos, ele se subordina ao regime jurídico do Direito Administrativo na medida em que compreende uma sucessão ordenada de atos administrativos visando a um interesse público específico: o recrutamento e a seleção dos profissionais mais qualificados para prestar serviços à sociedade no exercício de cargos ou empregos públicos.

Na qualidade de *processo administrativo*, verifica-se no concurso público seu atributo de atividade administrativa, pois é uma *função* ou *atividade-fim* que se subordina à finalidade expressa nas normas constitucionais e legais. Entendida no sentido negativo,

a atividade administrativa encontra um limite formalmente insuperável na lei, a qual pode estabelecer proibições a determinadas atividades, tanto no que concerne às finalidades a alcançar como no que se refere aos meios e formas a seguir. Já no sentido positivo, tem-se que a lei pode vincular positivamente a atividade administrativa a determinadas finalidades ou a certos meios ou formas, cabendo à Administração realizar aquilo que a lei permite.³³

Para alcançar esse interesse público específico, a APF não dispõe de lei própria que discipline o concurso público. Logo, as normas que disciplinam a seleção de servidores federais estão dispersas no regime jurídico da APF. Sua principal fonte é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), seguida pela Lei Federal n.º 8.112/1990, regulamentada pelo Decreto Presidencial n.º 6.944/2009 no que toca ao concurso público, e pela Lei Federal n.º 9.784/1999.

A CF/88 adota o *sistema de mérito* em seu artigo 37, incisos I e II. Esses dispositivos também são conhecidos por tornarem expresso o princípio do amplo acesso aos cargos públicos. Na medida em que exige que o concurso público selecione os candidatos por intermédio de provas – combinadas ou não com títulos – segundo a natureza e complexidade do cargo público vago, o inciso II aborda o processo de seleção, enquanto o inciso I restringe o acesso aos cargos públicos ao cumprimento dos requisitos previstos em lei.

32 MAIA; QUEIROZ, op. cit.

33 ALESSI *apud* COELHO, Daniela Mello. *Administração pública gerencial e direito administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 65.

A Lei nº 8.112/1990, por sua vez, acrescenta ao disposto na CF/88: (i) os requisitos básicos para o ingresso (provimento) em cargo público; (ii) o respeito à ordem de classificação definida pelas avaliações; (iii) a possibilidade de ele ser realizado em duas etapas; (iv) sua vinculação à lei e ao regulamento do plano de carreira em que pode estar incluído o cargo público; e (v) definir que o concurso público terá as condições de sua realização previstas em edital que deve ser publicado. Essas previsões estão nos artigos 5º, 10, 11 e 12, § 1º.

Um exemplo de carreira que prevê outros requisitos para a provimento no cargo é a carreira de policial federal. O artigo 9º da Lei nº 4.878/1965, ainda vigente, acrescenta, aos requisitos básicos dispostos no art. 5º da Lei nº 8.112/1990, os seguintes:

V - ter procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável, avaliados segundo normas baixadas pela Direção Geral do Departamento de Polícia Federal.

VII - *possuir temperamento adequado* ao exercício da função policial, *apurado em exame psicotécnico* realizado pela Academia Nacional de Polícia. (grifo nosso)

Como o concurso público é um processo administrativo, ele também se subordina, no que for cabível, à Lei nº 9.784/1999, sobretudo quanto aos princípios do *caput* do art. 2º (legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência) e aos critérios listados no parágrafo único.

Apesar da APF não dispor de lei própria que discipline o concurso público, o Decreto Presidencial n.º 6.944, de 21 de agosto de 2009, regulamenta, em seu Capítulo II, a seleção de servidores públicos para a maior parte dos órgãos e entidades do Executivo Federal. Alterado recentemente pelo Decreto Presidencial n.º 7.308, de 22 de setembro de 2010, passou a tratar mais detalhadamente sobre a realização de avaliações psicológicas em concursos públicos, mas sem nenhuma menção específica à entrevista.

Enfim, mesmo que essa norma regulamentar trate do processo de seleção do concurso público, reforça-se que esse processo é regido, sobretudo, por princípios legais e constitucionais, especialmente o princípio da legalidade estrita, devendo estar expressamente previstos em lei os

critérios ou requisitos para provimento de cargo público, de forma a não ferir o direito subjetivo de acesso ao cargo público (art. 37, I, CF/88).

4 CONTROLE JURISDICIONAL

O Poder Judiciário realiza o controle jurisdicional quando verifica a legalidade dos atos da Administração Pública (artigo 5º, inciso XXXV, CF/88). Assim, torna-se imprescindível conhecer como os Tribunais Superiores estão interpretando as normas lacunosas e os princípios do processo de seleção de servidores públicos federais e estão aplicando-os aos casos em que a entrevista foi utilizada em concursos públicos.

As decisões judiciais do STJ vedam o enfoque subjetivo, sigiloso e irrecorrível das entrevistas utilizadas em concursos públicos³⁴. Porém, somente analisam a entrevista como instrumento de seleção de servidores públicos no âmbito do exame psicotécnico.

Igualmente apreciando a entrevista como parte do exame psicotécnico³⁵, o STF vem decidindo que esse exame deve estar previsto em lei para ser utilizado em concurso público, pois o edital não pode criar limitações para acesso a cargo público sem previsão legal: “o exame psicotécnico pode ser estabelecido para concurso público desde que seja feito por lei, e que tenha por base critérios objetivos de reconhecido caráter científico, devendo existir, inclusive, a possibilidade de reexame”³⁶. Depois de inúmeras decisões nesse sentido, a Corte Suprema editou, em 24/09/2003, a Súmula nº 686: “só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a *habilitação de candidato* a cargo público” (grifo nosso). Decisões mais recentes confirmam esse entendimento³⁷.

Portanto, as menções diretas à entrevista como instrumento de seleção na jurisprudência do STJ/STF se encontram no âmbito do exame psicotécnico, tratando-se de avaliação psicológica de requisitos específicos para a habilitação do candidato no acesso ao cargo público. Considerando esses julgados, a entrevista apenas seria admitida em concursos públicos federais quando houver simultaneamente:

34 Recurso Especial Nº 27.866/DF, Relator Ministro Edson Vidigal, julgado em 02/10/1995; e Recurso Especial Nº 462.676/RS, Relator Ministro Paulo Medina, julgado em 23/03/2004.

35 Recurso Extraordinário Nº 194.657-1/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 04/10/2001; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Nº 344.880/RN, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 08/10/2002.

36 Recurso Extraordinário Nº 188234/DF, Relator Ministro Néri da Silveira, julgado em 19/03/2002.

37 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Nº 417.019/SE, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 14/08/2007; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento Nº 595.541/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 16/06/2009.

- (i) previsão legal;
- (ii) cientificidade e objetividade dos critérios adotados; e
- (iii) possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato.

5 NATUREZA JURÍDICA DA ENTREVISTA COMPORTAMENTAL

A revisão da literatura sobre a entrevista comportamental, a análise do regime jurídico do concurso público federal e a consulta aos julgados do STJ/STF revelam a ausência de qualquer menção direta ao uso da entrevista comportamental como instrumento de seleção por competências em concursos públicos. Admitindo essa ausência como uma lacuna, duas possibilidades são normalmente apontadas: (i) vedação ao uso da entrevista comportamental em concursos públicos, pois estão sujeitos ao princípio da legalidade estrita (art. 37, I, CF/88); ou (ii) caracterização da entrevista comportamental como exame psicotécnico por analogia (art. 4º, Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto-Lei nº 4.657/1942), podendo ser utilizada como instrumento de seleção somente em certames para cargos que admitam o exame psicotécnico.

Dessa forma, a lacuna legal seria a principal dificuldade jurídica para a aplicação do modelo de gestão por competências nos concursos públicos da APF. Aparentemente, seria necessário modificar formalmente a legislação para viabilizar o uso da entrevista comportamental em certames para todo e qualquer cargo público federal.

Portanto, ainda que a decisão sobre instrumentos de seleção e avaliação dos resultados do concurso público esteja relacionada à questão técnico-administrativa (*função administrativa*), a opção técnica se subordina ao princípio da legalidade estrita, podendo ser revista pelo Judiciário no exercício da *função jurisdicional* do Estado.

Exemplificando, como o art. 37, I, da CF/88, dá acesso aos cargos públicos para todos e confere à lei o papel de restringir a forma de acesso a eles, se a entrevista comportamental do concurso público impedir o provimento e não estiver prevista em lei, o dispositivo constitucional seria violado e o candidato preterido seria amparado pela atual jurisprudência em seu desejo de invalidar a entrevista.

Todavia, considerando os diversos tipos de entrevista abordados no tópico 3 deste artigo, há o grande risco dessa linha interpretativa estar tratando desigualmente institutos semelhantes e comprometendo, sem necessidade, o aperfeiçoamento do concurso público. Ao comparar os instrumentos de seleção simplesmente por sua denominação, o jurista

abandona os métodos que alçaram o Direito à categoria de Ciência e limita sua interpretação de normas à literalidade característica do senso comum.

Assim, para superar a omissão do regime jurídico do concurso público a respeito da entrevista comportamental, admite-se utilizar a analogia como meio de integração de nosso sistema constitucional e de preenchimento da lacuna, mas de forma mais criteriosa. Nesse intuito, define-se analogia como a “aplicação de disposições legais positivadas a casos não totalmente conformes e não regulados expressamente, mas que podem ser subsumidos às ‘idéias fundamentais’ daquelas disposições”³⁸.

O uso da analogia fundamenta-se no tratamento igual a casos semelhantes. Sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, supõe-se a semelhança entre os supostos fáticos quando as coincidências são maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças. Confirmada a relação essencial, o intérprete percebe que um caso não está regulado e aplica a ele a norma do outro³⁹.

Caracterizado o método, são identificados o exame psicotécnico e a prova oral como supostos fáticos regulamentados para serem comparados com a entrevista comportamental.

Analisando profundamente os instrumentos de seleção em questão para classificá-los segundo *tipo de informação que se deseja obter*, a entrevista do exame psicotécnico (ou da avaliação psicológica, como denominada no Decreto Presidencial n.º 7.308/2010) e a entrevista comportamental da seleção por competências correspondem, respectivamente, à entrevista psicológica e à entrevista técnica. Enquanto aquela busca informações sobre aspectos da personalidade do candidato (temperamento e perfil psicológico), esta objetiva coletar informações a respeito do conhecimento técnico, experiência profissional e habilidades técnicas do candidato (competências individuais).

Conseqüentemente, apenas um psicólogo tem habilitação legal para ser o entrevistador no exame psicotécnico, pois se trata de função privativa desse profissional, segundo o art. 13, § 1º, alínea “a”, da Lei n.º 4.119/1962⁴⁰. Por não utilizar métodos e técnicas psicológicas, essa

38 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 300.

39 FERRAZ JUNIOR, op. cit.

40 *Art.13* Ao portador do diploma de psicólogo é conferido o direito de ensinar Psicologia nos vários cursos de que trata esta lei, observadas as exigências legais específicas, e a exercer a profissão de Psicólogo.

§ 1º Constitui função privativa do Psicólogo a utilização de métodos e técnicas psicológicas com os seguintes objetivos: a) diagnóstico psicológico; b) orientação e seleção profissional.

habilitação é prescindível ao condutor da entrevista comportamental, não se aplicando o art. 13, § 1º, alínea “b” da mesma lei.

Além de se distinguirem, fundamentalmente, a partir do objeto e do sujeito, essas entrevistas geram diferentes efeitos jurídicos. Enquanto a entrevista do psicotécnico tem caráter exclusivamente eliminatório⁴¹, na medida em que identifica ou não um requisito para o provimento⁴², a entrevista comportamental pode ter caráter eliminatório ou classificatório, pois confronta competitivamente as competências individuais identificadas nos candidatos para habilitar quem concentra o maior número delas.

Enfim, frente às diferenças de sujeito, objeto e efeitos jurídicos, não se pode considerar que a entrevista comportamental e a entrevista do exame psicotécnico apresentem uma semelhança que torne viável o uso da analogia, a ponto de compartilharem o mesmo tratamento legal.

No que toca à prova oral, pelo contrário, identifica-se a semelhança com a entrevista comportamental nos mesmos elementos essenciais utilizados para diferenciá-la da entrevista do psicotécnico: sujeito, objeto e efeitos jurídicos.

A prova oral encontra amparo na CF/88 (art. 37, II) e na Lei n.º 8.112/1990 (arts. 10 e 11), além de estar prevista no Decreto Presidencial n.º 6.944/2009 (art. 13, §3º), que exige a realização em sessão pública e a gravação para efeito de registro e avaliação.

Dentre as normas regulamentares da prova oral em concursos públicos, destaca-se a Resolução CNJ n.º 75/2009 pela riqueza de detalhes e por seu intuito de regulamentar e uniformizar o procedimento e os critérios relacionados ao concurso público de ingresso na carreira da magistratura do Poder Judiciário nacional. No Capítulo VII, aborda a quarta etapa do certame, a prova oral, do qual destacamos os seguintes dispositivos:

Art. 64. A prova oral será prestada em sessão pública, *na presença de todos os membros da Comissão Examinadora, vedado o exame simultâneo de mais de um candidato.*

[...]

41 Regulamentando o art. 5º, VI, da Lei n.º 8.112/1990, o art. 14-A do Decreto n.º 6.944/2009, incluído pelo Decreto n.º 7.308/2010, dispõe que “O resultado final da avaliação psicológica do candidato será divulgado, exclusivamente, como ‘apto’ ou ‘inapto’”.

42 É indispensável, por exemplo, que o candidato ao cargo de policial federal comprove, em exame psicotécnico, que detém temperamento adequado ao exercício da função de policial (art. 9º, VII, da Lei n.º 4.878/1965).

Art. 65. Os temas e disciplinas objeto da prova oral são os concernentes à segunda etapa do concurso (art. 47), cabendo à Comissão Examinadora agrupá-los, a seu critério, para efeito de sorteio, em programa específico.

[...]

§ 3º A *arguição do candidato versará sobre conhecimento técnico* acerca dos temas relacionados ao ponto sorteado, *cumprindo à Comissão avaliar-lhe o domínio do conhecimento jurídico, a adequação da linguagem, a articulação do raciocínio, a capacidade de argumentação e o uso correto do vernáculo.*

[...]

§ 5º Cada *examinador* disporá de até 15 (quinze) minutos para a *arguição do candidato, atribuindo-lhe nota na escala de 0 (zero) a 10 (dez).* Durante a *arguição*, o candidato poderá consultar códigos ou legislação esparsa não comentados ou anotados, a critério da Comissão Examinadora.

§ 6º A *nota final da prova oral* será o resultado da *média aritmética simples das notas atribuídas pelos examinadores.*

[...]

§ 9º Considerar-se-ão *aprovados e habilitados* para a próxima etapa os candidatos que obtiverem *nota não inferior a 6 (seis).* (grifo nosso)

Confrontando a entrevista comportamental e a prova oral, constata-se que ambas:

- (i) utilizam um colegiado de examinadores com reconhecida experiência profissional na área do cargo vago (sujeito);
- (ii) comparam competitivamente os candidatos com base nas qualidades necessárias ao exercício do cargo público em vista de habilitar quem concentra o maior número delas (objeto);
- (iii) classificam o candidato atribuindo-lhe notas para habilitá-lo no certame ou em parte dele, não apresentando caráter obrigatoriamente eliminatório (efeito jurídico).

Dessa forma, podem ser subsumidas às “idéias fundamentais” da prova oral a entrevista comportamental por meio da analogia,

apesar desses dois supostos fáticos se diferenciarem quanto ao tipo de qualidades profissionais do candidato que são avaliadas. Enquanto a prova oral limita-se a avaliar conhecimento e habilidades técnicas, a entrevista comportamental examina as competências individuais do candidato. Ao invés de restringir o concurso público a um mero teste de conhecimento e o jurista a um mero intérprete literal das normas, reconhecer a analogia entre entrevista comportamental e prova oral para viabilizar a seleção de servidores federais por competências é: (i) interpretar o Regime Jurídico da APF de forma a garantir o atendimento do fim público a que se destina o concurso público e a adequar os meios sem comprometer os fins (art. 2º, parágrafo único, incisos VI e XIII, Lei n.º 9.784/1999); (ii) incorporar métodos de interpretação voltados para o atendimento do interesse público e do bem-estar geral na busca pela máxima efetividade da Constituição com a mínima restrição dos direitos constitucionais; e (iii) possibilitar o ingresso dos candidatos mais competentes na APF (*sistema de mérito*).

Logo, sendo mais coerente com as características da entrevista comportamental e com a cientificidade do Direito, propõe-se superar a ausência de menção direta à entrevista comportamental por intermédio da analogia como método de integração do sistema constitucional ao tratá-la juridicamente como uma das provas do concurso público, pois se identifica sua semelhança com a prova oral em elementos essenciais (sujeito, objeto e efeitos jurídicos); afastando a interpretação normativa literal que veda sua utilização em concursos públicos e que a considera um exame psicotécnico, voltado exclusivamente a identificar a aptidão (ou não) do candidato para o exercício do cargo se constatada a presença (ou ausência) de um requisito psicológico de provimento.

6 CONCLUSÃO

A análise da entrevista comportamental como instrumento de seleção por competências de servidores, confrontada com o regime jurídico do concurso público federal e com a atual jurisprudência do STJ/STF, aponta que a ausência de menção direta à entrevista comportamental pode ser superada pela analogia com a prova oral, na medida em que o hermeneuta constitucional preenche a lacuna ao reconhecer a relação essencial entre sujeito, objeto e efeitos jurídicos dessas técnicas de seleção.

Assim, com a máxima efetividade da Constituição e a mínima restrição dos direitos constitucionais, realiza-se uma interpretação razoável e proporcional que aprimora objetivos, técnicas e aplicações

do concurso público, melhorando a identificação de candidatos mais competentes e adequados à satisfação das necessidades da Administração Pública, sem comprometer a isonomia da seleção, o direito subjetivo de acesso ao cargo público e sem sofrer restrições do Poder Judiciário.

Portanto, é possível reduzir a judicialização da gestão de pessoas na APF e aperfeiçoar a qualidade do serviço público prestado à sociedade brasileira por meio da profissionalização dos agentes públicos, com base no diálogo entre os dirigentes de recursos humanos da APF e as carreiras jurídicas de Estado, na busca por alternativas que operacionalizem a gestão por competências de servidores públicos plenamente alinhada aos princípios que norteiam a CF/88.

Nesse diálogo, dentre as questões a serem aprofundados para viabilizar a seleção por competências de servidores, está o ajuste técnico da entrevista comportamental como uma prova de concurso público. Por exemplo, considerando-se a crise de empregabilidade e o sonho com a estabilidade de um cargo público, como evitar a falta de veracidade nas informações prestadas pelos candidatos a respeito de sua experiência profissional?

Enfim, ainda que sejam necessários ajustes para que a entrevista comportamental seja utilizada como prova oral em concursos públicos, a analogia entre esses instrumentos de seleção reduz as interferências do controle jurisdicional na escolha e classificação de candidatos com base em habilidades, atitudes e experiências profissionais, além de conhecimento memorizado e títulos, possibilitando aperfeiçoar o concurso público, ampliar as competências organizacionais da APF e tornar mais eficiente o alcance de seus objetivos estratégicos, como a garantia do desenvolvimento nacional.

REFERÊNCIAS

BERGUE, Sandro Trescastro. *Gestão de pessoas em organizações públicas*. 2. ed. rev. e atual. Caxias do Sul, RS: Educus, 2007.

BOHLANDER, George; SNELL, Scolt; SHERMAN, Arthur. Trad. Maria Lúcia G. Leite Rosa. *Administração de recursos humanos*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

BRANDÃO, Hugo Pena. *Aprendizagem, contexto, competência e desempenho: um estudo multinível*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. 345p. (Tese, doutorado em Psicologia).

- _____. GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Gestão de competências e gestão de desempenho: tecnologias distintas ou instrumentos de um mesmo construto? *Revista de Administração de Empresas – RAE*. São Paulo, v. 41, n. 1, p. 8-15, jan./mar. 2001.
- CARBONE, Pedro Paulo. *et al. Gestão por competências e gestão do conhecimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.
- CARVALHO, Ieda Maria Vecchioni; PASSOS, Antônio Eugênio V. Mariani; SARAIVA, Suzana Barros Corrêa. *Recrutamento e seleção por competências*. Rio de Janeiro: FGV, 2008.
- COELHO, Daniela Mello. *Administração pública gerencial e direito administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- FAISSAL, Reinaldo. *et al. Atração e seleção de pessoas*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.
- FREITAS, Liziane Castilhos de Oliveira. *Avaliação psicológica em concurso público: relações com o desempenho em treinamento de bombeiros*. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. (Dissertação, mestrado em Psicologia).
- GRAMIGNA, Maria Rita. *Modelo de competências e gestão de talentos*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.
- GUIMARÃES, Tomás de Aquino. A nova administração pública e a abordagem da competência. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro: FGV, 34(3), p. 125-140, mai./jun. 2000.
- LIMONGI-FRANÇA, Ana Cristina; ARELLANO, Eliete Bernal. Os processos de recrutamento e seleção. *In: FLEURY, Maria Tereza Leme (Org.). As pessoas na organização*. São Paulo: Gente, 2002.
- MACHADO JÚNIOR, Agapito. *Concursos públicos*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILKOVICH, George T.; BOUDREAU, John W. Trad. Reynaldo C Marcondes. *Administração de recursos humanos*. São Paulo: Atlas, 2008.

OCDE, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Avaliação da gestão de recursos humanos no governo – Relatório da OCDE: Brasil 2010 - Governo Federal*. Disponível em: <http://www.mp.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/noticias/srh/100520_estudo_OCDE.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2010.

QUEIROGA, Fabiana. *Seleção de pessoas e desempenho no trabalho: um estudo sobre a validade preditiva dos testes de conhecimentos*. Brasília: IP/UnB, 2009. 215p. (Tese, doutorado em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações).

SIQUEIRA, Belmiro. *Do regime de concurso: sua eficiente implantação no S.P.F.* Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1950.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MONTESQUIEU E A RELEITURA DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO ESTADO CONTEMPORÂNEO: ELEMENTOS PARA UMA ABORDAGEM CRÍTICA

Alexandre Douglas Zaidan
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução, 1 O pensamento iluminista e a doutrina da separação de poderes na concepção de Montesquieu; 2 A doutrina da separação de poderes na formação do constitucionalismo moderno e contemporâneo; 3 A crise político-institucional brasileira e a sobrecarga do Poder Judiciário; Referências.

RESUMO: O trabalho tem como escopo investigar como se formou a clássica teoria da separação dos poderes, desde suas raízes no pensamento político desenvolvido na Antiguidade por Aristóteles, passando pela formulação da idéia de tripartição das funções de poder do Estado em Montesquieu, de acordo com contextualização histórica no Iluminismo francês, até sua consolidação como princípio jurídico adotado nas constituições modernas como a francesa e a americana, e como as constituições contemporâneas têm trabalhado a idéia de divisão do poder, para ao final formar um prognóstico crítico acerca da debatida crise político-institucional no Brasil e os seus reflexos no fenômeno denominado judicialização da política.

PALAVRAS-CHAVE: Montesquieu, separação de poderes, estado contemporâneo.

ABSTRACT: This work aims at studying how the classic theory of the separation of powers was created, tracing its roots found in the political thought developed by Aristoteles until the formulation of the idea of the tripartite functions of power systematized by Montesquieu, in accordance to the historical context inspired by the French Enlightenment. The theory has become a law principle adopted by modern Constitutions such as the French and the American. The text also investigates how the contemporary Constitutions have been dealing with the division of powers with the objective of having a critical outlook concerning the debate about the political and institutional crisis in Brazil and its effects on the so called phenomenon of judicialization of politics.

KEYWORDS: Montesquieu, separation of powers, contemporary state.

INTRODUÇÃO

A busca de uma análise do pensamento construído sobre as bases da doutrina da separação de poderes e dos reflexos proporcionados por tal perspectiva na prática constitucional observada na construção dos Estados Democráticos de Direito é o foco do presente artigo, com vistas perceber a existência ou não da chamada crise institucional das funções de poder do Estado contemporâneo.

Após um breve exame sobre o delineamento do que consistiu a proposta de uma tripartição dos poderes no paradigma clássico, erigido sob a influência do pensamento iluminista, dirigir-se-á a intenção deste trabalho em avaliar como essas idéias foram absorvidas e transformadas no relacionamento entre os poderes e como essas transformações acabaram por gerar a crise político-institucional, cuja própria existência é questionada entre os que se dedicam ao tema.

Formado então um prognóstico sobre a forma e conseqüências da absorção da doutrina da separação de poderes na realidade constitucional brasileira, será objeto de observação a forma como o desenvolvimento de atividades típicas de uma das funções de Poder do Estado têm sido sistematicamente transferidas para outra(s) esfera(s) de decisão, muitas vezes sem que a própria sociedade perceba e reflita sobre tal fator de possível desequilíbrio institucional.

1 O PENSAMENTO ILUMINISTA E A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONCEPÇÃO DE MONTESQUIEU

Sem esquecer as críticas dirigidas aos historiadores que contextualizam as obras pesquisadas de acordo com a situação econômica e política da época vivenciada por seus autores, sob a afirmação de que suas conclusões apresentam-se mais como resultado daquelas condicionantes do que como grande contribuição original daquele que a escreveu, a análise do ambiente histórico em que o iluminismo teve ascensão, relevante ao estudo do tema, parece indispensável ao exame dos reflexos da obra de Montesquieu até os dias atuais.

Sob esse viés, digna de atenção é a obra *Crítica e crise*, do historiador alemão Reinhart Koselleck, que oferece uma leitura criteriosa e aprofundada das transformações ideológicas ocorridas no século XVIII, revelando os elementos que constituíram a gênese não só de um novo Estado, mas da própria razão de ser da política, da arte, da história e do direito.

Motiva aquele historiador a sua crítica ao pensamento iluminista, na forma pela qual o declarado discurso pretensamente apolítico e desinteressado revestiu-se como projeto de poder, construído sob o embuste de convicções morais e filosóficas de um grupo de intelectuais, que por assim o serem, julgavam-se mais capacitados para o exercício daquele poder que tanto criticavam.

Relata Koselleck que, após estar assegurada a unidade do Estado com o afastamento das guerras civis e religiosas, justificadoras da prevalência do pensamento de autores como Hobbes e Maquiavel, de que seria necessário um Estado “Leviatã”, para proteger os próprios cidadãos de seus desejos egoístas, além de um indispensável “Príncipe”, condutor dos destinos da nação de acordo com as nobres intenções que só o autêntico soberano pode ter, a crítica liberal de cunho privado gerada na organização da sociedade burguesa passa a ganhar espaço.

É como se após garantir a unidade territorial e a tão desejada paz religiosa fosse necessário buscar vez e voz para reivindicações progressistas à luz do próximo interesse: o lucro. E se para isso se torna necessário criticar a instituição estatal que garantiu aquela unidade e paz, não custa trazer ao esclarecimento a concepção privada de uma melhor forma para o exercício do poder público, como afirma Koselleck no seguinte trecho:

O advento da inteligência burguesa tem como ponto de partida o foro interior privado ao qual o Estado havia confinado seus súditos. Cada passo para fora é um passo em direção à luz, um ato de esclarecimento. O Iluminismo triunfa na medida em que expande o foro interior privado ao domínio público. Sem renunciar à sua natureza privada, o domínio público torna-se fórum da sociedade que permeia todo o Estado. Por último, a sociedade baterá à porta dos detentores do poder político para, aí também, exigir publicidade e permissão para entrar.¹

Apresentada foi então a justificativa para permitir o ingresso da moral privada burguesa na condução da atividade política através da crítica, e é sob o manto dessa convicção moral, fundada na ética protestante em busca do lucro e acumulação de recursos necessários à ascensão social, que os espaços público e privado acabam por confundir-se.

1 KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e Crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Trad. de Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999. p. 49.

Vê-se aqui, diferentemente do que ocorria na *polis* grega, que a formação da virtuosidade ética do cidadão se dá no foro privado, de acordo com os valores de sua família, costumes, religião, profissão/negócio, corporação/associação; tomando por sua vez dimensão universalizante suficiente para projetar-se como valor que não deveria ficar restrito ao âmbito privado, mas sim adquirir ares de publicidade no discurso sobre o progresso moral da sociedade.

Enquanto na Grécia antiga a formação ética do cidadão se dava no espaço público, político por natureza, afastadas as variáveis morais individuais, sujeitas às influências do relacionamento do cidadão com sua família, filhos, escravos, propriedades ou comércio; pelo que só assim o *zoon politikon* descrito por Aristóteles poderia constituir-se e agir com a esperada isenção, a formação do sujeito político do Estado moderno partiu da individualidade para construir o chamado “eu coletivo”, diferença que pode revelar onde está a origem de muitos dos problemas hoje discutidos na gestão da coisa pública.

A inexorável aproximação entre espaço público e privado, promovida com a crítica iluminista ao Estado absolutista, sob os mais nobres argumentos de respeito às liberdades individuais e à expressão livre do pensamento, direitos fundamentais de primeira geração, ter promovido a hoje criticada utilização do espaço público como privado. É o que se pode compreender da extensão do domínio privado aos mais amplos acessos permitidos pelos espaços públicos, como escreve Koselleck:

Cada ato de julgar dos cidadãos, a distinção que fazem entre o que deve ser considerado como bem ou mal, torna-se legal pela própria distinção. As opiniões provadas dos cidadãos são elevadas a leis em virtude de sua censura imanente. Por esta razão, Locke também chama a lei da opinião pública de *Law of Private Censure* [Lei da censura privada]. Espaço privado e espaço público não são de modo algum excludentes. Ao contrário, o espaço público emana do espaço privado. A certeza que o foro interior moral tem de si mesmo reside em sua capacidade de se tornar público. O espaço privado alarga-se por força própria em espaço público, e é somente no espaço público que as opiniões privadas se manifestam como lei.²

Foi justamente nesse contexto histórico-filosófico que foi desenvolvida a tese de separação de poderes de Montesquieu, cuja

² KOSELLECK, op. cit., p. 52.

interpretação racionalista mais difundida pregou a rígida separação de poderes, como garantia ao respeito dos direitos fundamentais e restrição à utilização arbitrária das funções de poder pelos seus titulares.

2 A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES NA FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO E CONTEMPORÂNEO

Herdeiro da teoria racionalista da divisão de poderes, o constitucionalismo pós-revolucionário elevou aquela a cânone indispensável das constituições modernas, em que pese a existência de críticas ao racionalismo da rígida separação de poderes e a possibilidade de outras interpretações.

Essa vertente do pensamento racionalista-liberal acabou então por projetar-se para o futuro, ganhando força no desenvolvimento das organizações político-constitucionais do Ocidente, e consolidando-se como condição para o exercício legítimo do poder nas democracias modernas, esquecendo as lições da antiguidade clássica sobre a organização do Estado, pois, conforme afirma Koselleck³: “...o iluminista conseqüente não tolerava qualquer inclinação para o passado. O objetivo declarado da Enciclopédia era reelaborar o passado o mais rapidamente possível, de forma que um novo futuro fosse inaugurado”.

Pode-se afirmar então que foi nesse contexto que a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, considerada a primeira constituição escrita, a Constituição norte-americana de 1787 e a Constituição francesa de 1793, ícones do constitucionalismo moderno, nasceram sob a inspiração de tal ideário, adotando entre seus preceitos a separação de poderes, que nesse momento não constituía apenas doutrina política, mas ganhava o *status* de princípio jurídico.

Registre-se, no entanto, que a incorporação norte-americana da doutrina da separação de poderes conferiu a esta alguns temperamentos, como a noção de *checks and balances*, decorrente da diferenciada compreensão dos federalistas sobre a divisão de poderes no governo inglês, chegando à conclusão de que a melhor aplicação da doutrina da divisão teria como qualidade a limitação do poder do parlamento.

Contudo, o segmento racionalista-liberal de compreensão da teoria da tripartição dos poderes não escapou às críticas, algumas delas consistentes, como a feita por Óscar Godoy Arcaya:

3 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Trad: Wilma Patrícia Maas, Carlos Alberto Pereira – Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p. 56.

La teoría de la separación de poderes ha sido interpretada de distintos modos. Una de las versiones más radicales sostiene que Montesquieu atribuye las tres funciones esenciales del Estado a órganos —conformados por autoridades individuales o colegiadas— completamente distintos e independientes entre sí. Esas funciones, en consecuencia, estarían completamente separadas. Y esta radical separación sería funcional, personal y material: cada órgano ejercería la totalidad de una función —legislativa, ejecutiva o judicial— en forma plenamente independiente y monopólica; ninguna autoridad podría revocar las decisiones de las otras; y a todas les estaría prohibida cualquier relación o comunicación entre ellas.

Sin embargo, esa interpretación extrema, además de inaplicable a la realidad, no parece desprenderse de los textos de Montesquieu. Pues, si analizamos el famoso capítulo sexto del libro XI, que trata acerca de la monarquía inglesa, nos encontramos con un cuadro diferente. Un punto crucial de la argumentación de Montesquieu es que la separación de poderes no es total o absoluta, sino relativa.⁴

Importa, entretanto, constatar a hipótese de que, diante da visão do autor de *O espírito das leis* sobre a natureza humana e o exercício do poder, revelada nas *Cartas Persas*, a separação de poderes proposta visava não a efetiva guarda dos direitos dos cidadãos, mas a preocupação de que o titular do poder, egoísta e arbitrário por natureza, tivesse o exercício de suas funções contido pelo próprio poder.

Nota-se, por esse ângulo, que a preocupação fundamental de Montesquieu era a liberdade derivada da contenção do abuso de poder e não a liberdade destinada a garantir ao homem o seu desenvolvimento ético pleno, tendo, por hipótese, que fosse possível dividir as duas faces de uma mesma moeda. É o que parece ficar evidenciado na seguinte passagem:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode temer-se que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. [...] Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos

4 ARCAÑA, Oscar Godoy. Antología Política de Montesquieu. *Revista Estudios Públicos*, otoño, 1996. p. 345.

seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse ligado ao executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.⁵

Se a partir de tais premissas é possível constatar que Montesquieu pretendia dar à liberdade o seu caráter essencial nas relações públicas e de exercício do poder político, não parece restar tão evidente, como intenciona a doutrina racionalista derivada do iluminismo, e incorporada nos textos constitucionais modernos, que aquele autor pregasse uma rígida separação entre os poderes.

Ao demonstrar sua opção por uma configuração política que tivesse a previsão de um poder moderador, verdadeiro supervisor da atividade dos demais e salvaguarda da correta divisão de funções entre aqueles, Montesquieu revela sua visão pessoal pessimista sobre os juízes da seguinte maneira:

Dos três poderes de que falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois, e como esses poderes, e como esses dois têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz para esse efeito. [...]

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu vigor.⁶

A inestimável contribuição da filosofia política de Montesquieu influenciou inúmeros outros pensadores e estadistas a conduzir seus estudos e formas de governar, abrindo um amplo espectro para a diversidade de entendimentos sobre a sua proposta.

E justamente por isso tem pertinência a afirmação de que os escritos do Montesquieu, em relação à separação de poderes, assumem conteúdo mais amplo do que a idéia racionalista de divisão rígida entre as diversas funções do Estado, como propõe Nelson Matos:

5 MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murascheo. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 149.

6 Idem. p. 151-152.

A obra de Montesquieu, na verdade, é bem mais rica do que a formatação dada pela doutrina racionalista. E deve enorme tributo à doutrina republicana inglesa, bem como à tradição teórica do governo moderado. Mas é claro, não se pode deixar de perceber que Montesquieu é também um liberal e, portanto, o sentido de liberdade que adota é o da independência individual, e como liberal, via no estado o principal inimigo da liberdade. Assim, diferentemente da tradição republicana clássica, a liberdade é realizada na esfera privada livre e não na esfera pública.⁷

As críticas dirigidas à concepção racionalista e liberal da tripartição dos poderes, cuja aplicação restou ainda mais difícil com as mudanças na configuração política e econômica da organização estatal com o advento do Estado Social “como fruto da superação ideológica do antigo liberalismo”⁸, levaram o constitucionalismo contemporâneo a realizar uma releitura da doutrina da separação de poderes.

Não se trata, entretanto, de resgatar a idéia formulada na antiguidade clássica por Aristóteles, mas de compreender que a proposta de Montesquieu abarca também um sentido positivo na atuação política em defesa da liberdade e exercício de direitos pelos cidadãos. E é sobre a efetivação desses direitos que o novo constitucionalismo dirige as suas atenções.

Canotilho⁹ analisa a importância constitucional da separação de poderes através de três princípios: o *jurídico-organizatório* (criação de estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos para um comando recíproco do poder – *check and balances*); o *normativo autônomo* (possibilidade de “compartimentação” de funções para justificar a justeza de uma decisão), e o *princípio fundamentador de incompatibilidades* (necessário à chamada “separação pessoal de poderes ou funções” para que se evite o entrelaçamento pessoal de funções executivas e legislativas).

O aparente desafio político-institucional do Estado constitucional da pós-modernidade é fazer com que os três princípios acima elencados sejam observados de maneira sincrônica, evitando-se a hipertrofia de uma das funções em detrimento das demais.

7 MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *O Dilema da Liberdade: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito (o caso da judicialização da política no Brasil)*. Tese de Doutorado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2007. p. 162.

8 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 187.

9 Idem. p. 251-253.

A prática constitucional contemporânea mostra que a realidade política de um país com as dimensões e a diversidade cultural como o Brasil, cujo retrospecto de conturbadas rupturas institucionais têm revelado o valor da Constituição Federal de 1988, apresenta contextos que dificultam o relacionamento entre os poderes instituídos, sobrecarregando um e esvaziando outro(s), como se pretenderá examinar adiante.

3 A CRISE POLÍTICO-INSTITUCIONAL BRASILEIRA E A SOBRECARGA DO PODER JUDICIÁRIO

Como conseqüência da redemocratização e do advento da Constituição Federal de 1988 não se fazia mais pertinente a idéia de absoluta distinção entre as ordens jurídica e política, inclusive porque a primeira passava a disciplinar, de certa forma, a atividade da segunda, de modo que ambas serviriam para a formação do chamado ‘espaço público’. A propósito da existência de uma conexão entre as ordens política e jurídica, esclarecedora é a lição de Nelson Saldanha, presente no seguinte trecho:

Nenhuma tentativa conceitual referente à distinção entre Política e Direito será satisfatória, se não considerar a ambas as coisas como formas de ordem. No caso da política, ordenação do poder e das relações básicas entre o poder e a comunidade; no caso do Direito, ordenação das possibilidades de conduta e das alternativas referentes à aprovação e desaprovação de determinados atos por parte de determinadas instâncias. Em ambas as coisas há um plano ‘institucional’, que lhes é essencial e que corresponde ao vínculo das estruturas com uma dimensão oficial (socialmente oficial), bem como ao próprio fato de serem ordenações globais.¹⁰

Houve, por assim dizer, uma ‘politização’ do Direito e porque não, uma ‘juridicização’ da Política, à medida que as normas constitucionais se convertem em instrumentos para a solução de impasses políticos, legitimando mandatos eletivos públicos e servindo de fundamento à concretização das aspirações dos cidadãos frente ao Estado.

A configuração desse Estado Democrático idealizado na Constituição de 1988, cuja confluência entre os sistemas político e jurídico resguardou uma série de direitos fundamentais, passou a exigir dos poderes instituídos postura diferente da adotada até então.

10 SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. 2ed. rev. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 168-169.

Sabe-se, por outro lado, que a forma de organização institucional, e mesmo procedimental, modelada antes da vigência da Constituição de 1988 não se apresentou suficientemente eficiente e célere para dar as respostas exigidas do Estado num contexto de transformações nos sistemas econômico, científico, cultural e das comunicações, resultantes da interação das diversas ordens nacionais, como expressão do fenômeno da globalização.

Isso explica, em parte, como o Poder Judiciário passou a ocupar espaços destinados ao Legislativo e ao Executivo, o que tem levado a doutrina a inclinar-se ao estudo das causas e condições da chamada judicialização da política.

Ultimamente, tem pertencido ao Poder Judiciário, por exemplo, a última palavra sobre a possibilidade ou não de verticalização de ligações para a disputa das eleições presidenciais¹¹; a fidelização do parlamentar ao partido político pelo qual se elegeu¹²; a definição da chefia do Poder Executivo estadual em caso de vacância¹³; direito da minoria parlamentar em instaurar CPI¹⁴; deliberação sobre a possibilidade pesquisas científicas¹⁵; demarcação da área de reserva indígena¹⁶; além do debate sobre a organização da política pública de saúde¹⁷ e distribuição de medicamentos¹⁸, dentre outros temas que constituem, tipicamente, a agenda dos Poderes Legislativo e Executivo.

Os casos acima referenciados revelam a verdadeira sobrecarga do Poder Judiciário como instância decisória e são o exemplo de que a reivindicada releitura do princípio da separação de poderes tem suas razões, e não é por outro motivo que tanto estudiosos da Ciência Política quanto do Direito têm buscado oferecer alternativas para a solução dos impasses institucionais, com frequência divulgados na mídia nacional.

11 STF - ADI 3685/DF, Rel. Min(a). Ellen Gracie, julgamento em: 21.03.2006, publicação: DJ 10-08-2006 PP-00019 EMENT VOL-02241-02 PP-00193.

12 STF - ADI 3.999/DF e ADI 4.086/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12.11.2008.

13 STF - Rel. 7.759-PB- MC. Rel. Min. Celso de Mello, d.j. 26.02.09

14 STF - MS 26.441 -DF. Rel. Min. Celso de Mello, d.j. 25.04.2007.

15 STF - ADI 3.510-DF. Rel. Min. Carlos Ayres Britto, d.j. 05.03.2008.

16 STF - PET 3388, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgamento em 19.03.2009.

17 STF - Audiência pública realizada em 27/04 a 29/04 e 04/05 a 07/05/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=104214&caixaBusca=N>, acesso em 23/08/2009.

18 Notícia - Folha de São Paulo de 09/01/2009 - Triplicam as ações judiciais para obter medicamentos. Levantamento do Ministério da Saúde revela que em 2008 foram gastos R\$ 52 milhões.

Outro grave problema verificado com o deslocamento desavisado da instância decisória no Estado Democrático tem caráter procedimental, ou seja, se no âmbito do processo legislativo ou administrativo a Constituição e o legislador definiram um caminho que julgavam ser legitimamente adequado para a discussão das demandas sociais postas à apreciação daqueles poderes, não parece ser a solução mais adequada submeter ao Poder Judiciário, que tem rito procedimental próprio, questões ínsitas à avaliação do legislador ou administrador.

Não se pode esquecer ainda a existência, como obstáculo à assunção das políticas públicas pelos tribunais, da discutida questão referente à legitimidade democrática dos membros da instância julgadora e até mesmo os problemas levantados quanto ao método de escolha dos juízes.

Examinando as condições e possibilidades de realização dos direitos no Estado Democrático sob o enfoque de dois referenciais teóricos, quais sejam o da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e a teoria do discurso de Jürgen Habermas, o professor Marcelo Neves propõe que a existência de um “consenso procedimental” que sirva de foro para o “dissenso conteudístico” deva servir como elemento legitimador do Estado Democrático, afirmando o seguinte:

...pode-se concluir que o Estado Democrático de Direito, pressupondo reciprocamente uma esfera pública pluralista, legitima-se enquanto é capaz de, no âmbito político-jurídico da sociedade supercomplexa da contemporaneidade, intermediar consenso procedimental e dissenso conteudístico e, dessa maneira, viabilizar e promover o respeito recíproco às diferenças, assim como a autonomia das diversas esferas de comunicação.¹⁹

É certo que o incremento da atividade do Estado com a reformulação da atividade do Ministério Público; das garantias de vitaliciedade e inamovibilidade conferidas aos membros do Poder Judiciário, e o crescimento da influência da imprensa no meio social, agora com o espaço para a veiculação da livre manifestação de opinião, contribuíram para evidenciar aquela necessidade de dar nova compreensão ao princípio da divisão de poderes.

Aliada a esses fatores, a constatação do déficit de atuação atribuído às casas do Congresso Nacional, corpo da deliberação legislativa do

19 NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 156.

país, cuja boa parte dos membros está constantemente envolvida em escândalos de corrupção e desvio ético, acabou por reforçar o significativo fosso entre a vontade popular (fonte da soberania do parlamento) e a inerte representatividade dos mandatários eleitos, elemento também contributivo para o mencionado deslocamento da decisão política para o Poder Judiciário.

Se nesse ambiente, oferecer um caminho adequado para a solução dos diversos impasses institucionais e a concentração demasiada de atribuições inerentes à decisão política no Poder Judiciário, não aparenta ser tarefa fácil, a releitura das lições de Aristóteles, sobre a virtude ética no exercício do poder político, parece ser mais do que recomendável aos agentes políticos acostumados a utilizar como privado o espaço que é público.

REFERÊNCIAS:

ARCAYA, Oscar Godoy. Antología Política de Montesquieu. *Revista Estudios Públicos*, otoño, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e Crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Trad. de Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999.

_____. *Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Trad: Wilma Patrícia Maas, Carlos Alberto Pereira – Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *O Dilema da Liberdade: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito (o caso da judicialização da política no Brasil)*. Tese de Doutorado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2007.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Muraschco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. 2.ed. rev. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

A SOBRECARGA DO PODER JUDICIÁRIO COMO INSTÂNCIA DECISÓRIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ATUAÇÃO JUDICIAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS CÍVEIS

THE OVERLOAD OF JUDICIAL POWER AS DECISION-MAKING
BODY: AN ANALYSIS OF JUDICIAL ACTION IN THE CIVIL FEDERAL
SPECIAL COURTS

Alexandre Douglas Zaidan
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução; 01. A expansão da litigiosidade e a atividade do Poder Judiciário brasileiro pós-1988: entre a guarda dos direitos fundamentais e o papel de censor moral ilimitado; 02. Os Juizados Especiais Federais Cíveis como o foro de uma demanda reprimida; 03. O Judiciário e os números: o dilema quantidade *versus* qualidade no debate sobre o acesso à justiça; Referências.

RESUMO: O objeto de investigação do presente artigo passa pela análise da transformação da atuação do Poder Judiciário brasileiro após o advento da Constituição Federal de 1988, buscando constatar em que medida a expansão da litigiosidade no espaço político democrático tem revelado uma verdadeira sobrecarga daquele poder como instância decisória, em que se guardam expectativas de realização dos direitos fundamentais sob perspectivas eticamente adequadas. Dada a própria descrença nas demais formas de resolução de conflitos ou na eficiência dos processos legislativo e administrativo como instrumentos viáveis de realização daqueles mesmos direitos, servirá de fundamental apoio à análise proposta a verificação do grau em que o Poder Judiciário brasileiro investe-se no papel de censor moral ilimitado, como sugere Ingeborg Maus, ao tratar da instância judicial como superego da sociedade. Formado um prognóstico crítico sobre a concepção de atuação do Poder Judiciário como refúgio ético de uma sociedade órfã, considerar-se-á o impacto desse modelo de justiça na criação e desenvolvimento dos Juizados Especiais Federais Cíveis, concebidos sob a ótica da informalidade, celeridade e economia processuais para aproximar o Judiciário das camadas mais desfavorecidas da população, mas que têm recebido inúmeras críticas por sua crescente burocratização.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário. Sobrecarga. Juizados Especiais Federais Cíveis.

ABSTRACT: The object of this research article is the analysis of the transformation of the performance of the judiciary after the advent of the Brazilian Constitution of 1988, seeking to establish to what extent the expansion of litigation in the democratic political space has proved a veritable overload of that power and decision-making body, which keep expectations for achievement of fundamental rights perspectives ethically appropriate. Given his own disbelief in the other forms of conflict resolution or in the efficiency of legislative and administrative processes as viable instruments of achieving those same rights, serve as a fundamental support for the analysis to verify the extent to which the Brazilian Judiciary invests in the paper censor of morals limit as Ingeborg Maus suggests, when addressing the court as the superego of society. Formed a prognosis on the design of critical action of the Judiciary as a refuge ethical society orphan, will consider the impact of this model of justice in the creation and development of Civil Special Federal Courts, designed from the perspective of informality, speed and procedural economy to near the Judiciary of the poorest sections of

the population, but have received considerable criticism for its growing bureaucracy.

KEYWORDS: Judiciary Power. Overload. Civil Special Federal Courts.

INTRODUÇÃO

Pretende-se com o presente artigo levantar considerações sobre a criação e o desenvolvimento da atividade dos Juizados Especiais Federais no contexto de transformações da atuação do próprio Poder Judiciário, analisando em que medida se pode relacionar a expansão das atribuições daquele segmento da jurisdição brasileira, cujo aumento de demanda revela-se exponencial, com a própria incapacidade do Estado de criar mecanismos alternativos de prevenção ou solução de litígios.

Pautar-se-á o texto, em primeiro lugar, no exame das possíveis causas do aumento da litigiosidade na democracia brasileira, verificando em que medida o processo político convencional adotado, a exemplo das eleições livres e justas, mostra-se insuficiente para dar efetiva garantia aos direitos dos cidadãos, transformando o Poder Judiciário em verdadeiro “superego da sociedade”, como afirma Ingeborg Maus, revelando, inclusive, a necessidade de repensar a clássica teoria da separação de poderes diante do aumento de complexidade e velocidade das mudanças de compreensão da sociedade.

Tratado o tema sob esse prisma, buscará o trabalho examinar quais os reflexos do prognóstico oferecido pela doutrina brasileira sobre a situação de “crise” do Poder Judiciário, para efeito da atividade dos Juizados Especiais Federais, e, na medida do possível, vislumbrar propostas apresentadas como alternativas para a superação das contundentes críticas ao “decisionismo” taxado de ativista, que contribuiu para o descrédito tanto do Judiciário quanto das demais instituições.

1 A ATIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PÓS-1988: ENTRE A GUARDA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL DE CENSOR MORAL ILIMITADO

Com o advento da redemocratização do Brasil, simbolizada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os paradigmas de compreensão e aplicação do direito fornecidos tanto pelo Estado Liberal quanto pelos temperamentos sofridos com as transformações sociais decorrentes da ideologia do Estado do bem-estar social, demandaram e, ao que parece, continuam a esperar por uma revisão.

É comum observar em muitas das críticas à atuação do Judiciário atualmente a afirmação de que um dos principais problemas enfrentados pela função de julgar é dificuldade de lidar com o aumento de complexidade social verificado no espaço democrático reinaugurado com a Constituição e a multiplicidade de procedimentos instituídos no jogo democrático, *e.g.* eleitoral, legislativo, administrativo, etc., sem que o próprio constituinte tenha demarcado um rígido espectro de competências, mas, ao inverso, consagrado o dever inescapável de julgar de que decorre o *non liquet*.

E em que pese o fato desse aumento de litigiosidade no Brasil ser decorrente de causas das mais diversas, importa registrar que o fenômeno de crescimento da importância do Poder Judiciário e a ampliação de suas funções não é exclusivamente brasileiro, como considera a professora alemã Ingeborg Maus, ao tratar do papel da jurisprudência em seu país, sob a ótica psicanalítica de substituição da imagem paterna de superego, numa sociedade supostamente “órfã” de referenciais de moralidade pública, que acabam sendo assumidos pela decisão judicial. É o que se infere da seguinte passagem:

À primeira vista, o crescimento no século XX do “Terceiro Poder”, no qual se reconhecem todas as características tradicionais da imagem do pai, parece opor-se a essa análise de Marcuse. Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa.¹

A transferência de imagens e referências entre as instâncias de formação do sujeito, que passa da família para a sociedade e, logo em seguida, ao representante do Estado, quanto à escolha de um resultado moralmente justo entre inúmeras possibilidades, seria para Maus, a causa de um “excesso de confiança” na personalidade justa do operador jurídico a quem se delega a definição do valor a ser seguido por aquela comunidade, como se verifica em outro trecho de seu ensaio:

¹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Trad. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de M. Albuquerque. *Revista Novos Estudos*, CEBRAP. São Paulo, n.º 58, novembro/2000, p. 185.

A Justiça exigida pelo preceito de igualdade é, para Kaufmann, muito mais uma ordem superior que se apresenta tanto para a ética como para a “consciência jurídica”, revelada mediante o “receptáculo puro” que é o juiz. A “excepcional personalidade de jurista” criada por uma “formação ética” atua como indício da existência de uma ordem de valores justa: “uma decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa”. Nesta fuga da complexidade por parte de uma sociedade na qual a objetividade dos valores está em questão não é difícil reconhecer o clássico modelo de transferência do superego. A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da “consciência” social na Justiça.²

A questão então se põe na constatação de que o enfraquecimento de outros instrumentos de controle social, como a religião e os usos e costumes tradicionais de determinada comunidade, acaba por transformar sobrecarregar o direito como “único ambiente ético comum”³, e se os responsáveis pela interpretação desse ambiente são os juízes, o Poder Judiciário assume um papel central nas discussões sobre os temas mais importantes da comunidade, levando alguns a alertar para os riscos dos decisionismos que eventualmente podem ocorrer:

A razão pela qual tal teoria — a despeito de suas melhores intenções — é capaz de encobrir moralmente um decisionismo judicial situa-se não só na extrema generalidade da ótica da moral, em oposição às normas jurídicas, mas também na relação indeterminada entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade. Assumindo o pressuposto explícito de que nenhum grupo social possui mais do que os juízes a capacidade moral de argumentação, Dworkin está convencido de que se pode resolver o dilema fazendo do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social (“*community morality*”) o fator decisivo da interpretação jurídica.

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar

² MAUS, op. cit., p. 186.

³ ADEODATO, op. cit., p. 273.

toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.⁴

Nesse estado de coisas, uma lição pode ser retirada do alerta sinalizado por Ingeborg Maus, é que longe de resolver os problemas ligados à solução de demandas sociais por direitos assegurados na Constituição, essa hipertrofia da função de julgar do Estado causa outros problemas, pois a instância do poder responsável pela análise daquelas demandas deixa de pautar-se na qualitativa efetivação de direitos em outras esferas.

Ao tempo em que ganha o espaço institucional e a confiança da população na “melhor aplicação do direito”, o Judiciário passa a contribuir para o descrédito das outras instâncias decisórias. Não que esse descrédito seja resultante exclusivo da atuação judicial, consideradas as falhas funcionais de cada Poder, mas ainda assim não parece se legitimar, em qualquer caso, a correção por um “censor moral ilimitado” com motivação em sua auto-referente experiência jurisprudencial, como expõe a citada professora germânica:

Enquanto a uma prática judiciária quase religiosa corresponde uma veneração popular da Justiça, o superego constitucional assume traços imperceptíveis, coincidindo com formações “naturais” da consciência e tornando-se portador da tradição no sentido atribuído por Freud. Por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, atua o TFC menos como “Guardião da Constituição” do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo auto-referencial. Tal história fornece-lhe fundamentações que não necessitam mais ser justificadas, sendo somente descritas retrospectivamente dentro de cada sistema de referências.⁵

Entre os problemas de relação existentes entre o Judiciário e os demais Poderes, encontra-se a incompatibilidade da função judicial, instrumental, política e simbólica, e o substrato social que lhe dá sustentação, como observa José Eduardo Faria:

4 MAUS, op. cit., p. 186-187.

5 MAUS, op. cit., p. 191-192.

A ineficiência do Judiciário brasileiro no exercício dessas três funções decorre, em grande parte, da incompatibilidade estrutural entre sua arquitetura ou arcabouço e a realidade socioeconômica a partir da qual e sobre a qual tem de atuar. Em termos históricos, desde os primórdios no Brasil colonial, como uma instituição de feições inquisitórias forjada pelo Estado português a partir das raízes culturais da Contra-Reforma, aos dias de hoje, com seu intrincado sistema de prazos, instâncias e recursos, o Judiciário sempre foi organizado como um burocratizado sistema de procedimentos escritos. Já em termos funcionais a instituição foi concebida para exercer as funções instrumental, política e simbólica no âmbito de uma sociedade basicamente estável, com níveis minimamente equitativos de distribuição de renda e um sistema legal integrado por normas padronizadas, unívocas e hierarquizadas em termos lógico-formais. Os conflitos jurídicos, nesse sentido, seriam basicamente interindividuais e surgiriam a partir de interesses minimamente unitários, mas encarados em perspectiva diametralmente oposta pelas partes.⁶

Sabe-se, entretanto, que a realidade brasileira, considerados os avanços, ainda não dispõe de um equitativo sistema de distribuição de renda ou compartilha de níveis homogêneos de serviços públicos essenciais, razão pela qual ao Judiciário tem sido destinada uma sobrecarga de demandas que burocratizam ainda mais a prestação jurisdicional.

2 OS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS CÍVEIS COMO O FORO DE UMA DEMANDA REPRIMIDA

Os juizados especiais federais surgiram no sistema judiciário brasileiro em virtude da reforma promovida pela Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1998, que introduziu o parágrafo único no art. 98 da Constituição, pois até então os juizados especiais estavam restritos à justiça estadual.

Concebidos inicialmente como órgãos judiciais regidos pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade, conciliação e publicidade, os juizados especiais federais tiveram sua competência disciplinada na Lei nº Lei 10.259, de

6 FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17-18.

12 de julho de 2001, cujo projeto de lei tinha previsão atuação de juízes leigos, e regras de procedimento na Lei nº 9.099/95.

Dado o universo de conflitos observáveis no contexto socioeconômico vigente na realidade brasileira, cuja litigiosidade, encarada como forma de judicialização da questão, depende de diversos outros fatores, torna-se pertinente a distinção entre a procura potencial e a procura efetiva ao Poder Judiciário, distinção consignada por Boaventura Sousa Santos, lembrado em artigo do juiz Antonio Cesar Bochenek, cujo trecho se destaca adiante:

A procura potencial para a resolução dos litígios consiste no conjunto de conflitos judicializáveis (por diversas razões podem ou não chegar ao judiciário), enquanto a procura efetiva é determinada pelo montante de demandas ajuizadas (matéria cível) ou denúncias apresentadas (matéria criminal) (Santos, 1996: 485-486). A consciência, a profundidade e a duração dos conflitos são fatores decisivos, de acordo com as circunstâncias, na criação ou no bloqueio de situação de litigiosidade. Os grupos sociais menos favorecidos economicamente ou mais discriminados socialmente, em regra mais vulneráveis, têm menor capacidade de resolver ou transformar os conflitos em litígios e são duplamente penalizados.⁷

Nesse ambiente, os juizados especiais federais surgiram como um verdadeiro foro de absorção de uma demanda potencial reprimida. A justiça antes cara e lenta apresentava-se agora como gratuita e eficiente, o que renovou as expectativas da população quanto ao acesso à justiça, reforçando também, em parte, a idéia de uma crença quase “religiosa” de que só o Poder Judiciário pode ou tem o dever de garantir a fruição de direitos, como expõe Ingeborg Maus em seu ensaio sobre a imagem do juiz e da justiça.

Agregando-se a tal realidade de explosão da litigiosidade, crescia exponencialmente a burocratização das instâncias judiciais como um todo sem a adoção de uma política de prevenção de litígios ou resolução alternativa de conflitos, cujo excesso contribuiu para o emperramento da atividade judicial, desembocando no apego ao

7 BOCHENEK, Antônio César. A litigiosidade cível e a Justiça Federal brasileira. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 25, ago. 2008.

formalismo procedimental como forma de criar um sistema defensivo contra a volumosa e crescente carga de trabalho. Essa é a compreensão de José Eduardo Faria:

A conversão dos cartórios judiciais em máquinas *kafkianas* de fazer transcrições, emitir certificados e expedir notificações, por exemplo, levam os juízes a transformar-se em administradores de escritórios emperrados, em vez de exercer sua verdadeira função jurisdicional. A atuação excessivamente formalista dos tribunais superiores, ao prender-se a minúcias processuais na avaliação dos julgamentos das instâncias inferiores, retarda as decisões terminativas e/ou desloca o foco do julgamento das questões essenciais para questões meramente procedimentais (entre 1990 e 1994, 23,18% dos casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal trataram exclusivamente de técnicas processuais e em 36,37% a corte empregou argumentos de direito processual como fundamentação de suas sentenças).⁸

Tratava-se de transformar o Judiciário do ponto de vista orgânico para suprir as exigências de celeridade e maior eficiência gerencial, dado o seu retrospecto histórico de Poder moroso, burocrático e perdulário, enfrentando-se as críticas com a ampliação do acesso e o rápido retorno em forma de resposta às demandas ajuizadas, e, para isso, os juizados especiais poderiam ter importante função, de acordo com o entendimento exposto pelo já citado professor Faria:

Foi para enfrentar esses problemas que, nas últimas duas décadas e meia, o Judiciário optou por se transformar organizacionalmente, procurando descentralizar-se, informatizar-se, desburocratizar-se e “desoficializar-se” por meio de juizados especiais para as pequenas causas de natureza civil e criminal – ou seja, para os litígios de massa, abundantes e rotineiros, com pequeno valor material e já suficientemente “jurisprudencializados”. Embora tenham a aparência de uma justiça de segunda classe para cidadãos de segunda classe (Santos: 1996), não se pode, é evidente, subestimar a contribuição desses juizados para viabilizar o acesso de contingentes expressivos da população aos tribunais. Ocorre, porém, que a perversa distribuição de renda e as graves distorções por ela geradas levaram muitas matérias no âmbito da “justiça comutativa” a serem progressivamente contaminadas por conflitos distributivos

8 FARIA, op. cit., p. 20.

– o que, por conseqüência, acaba por converter “simples” questões triviais ou corriqueiras de direito positivo em questões de caráter inequivocamente político.⁹

Examinando as preocupantes conseqüências de um aumento significativo das atividades dos juizados especiais federais em função do excesso de litígios decorrentes da má aplicação ou ausência de aplicação da lei pelo INSS em requerimentos de benefícios previdenciários, responsáveis pela destacada maioria dos processos nos juizados federais, Julio Guilherme Schattschneider traça um interessante paralelo.

Comparando o atual papel desempenhado pelos juizados especiais federais com a famosa fábula dos porcos assados¹⁰ de autoria desconhecida, para constatar que “a proliferação sempre insuficiente destes Juizados decorre de uma concepção originariamente equivocada de atuação Judicial e que tem contribuído para tornar toda a administração pública ineficiente”.

As diversas críticas admissíveis ao comportamento, ou em muitas vezes à inércia, do Poder Executivo ou Legislativo, como fundamento da ampliação do espaço de atuação judicial, têm considerado, no mínimo, exóticas algumas interpretações do texto constitucional como forma de proteger os direitos fundamentais, sem que se leve em conta as próprias deficiências operacionais de cada Poder. Nesse sentido são as linhas de conclusão escritas por Schattschneider sobre a atividade dos magistrados nos juizados federais:

À Justiça deve ser reservada a tarefa de controlar a legalidade dos atos administrativos seus e dos demais poderes – não lhe cabe praticá-los diretamente. Se não há estrutura material e de pessoal suficientes para que o próprio Poder Executivo exerça as suas atribuições, este é um problema que ele mesmo deve resolver (a Receita Federal do Brasil não teria atingido o nível de excelência que possui hoje se esta fosse uma tarefa impossível). Os segurados e beneficiários da

9 FARIA, op. cit., p. 43.

10 Conta a fábula que por acidente uma floreta teria sido incendiada, e após o apagar das chamas os moradores encontraram alguns porcos assados junto às cinzas, e resolvendo experimentar a carne daqueles animais descobriram o quão gostosa era, pois até então os porcos eram servidos crus. A partir desse dia, todas as oportunidades em que se pretendia comer carne de porco tocava-se fogo na floresta, criando-se todo um sistema para gerenciar a queimada e obter a carne. Após algum tempo, pesquisas e desenvolvimento do sistema de queimadas, um cidadão chamado “João Bom-Senso” dirigiu-se ao “Diretor Geral de Assamento” propondo-lhe uma idéia simples, ou seja, que bastava matar o porco, limpá-lo e assá-lo sobre uma fogueira, mas logo foi demovido de sua lógica idéia, pois ela não funcionaria na prática, afinal, o que se faria com todo o sistema montado para tal finalidade.

Previdência Social que possuem direito a um benefício com certeza gostariam de recebê-lo sem necessidade do ajuizamento de qualquer demanda. Em suma, eles querem ser vistos como um problema do próprio INSS e não como um problema de outra pessoa.¹¹

Afastando-se da solução dos diversos problemas levantados sobre o acesso à justiça no Brasil, ou mesmo agravando-os, a intensificação da agenda do Poder Judiciário com a absorção de tarefas típicas do Executivo, que tem sido realizada de forma escalonada nos juizados especiais federais cíveis em matéria previdenciária, acaba por apresentar-se como idéia de que a justiça só se faz nos tribunais.

3 O DILEMA QUANTIDADE VERSUS QUALIDADE NO DEBATE SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

Uma questão de mudança de foco parece dominar as discussões mais recentes sobre a atuação do Poder Judiciário no Brasil. Atentos à exigida eficiência gerencial de processos e pessoas, muitos dos juízes têm-se preocupado demasiadamente com estatísticas e metas, porém, desapercivelmente sinalizam o risco de esquecerem o mais importante: a justiça do caso concreto.

Entre os mutirões carcerários, semanas de conciliação e juizados especiais itinerantes, os números igualmente têm representado uma resposta convincente de que o Judiciário tem ampliado os seus serviços e se aproximado da sociedade.

Ainda com base em números os tribunais estaduais, federais, do trabalho, superiores e até o Supremo Tribunal Federal têm apresentado sua atuação como Cortes eficientes e dotadas de planejamento para enfrentar o excesso de ajuizamento dos litígios, razão pela qual também se tornou prática no Judiciário elaborar *rankings* entre os juízes mais céleres em mapas de produtividade, destacando os que detêm o menor “estoque” de processos, a taxa de “congestionamento” de cada vara, índice de recorribilidade, como critérios influentes de avaliação da atuação judicial, inclusive para efeitos de promoção.

O encanto pela apreciação dos números como forma de afastar incertezas quanto às reais vantagens de uma atuação judicial pautada pelo acúmulo de tarefas não só judiciais, mas também administrativas, é observado em estudo do professor fluminense Roberto Fragale Filho:

11 SCHATTSCHEIDER, Julio Guilherme. Porcos assados, Viktor Navorski e os Juizados Federais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2220, 30 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13247>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

Essa fascinação parece ter contaminado o Poder Judiciário. Quer isso dizer que números agora compõem uma nova realidade em relação ao terceiro Poder? A resposta teria que ser necessariamente ambígua, já que simultaneamente afirmativa e negativa. Sem dúvida, números não constituem uma realidade estranha ao Judiciário, que há muito produz estatísticas sobre sua atuação. É certo que esses dados são frágeis e muito precariamente alinhavados, o que torna difícil a construção de uma percepção clara sobre a sua atuação e explica os incontáveis esforços que têm sido empreendidos nestes últimos tempos para emprestar inteligibilidade e uniformidade às estatísticas do Judiciário. Por outro lado os números constituem uma novidade na medida em que eles têm contaminado o processo avaliativo do Judiciário, além de serem utilizados para guiar, sob uma perspectiva colonizadora da Economia, a discussão sobre o impacto e o alcance da função judicial.¹²

Sob a perspectiva numérica de atuação, o Judiciário parece buscar legitimidade institucional para o seu engrandecimento no Estado Democrático, é como se divulgar números de sentenças proferidas, recursos julgados, somas em dinheiros liberadas para pagamento via precatórios ou requisições de pequeno valor aproximasse o Judiciário de uma realidade comandada pela economia, onde funciona a lógica do fazer mais utilizando menos.

Esse viés economicista de enxergar a atividade judicial, também presente nos juizados especiais federais cíveis, possibilita o esquecimento da complexidade de vários dos direitos pleiteados e põe em xeque o seu próprio propósito, o acesso à justiça, cujo benefício se encontra na qualidade da fruição de direitos e não somente ao direito de ajuizar uma ação e obter uma resposta. Em outras palavras, o acesso à justiça estaria na maximização de um benefício de forma menos onerosa para as partes, e não para o Poder Judiciário, como explica Fragale Filho:

Nesse novo cenário, a magistratura, em especial aquela de proximidade, se transforma em uma espécie de gerente de varejo do passivo judicial, com um perfil fortemente negociador. E isso é inevitável na medida em que o indicador de produtividade é traduzido como um índice de “workload”, ou seja, de carga de trabalho. Deixasse, assim, de perceber que o trabalho judicial envolve uma série de

12 FILHO, Roberto Fragale. Poder Judiciário: Os riscos de uma agenda quantitativa. *Estudos Constitucionais*. Jacinto Nelson Miranda Coutinho, José Luis Bolzan de Moraes, Lenio Luiz Streck (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 363-464.

outras variáveis, que devem contribuir, simultaneamente, para a maximização do benefício social e a minimização do custo social. É, provavelmente, a ausência desta percepção que faz com que os tipos ideais identificados na primeira parte do texto, ainda que eles estabeleçam relações distintas com enxurrada dos números, não sejam capazes de articular uma agenda menos reativa e mais propositiva para o Judiciário.¹³

Priorizar a eficiência e a celeridade de procedimentos como escolhas principiológicas nos juizados federais revelou-se uma iniciativa com grande repercussão positiva na aproximação do Judiciário junto à população mais carente, mas em uma segunda etapa, ou seja, da própria efetivação de direitos.

Da análise de tais dados e considerações, há de se observar, em linhas de conclusão, que o foco da questão do acesso à justiça não é apenas a possibilidade de todos os conflitos individuais ou entre grupos desaguardem no Judiciário, mas sim que se alcance a justiça no contexto em que se encontram as partes, preservando o tempo, mas não lhe sobrepondo à complexidade dos casos. Disso resulta que o acesso à justiça pode se dar em qualquer instância, judicial ou não.

A utilização do modelo dos juizados especiais federais como instância de resolução massiva e repetitiva de conflitos, não poderia ou deveria ser vista apenas como mais uma proposta de racionalização e redução dos custos do Judiciário, com a suposição de ampliação do acesso à justiça, tornando-se um mero discurso, sob pena de transformarem-se, de fato, em “justiças de segunda classe” para “cidadãos de segunda classe”.

REFERÊNCIAS:

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3 ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2007.

BOCHENEK, Antônio César. A litigiosidade cível e a Justiça Federal brasileira. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 25, ago. 2008.

FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 15-48.

13 FILHO, op. cit., p. 378.

FILHO, Roberto Fragale. Poder Judiciário: Os riscos de uma agenda quantitativa. *Estudos Constitucionais*. Jacinto Nelson Miranda Coutinho, José Luis Bolzan de Moraes, Lenio Luiz Streck (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Trad. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de M. Albuquerque. *Revista Novos Estudos*, CEBRAP. São Paulo, n.º 58, novembro/2000, pp. 183-202.

SCHATTSCHEIDER, Julio Guilherme. Porcos assados, Viktor Navorski e os Juizados Federais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2220, 30 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13247>>. Acesso em 17 nov. 2009.

AUDITORIA OPERACIONAL DO TCU COMO SUBSÍDIO À ATUAÇÃO DO EXECUTIVO: O CASO DOS HOSPITAIS UNIVERSITÁRIOS

PERFORMANCE AUDIT OF TCU AS SUBSIDY TO THE ACTION OF THE EXECUTIVE: THE CASE OF UNIVERSITY HOSPITALS

Caio Castelliano de Vasconcelos

*Advogado da União. Coordenador-Geral Jurídico Substituto de Assuntos
Orçamentários e Econômicos no Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.
Bacharel em Direito e em Administração pela Universidade Federal da Paraíba
(UFPB). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Católica
Dom Bosco (UCDB).*

Sumário: Introdução; 1 As Bases Normativas para Realização de Auditorias pelo TCU; 2 As Auditorias Operacionais na Prática; 3 Auditoria Operacional nos Hospitais Universitários Federais; 4 Conclusão.

RESUMO: Uma auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU) pode servir de auxílio ao Poder Executivo. Ao analisarmos os comandos constitucionais, deduzimos que o Tribunal tem competência para realizar auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

A auditoria operacional é definida como sendo o exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública.

Nesse contexto, o Tribunal realizou uma auditoria nos Hospitais Universitários com o objetivo de examinar aquelas instituições, produzir um amplo diagnóstico de sua situação e oferecer propostas concretas aos Poderes Legislativo e Executivo, com o cruzamento de informações dos sistemas de educação e de saúde pública.

Através de uma comparação entre as sugestões feitas pelo Tribunal e as medidas efetivamente empreendidas pelo Governo Federal, fica demonstrado como uma auditoria operacional pode se transformar em instrumento valioso para tomada de decisão.

PALAVRAS-CHAVE: Auditoria Operacional. TCU. Estudo de Caso. Hospitais Universitários.

ABSTRACT: An audit of Tribunal de Contas da União (TCU) might be useful to the executive. In analyzing the constitutional commands, we deduce the Court has competence to conduct accountancy, financial, budgetary, performance and property audits.

The performance audit is defined as the independent and objective review of economicity, efficiency, efficacy and effectiveness of organizations programs and governmental activities, aiming to promote the improvement of public management.

In this context, the Court made an audit in the University Hospitals in order to examine those institutions, produce a comprehensive diagnosis of their situation and offer concrete proposals to legislative and executive branches, crossing information of education and public health systems.

Through a comparison between the suggestions made by the Court and the measures actually taken by the Federal Government is shown as a performance audit may become a valuable tool for decision making.

KEYWORDS: Performance Audit. TCU. Case Study. University Hospitals.

INTRODUÇÃO

Pode o Tribunal de Contas da União (TCU) atuar em auxílio ao Poder Executivo? A resposta a essa indagação merece análise minuciosa dos comandos constitucionais e reflexão acerca das conseqüências práticas da atuação daquele órgão.

A Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente as competências atribuídas ao TCU, que recebeu poderes para auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo¹ das entidades da administração direta e indireta. Um dos seus encargos está elencado no art. 71, inciso 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;

Analisemos a primeira parte do inciso acima, quanto à legitimidade para solicitar auditorias e inspeções. O texto é claro ao afirmar que a iniciativa só pode partir do próprio tribunal ou do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados ou Senado Federal). Quando se estende e fala em Comissão técnica ou de inquérito, quer dizer Comissão técnica ou de inquérito do próprio Poder Legislativo. Sendo assim, o Poder Executivo não tem a prerrogativa de solicitar uma auditoria diretamente ao TCU, ou seja, não pode figurar no pólo ativo da fiscalização.

A última parte do inciso citado especifica o pólo passivo da auditoria, aquele que será alvo da inspeção. Nesse pólo estão as unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II do mesmo art. 71 (“administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal”). A CF/88, nesta parte, quis evidenciar que o TCU tem legitimidade para fiscalizar autarquias, fundações públicas e sociedades de economia mista. As alegações de que se tratam de pessoas jurídicas distintas da União ou de que podem possuir natureza jurídica de direito privado não justificam que fiquem de fora da fiscalização, uma vez que tem relação umbilical com o Poder Público Federal. O Supremo Tribunal Federal

¹ BRASIL Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

(STF), por sinal, já se manifestou sobre o tema, encerrando qualquer discussão.²

Aqui já podemos tirar uma primeira conclusão: o Poder Executivo não pode solicitar a atuação do TCU, mas suas unidades administrativas podem ser alvo dessa atuação, inclusive aquelas pertencentes à Administração indireta. Em outras palavras, o Poder Executivo não pode ocupar o pólo ativo da fiscalização, mas pode ocupar o pólo passivo.

1 AS BASES NORMATIVAS PARA REALIZAÇÃO DE AUDITORIAS PELO TCU

Dentro do escopo delimitado pelo inciso IV acima transcrito, restando evidente quem audita (início do inciso) e quem é auditado (final do inciso), podemos tecer comentários sobre sua parte central: qual o seu objeto, a ação a ser empreendida.

A fiscalização consiste em realizar auditorias ou inspeções de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Importante salientar que cada um desses tipos de auditoria não se limita a verificar a conformidade legal dos atos. Há autorização constitucional expressa, estampada no art. 70, para que se analise também sua legitimidade e economicidade.

Em uma auditoria patrimonial em que se fiscaliza os bens móveis de determinada repartição, por exemplo, não se verifica apenas se sua aquisição seguiu o processo licitatório correto ou se todos os bens inventariados se encontram no local. Deve-se analisar, também, se não foram escolhidos bens com especificações claramente acima do necessário (economicidade) ou se os equipamentos estão atendendo de modo satisfatório a finalidade para o qual foram adquiridos (legitimidade).

As auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária e patrimonial podem ver visualizadas de forma mais fácil, uma vez que os termos utilizados definem diretamente o objeto da fiscalização: a contabilidade, as finanças, o orçamento e o patrimônio das unidades administrativas, respectivamente. Mas o que falar da auditoria operacional? Seriam fiscalizadas suas “operações”? Nesse ponto nos socorremos de definição dada pela doutrina:

Auditoria Operacional consiste em avaliar as ações gerenciais e os procedimentos relacionados ao processo operacional, ou parte dele, das unidades ou entidades da Administração Pública Federal,

² Mandado de Segurança 26117 – Relator Eros Grau

programas de governo, projeto, atividades, ou segmentos destes, com a finalidade de emitir uma opinião sobre a gestão quanto aos aspectos da eficiência, eficácia e economicidade, procurando auxiliar a administração na gerência e nos resultados, por meio de recomendações, que visem a aprimorar os procedimentos, melhorar os controles e aumentar a responsabilidade gerencial”³

Note-se que, neste ponto, a fiscalização deixa de ter um caráter eminentemente corretivo, de apontar erros, e passa a ter uma maior natureza preventiva. A auditoria operacional também pode ser definida como auditoria gerencial. Procura-se auxiliar o gestor, aconselhar, indicar caminhos. Muitas vezes quem está no dia-a-dia da administração é absorvido pelas rotinas e necessidades urgentes e não tem o tempo adequado para refletir sobre o próprio trabalho.

Nesse momento, uma auditoria operacional é bem-vinda. É natural que o gestor público seja refratário a qualquer tipo de inspeção, vez que falhas sempre poderão ser encontradas. No entanto, a equipe do TCU, em uma fiscalização desse tipo, não está ali para apontar culpados e sim para indicar quais possíveis medidas a tomar para evitar essas falhas.

Uma das vertentes de atuação do TCU é a realização de auditorias operacionais. Esse tipo de fiscalização visa contribuir para a melhoria do desempenho de programas de governo e, ainda, aumentar a efetividade do controle, por meio da mobilização de atores sociais no acompanhamento e na avaliação dos objetivos, da implementação e dos resultados das políticas públicas.

O TCU reconhece que seu trabalho, nestes casos, tem por objetivo orientar o gestor público uma vez que define auditoria operacional (ANOp) como sendo o “exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública.”⁴

Ao invés de se verificar simplesmente a conformidade entre os procedimentos e as normas (prestação de contas *strictu sensu*), buscase fornecer *feedback* verdadeiro e útil sobre eficácia de políticas e programas. Podemos afirmar, então, que a auditoria operacional tem natureza distinta dos demais tipos de auditoria. Esse fato é reconhecido pelo próprio Tribunal de Contas da União:

3 JUNG, Sergio. *Administração, orçamento e contabilidade pública*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 678.

4 BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional*. Brasília: TCU, 2010.

As auditorias operacionais possuem características próprias que as distinguem das auditorias tradicionais. Devido à variedade e complexidade das questões tratadas, possuem maior flexibilidade na escolha de temas, objetos de auditoria, métodos de trabalho e forma de comunicar as conclusões de auditoria. Empregam ampla seleção de métodos de avaliação e investigação de diferentes áreas do conhecimento, em especial das ciências sociais. Além disso, essa modalidade de auditoria requer do auditor flexibilidade, imaginação e capacidade analítica.⁵

Esta talvez seja a atividade do TCU que possa gerar mais frutos para a sociedade. Ao avaliar o resultado prático de políticas públicas, deixa-se evidente quais ações e programas governamentais não estão atendendo 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.

A literatura define planejamento como um processo constituído de uma série sequencial de seis passos, a saber definir objetivos, verificar qual a situação atual em relação aos objetivos, desenvolver premissas quanto às condições futuras, analisar alternativas de ação, escolher um curso de ação entre várias alternativas e implementar o plano e avaliar os resultados.⁶

Ao verificar qual é a situação atual e indicar as alternativas de ação, o Tribunal faz grande parte do trabalho de planejamento que envolve qualquer política pública.

Nesse ponto chegamos a uma conclusão teórica: um trabalho realizado pelo TCU (auditoria operacional) pode ser útil para a atuação prática do Poder Executivo, ao elaborar um diagnóstico e indicar medidas que podem ser tomadas em relação a uma determinada política pública.

2 AS AUDITORIAS OPERACIONAIS NA PRÁTICA

Uma vez que a teoria está clara, devemos dar um passo adiante e analisar se todo esse processo ocorre no mundo real. Pode-se fazer o seguinte tipo de questionamento: o TCU realmente faz esse tipo de auditoria operacional? Esse trabalho é realizado de forma a poder ser aproveitado pelo gestor público? Em caso positivo, o Governo

5 BRASIL, Tribunal de Contas da União. Manual de auditoria operacional. Brasília: TCU, 2010.

6 CHIAVENATO, Idalberto. Administração Pública. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 343.

leva em consideração os resultados da auditoria em suas decisões? Alguma medida prática já foi tomada com base em uma inspeção realizada pelo TCU?

Respondendo à primeira indagação, podemos afirmar, com segurança, que o TCU realiza auditorias operacionais. Ao longo dos anos essa atividade vem ganhando cada vez mais importância dentro do órgão. Vejamos :

O Tribunal de Contas da União também criou, em 2000, uma unidade especializada, chamada Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo - Seprog, que, desde então, realiza, prioritariamente, auditorias operacionais de abrangência nacional e regional. Além disso, desenvolve e dissemina métodos e técnicas sobre essa modalidade de auditoria.

Desde 1998, foram realizadas auditorias em diversas áreas de governo: Agricultura, Aquicultura, Assistência Social, Ciência e Tecnologia, Defesa, Desenvolvimento Agrário, Educação, Esporte, Habitação, Integração Nacional, Justiça, Meio-Ambiente, Relações Exteriores, Saneamento, Saúde, Trabalho, Transporte e Turismo.⁷

Há uma nítida preocupação do Tribunal em oferecer ao administrador um diagnóstico preciso e soluções que possam ser implementadas, de modo a que o trabalho tenha um efetivo resultado social. Em relação a esse ponto, já foi desenvolvido um ciclo de atividades de auditoria operacional, denominado ANop, que se desenvolve nas seguintes etapas: seleção, planejamento, execução, análise, elaboração de relatório, comentário do gestor, apreciação pela Corte, divulgação e monitoramento. O gráfico do site em relação a esse ponto é bem didático:⁸

7 BRASIL, Tribunal de Contas da União. Manual de auditoria operacional. Brasília: TCU, 2010.

8 BRASIL, Tribunal de Contas da União. Manual de auditoria operacional. Brasília: TCU, 2010.



Fonte: Adaptado de NAO, 1996.

A seleção das auditorias a serem realizadas levam em consideração, como critério principal, a capacidade de melhorar a gestão pública. É o que se desprende do seguinte trecho:

O processo de seleção do objeto de auditoria é o primeiro estágio do ciclo e visa selecionar um objeto que ofereça oportunidade para realização de auditoria que contribua para o aperfeiçoamento da administração pública e forneça à sociedade opinião independente sobre o desempenho da atividade pública.

[..]

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.⁹

3 AUDITORIA OPERACIONAL NOS HOSPITAIS UNIVERSITÁRIOS FEDERAIS

Uma vez demonstrado que as auditorias são efetivamente realizadas e tem como preocupação central a melhora da gestão, é necessário que sejam respondidas as duas últimas questões propostas: o Governo leva em consideração os resultados da auditoria em suas

⁹ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Manual de auditoria operacional. Brasília: TCU, 2010.

decisões? Alguma medida prática já foi tomada com base em uma inspeção?

Passamos ao ponto mais delicado da presente análise: se a auditoria operacional, realizada pelo TCU, órgão do Poder Legislativo, é levada em consideração no âmbito do Poder Executivo.

Em que pese as dificuldades de se realizar um trabalho de alto nível como o desenvolvido pela multicitada Corte, talvez o passo mais complexo do processo seja transportar esse entendimento de um Poder para outro. Não haveria nenhuma utilidade pública efetiva se auditoria realizada ficasse restrita ao Legislativo. Para que as auditorias reflitam em melhora na qualidade de vida da população, há necessidade de que os órgãos de direção superior das unidades administrativas incorporem as informações recebidas e coloquem em prática ações concretas.

Deve-se, pois, fazer um cotejo entre a auditoria realizada e as ações eventualmente empreendidas, a fim de que sejam respondidas as questões propostas.

Para isso, decidimos analisar um caso específico: a auditoria operacional realizada nos hospitais universitários federais (HU's) vinculados ao Ministério da Educação (MEC).¹⁰

Faremos uma breve análise da auditoria e, em seguida, verificaremos se esta foi levada em consideração em decisões governamentais.

O TCU percebeu que estavam sendo realizados trabalhos, de forma dispersa, diretamente nos hospitais universitários ou nas universidades, com reflexos na gestão dos HU. Faltava, contudo, uma avaliação sistêmica do conjunto dessas entidades.

O objetivo era examinar aquelas instituições, no plano nacional, realizando levantamento destinado a produzir um amplo diagnóstico dos Hospitais Universitários federais vinculados ao Ministério da Educação e a oferecer propostas concretas aos Poderes Legislativo e Executivo, com o cruzamento de informações dos sistemas de educação e de saúde pública. Vejamos as áreas que foram objeto da auditoria:

[...] Assim, priorizou-se a avaliação em áreas consideradas mais relevantes (*financiamento, pessoal, equipamentos e insumos, sistemas de informação e ações estratégicas*).¹¹ (grifo nosso)

10 Tribunal de Contas da União - Acórdão 2813/2009 – Plenário – item 1.1

11 Tribunal de Contas da União - Acórdão 2813/2009 – Plenário – item 1.5

[...] Também foi adotada a premissa de que a solução para a melhoria do sistema não pode prescindir da garantia de *maior autonomia aos HU*, o que é referido em grande parte da doutrina e está contemplado na política pública em andamento. Para corroborar essa argumentação, destaque-se que, em diversos países - em especial os europeus -, já foram efetuadas reformas hospitalares baseadas em mudanças estruturais dos modelos de gestão, dotando as unidades de maior autonomia e menor vínculo hierárquico. La Forgia, ao analisar vários sistemas hospitalares europeus, assinala que os modelos de gestão examinados são diversos, tendo sido abandonado, no entanto, o modelo baseado na administração hierárquica direta dos hospitais públicos, presente no Brasil e em muitos países da América Latina (FORGIA, 2009).¹² (grifo nosso)

Cabe ressaltar que o TCU produziu extenso e profundo relatório sobre os Hospitais Universitários. Foram selecionados para avaliação 9 hospitais gerais, distribuídos por 8 Estados. Foram também visitados, com a finalidade de obter informações ou conhecer padrões superiores de desempenho, setores do Ministério da Educação - MEC, do Ministério da Saúde - MS e do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG.¹³

Foram feitas sugestões detalhadas em cada uma das áreas consideradas mais relevantes (acima destacadas).

Vejamos, à título exemplificativo, algumas destas sugestões contidas no voto do Ministro Relator do Acórdão 2813/2009:

18. Assim, seria conveniente desenvolver metodologia específica, no âmbito não só do MEC, mas também dos Ministérios da Saúde e da Ciência e Tecnologia, com os objetivos de: (a) estabelecer claramente responsabilidade de cada uma daquelas Pastas no custeio da atuação dos HU - com eventual aumento da participação do Ministério da Saúde, dada a crescente inserção daqueles hospitais na rede do SUS; e (b) distribuir recursos entre hospitais de maneira mais equitativa.

57. Assim, por considerar que 'determinados modelos organizacionais propiciam melhor desempenho do que outros, em razão de menor interferência política e maior autonomia gerencial', a equipe de consolidação, a partir de uma análise comparativa de

12 Tribunal de Contas da União - Acórdão 2813/2009 - Plenário - item 1.6

13 Tribunal de Contas da União - Acórdão 2813/2009 - Voto do Ministro Relator - itens 5 e 6

possíveis alternativas jurídicas, examinou ‘a possibilidade de instituir instrumentos destinados a conferir autonomia administrativa e gerencial aos HU, independentemente da necessidade de alteração no modelo de gestão de pessoal’.

73. Como bem registrou o relatório consolidado da auditoria, ‘muitos hospitais foram construídos na década de 70, inspirados numa concepção arquitetônica que se tornou ultrapassada para atividade hospitalar, e foram destinados ao atendimento de um contingente de pessoas muito inferior àquele que hoje é por eles atendido’.

74. As evidências encontradas são eloquentes: críticas negativas recebidas em inspeções sanitárias, acessos físicos inadequados, atendimentos em corredores de pronto-socorro, funcionamento de serviços distintos nas mesmas instalações, orientação de alunos em corredores e enfermarias, mesas de estudo colocadas em espaços impróprios, falta de manutenção predial, infiltrações, inexistência de saídas de incêndio, instalações inconclusas ou danificadas e descumprimento de padrões sanitários.

76. Em relação a outros aspectos de gestão auditados, notou-se que, em seu funcionamento cotidiano, parte dos HU não dispõe de rotinas e procedimentos padronizados e, em alguns casos, de protocolos clínicos, instrumentos que descrevem condutas dos profissionais de saúde diante de determinados diagnósticos, descrições terapêuticas, exames e outros processos médicos e que são essenciais para administração de processos médicos.

99. Chegamos, agora, a uma das faces mais preocupantes da crise vivida pelos HU: seus recursos humanos.

100. Por sua precisão, transcrevo a seguir, com pequenos ajustes de forma, trechos do relatório consolidado que delineiam com perfeição a gravidade da questão:

- ‘a escassez de pessoal administrativo reflete nos processos de trabalho relativos a compras, manutenção de equipamentos e da área física, desenvolvimento e manutenção de sistemas informatizados e de custos, padronização de rotinas e, sobretudo, no planejamento e na avaliação das atividades, pois os gestores passam a maior parte do tempo resolvendo problemas e executando tarefas que poderiam

ser delegadas caso contassem com número maior de servidores qualificados’;

- ‘a não-reposição do pessoal do quadro tem levado ao crescimento das terceirizações, que, embora permitidas em lei, nem sempre agregam qualidade e economicidade aos processos de trabalho, e das contratações de funcionários por meio das fundações de apoio, mecanismo ilegal, sobre o qual este Tribunal já teve a oportunidade de se manifestar inúmeras vezes’.

192. Também será necessária a garantia de maior autonomia dos gestores dos hospitais para preencherem as vagas que surgirem em seus quadros de pessoal, o que evitaria as perniciosas práticas de terceirização e de contratação de empregados por intermédio de fundações de apoio que a auditoria detectou.

Na parte final do acórdão os Ministros decidem fazer outras sugestões. Podemos destacar a seguinte:

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;

O Acórdão citado foi publicado em 27/11/09. Uma vez tornada pública a auditoria realizada (fase de divulgação), devemos verificar se esta foi levada em consideração em decisões do Poder Executivo federal.

Podemos intuir que sim. Já em 27/01/10, apenas dois meses após a publicação da auditoria, o Presidente da República editou o Decreto N° 7.082/10 instituindo o Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais - REHUF, destinado à reestruturação e revitalização dos hospitais das universidades federais, integrados ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Merece destaque o objetivo do REHUF, destacado no artigo 2.º do referido diploma:

Art. 2º. O REHUF tem como objetivo criar condições materiais e institucionais para que os hospitais universitários federais possam desempenhar plenamente suas funções em relação às dimensões de ensino, pesquisa e extensão e à dimensão da assistência à saúde.

As diretrizes do REHUF parecem seguir as áreas consideradas mais relevantes pelo TCU e coincidem com várias sugestões daquele órgão. Vejamos:

Art. 3º. O REHUF orienta-se pelas seguintes diretrizes aos hospitais universitários federais:

I - instituição de mecanismos adequados de financiamento, igualmente compartilhados entre as áreas da educação e da saúde, progressivamente, até 2012;

II - melhoria dos processos de gestão;

III - adequação da estrutura física;

IV - recuperação e modernização do parque tecnológico;

V - reestruturação do quadro de recursos humanos dos hospitais universitários federais; e

VI - aprimoramento das atividades hospitalares vinculadas ao ensino, pesquisa e extensão, bem como à assistência à saúde, com base em avaliação permanente e incorporação de novas tecnologias em saúde.

As medidas específicas para atender o disposto nos artigos acima transcritos refletem, em boa parte, as sugestões feitas pela auditoria do TCU. Outra passagem do Decreto corrobora este entendimento:

Art. 5º Para a realização dos objetivos e diretrizes fixados nos arts. 2º e 3º, serão adotadas as seguintes medidas:

I - modernização da gestão dos hospitais universitários federais, com base em transparência e responsabilidade, adotando-se como regra geral protocolos clínicos e padronização de insumos, que resultem na qualificação da assistência prestada e otimização do custo-benefício dos procedimentos;

II - implantação de sistema gerencial de informações e indicadores de desempenho a ser disponibilizado pelo Ministério da Educação, como ferramenta de administração e acompanhamento do cumprimento das metas estabelecidas;

III - reformas de prédios ou construção de unidades hospitalares novas, com adequação às normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e às disposições específicas do Ministério da Saúde sobre espaços destinados à atenção de média e alta complexidade;

IV - aquisição de novos equipamentos de saúde e substituição dos equipamentos obsoletos, visando a utilização de tecnologias mais modernas e adequadas à atenção de média e alta complexidade;

V - implantação de processos de melhoria de gestão de recursos humanos;

VI - promoção do incremento do potencial tecnológico e de pesquisa dos hospitais universitários federais, em benefício do atendimento das dimensões assistencial e de ensino;

VII - instituição de processos permanentes de avaliação tanto das atividades de ensino, pesquisa, extensão e inovação tecnológica, como da atenção à saúde prestada à população;

VIII - criação de mecanismos de governança no âmbito dos hospitais universitários federais, com a participação de representantes externos às universidades.

A questão da paridade do financiamento entre o Ministério da Educação e o Ministério da Saúde foi definida no art. 4.º.

Comparando as recomendações do TCU com as disposições do Decreto notamos uma relação direta entre os dois documentos.

Podemos supor, então, que o trabalho realizado pelo TCU teve grande influência na ação governamental.

Recentemente foi editado outro Decreto Presidencial que, embora se refira de modo genérico às universidades federais, tem grande repercussão para seus hospitais. Trata do Decreto Nº 7.232, de 19 de julho de 2010, que concedeu autonomia às universidades para realizarem concurso para cargos de Técnico-Administrativos 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 HU's atualmente se utilizam dos cargos das universidades, acabam sendo beneficiados.

4 CONCLUSÃO

A partir do acima exposto, pode-se afirmar que o Poder Executivo, embora não tenha a prerrogativa constitucional de solicitar uma auditoria ao TCU, acaba por se beneficiar de seu trabalho. A Corte emite diagnóstico preciso sobre a situação de determinada política governamental e sugere, de forma fundamentada, as medidas a serem empreendidas. O relatório de uma auditoria operacional pode se transformar em instrumento valioso para tomada de decisão, como demonstra o caso dos hospitais universitários acima analisado.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA MOLDURA JURÍDICA DO PODER MONETÁRIO

Camila Villard DURAN

bacharel e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Doutoranda em regime de co-tutela entre a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e a École Doctorale de Droit Internationale et Européen da Université Paris I Panthéon-Sorbonne

SUMÁRIO: Introdução; 1 Pesquisa Empírica: Decisões Judiciais Relevantes; 2 O STF e o Controle Constitucional dos Planos Heterodoxos: Cruzado (1986), Bresser (1987), Verão (1989), Collor I (1990) e Collor II (1991); 3 O STF e o Controle Constitucional do Plano Real; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Tema em pauta no Supremo Tribunal Federal (STF), o julgamento da constitucionalidade dos planos econômicos de estabilização monetária podem revelar mais do que os limites impostos pelo controle judicial ao poder do Executivo de legislar sobre a moeda. As decisões da Corte constroem a moldura jurídica do poder monetário, exercido pelo Poder Executivo, e criam importantes conceitos jurídicos. O artigo proposto, após trazer a análise das decisões relevantes do STF relativas aos planos econômicos de estabilização (do plano Cruzado ao plano Real), buscará responder às seguintes questões, com base em pesquisa empírica: (i) o que o STF entende por lei monetária?; e, (ii) segundo as decisões do tribunal constitucional, qual é a moldura jurídica para poder de legislar sobre moeda?

O objetivo é traçar linhas argumentativas com base na análise de decisões do STF e dialogar com a possível decisão final das ADPFs (Ações de Descumprimento de Preceito FundamentaL) nº 77 e nº 165.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal (STF). Controle de Constitucionalidade. Poder Executivo. Planos Econômicos.

INTRODUÇÃO

Duas ações de descumprimento de preceito fundamental (ADPF¹), especialmente relevantes para a definição dos contornos jurídicos do exercício político do poder monetário, estão aguardando o julgamento final pelo Supremo Tribunal Federal (STF): a ADPF n° 77 e a ADPF n° 165. A importância desses dois processos é evidente: eles reúnem relevantes questões jurídicas debatidas em diversas instâncias do Poder Judiciário sobre os planos heterodoxos de estabilização monetária e plano Real.

Com o objetivo de reconstruir, a partir das decisões do tribunal constitucional, a moldura jurídica do poder monetário e dialogar com a possível decisão final das mencionadas ADPFs, o presente artigo analisa um conjunto de decisões relevantes tomadas pelo STF durante as décadas de 1990 e 2000, sobre os planos heterodoxos de estabilização monetária² e plano Real.

Este artigo está estruturado em três partes. Na primeira, apresenta-se as decisões judiciais selecionadas como relevantes por esta pesquisa e os problemas jurídico-econômicos trazidos por elas. Esse levantamento baseia-se em parte da pesquisa empírica realizada pela autora durante seu mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2005-2008), consolidada no trabalho intitulado *Direito e moeda: o controle dos planos de estabilização pelo Supremo Tribunal Federal*³. A segunda parte deste artigo, por sua vez, dedica-se ao estudo crítico das decisões do STF relativas aos planos heterodoxos de estabilização. A terceira parte completa a análise com as decisões relativas ao plano Real. Ao final, apresenta-se a consolidação das conclusões, construídas a partir da pesquisa empírica, e busca-se traçar os contornos da moldura jurídica do poder monetário.

1 PESQUISA EMPÍRICA: DECISÕES JUDICIAIS RELEVANTES

A partir dos meios oficiais do Supremo Tribunal Federal (STF) para publicação de jurisprudência⁴, foram selecionadas para este artigo

1 A ADPF é uma ação que tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (artigo 1º, Lei 9882/1999).

2 As decisões judiciais selecionadas referem-se aos seguintes planos heterodoxos: Cruzado (1986), Bresser (1987), Verão (1989), Collor I (1990) e Collor II (1991).

3 Este artigo traz um novo olhar sobre parte da pesquisa empírica desenvolvida no mestrado da autora. A íntegra desse estudo foi publicada recentemente pela editora Saraiva (DURAN, Camilla Villard. *Direito e moeda: o controle dos planos de estabilização pelo Supremo Tribunal Federal*. São Paulo, Saraiva, 2010).

4 Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ) e site do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br).

20 decisões relevantes, do ponto de vista qualitativo (5 relativas ao Plano Real e 15 compreendidas pelos planos heterodoxos), que envolveram a discussão de medidas formuladas por reformas monetárias em 15 casos (4 correspondentes ao Plano Real, e 11 relativos aos planos heterodoxos)⁵.

O problema jurídico-econômico, que se refere à medida implementada pelo plano de estabilização heterodoxo e que foi submetida ao julgamento pelo STF (“Tema”), a denominação do plano (“Plano”), o número processual e sua identificação (“Decisão Judicial”), com a denominação dada por esta pesquisa (“Caso”), o ano de julgamento (“Ano”) e o órgão do STF responsável pela tomada de decisão (“Órgão Julgador”), são sintetizados pelo quadro abaixo.

QUADRO 1. DECISÕES RELEVANTES PROFERIDAS PELO STF SOBRE AS MEDIDAS IMPLEMENTADAS PELOS PLANOS HETERODOXOS

TEMA	PLANO	CASO	Decisão judicial	ANO	Órgão Julgador
1. Controle sobre salários	Verão e Collor I	Cia. Nitro	RE 202686	1997	2ª Turma
	Collor I	SINDIQUIMICA	RE 194662	2001	2ª Turma
			RE ED 194662	2002	2ª Turma
2. Contas de Poupança (alteração de critério para correção monetária)	Verão	Cadernetas de Poupança I	RE 200514	1996	1ª Turma
	Collor I	Cadernetas de Poupança II	RE 206048	2001	Pleno
3. Fator de Deflação (“Tablitas”)	Bresser	BCN	RE 141190	2005	Pleno
	Cruzado	Plano Funaro	RE 136901	2006	Pleno
	Collor II	Banco do Progresso	RE 164836	2006	Pleno
4. Bloqueio dos Ativos Financeiros	Collor I	Bloqueio dos Cruzados Novos	ADIn MC 534	1991	Pleno
			ADIn QO 534	1992	Pleno

5 Para um levantamento exaustivo das decisões do STF relativas aos planos econômicos de estabilização, ver a íntegra da pesquisa empírica em Duran, 2010.

5. TR como índice de atualização monetária	Collor II	ADIn 493	ADIn MC 493	1991	Pleno
			ADIn 493	1992	Pleno
		UDR	ADIn MC 768	1992	Pleno
			ADIn 768	2002	Decisão Monocrática
		Crédito Rural	ADIn MC 959 ⁶	1994	Pleno

Fonte: Duran, 2010.

O STF atuou tanto pela modalidade de controle de constitucionalidade concentrado, por meio do julgamento de quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns)⁷, como pelo controle de constitucionalidade difuso, no julgamento de recursos extraordinários (RE)⁸. Houve julgamento de medidas cautelares⁹ e questão de ordem¹⁰ em ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn MC e ADIn QO, respectivamente).

Os julgamentos selecionados foram realizados no espaço temporal de 1991 até 2006. Os órgãos julgadores foram também diversificados. Há decisões tomadas pelo plenário do STF, primeira turma¹¹, segunda turma e decisão monocrática¹². Em relação a

6 Até a redação final deste trabalho (julho de 2010), o STF ainda não havia julgado definitivamente a ADIn 959 (caso Crédito Rural). O último andamento processual, constante do site do STF, informa que, em 24 de abril de 2010, houve nova substituição do relator. Atualmente, o ministro responsável pelo julgamento final da ADIn é o ministro Gilmar Mendes.

7 É da competência do órgão máximo do STF, o plenário composto por 11 (onze) ministros, o julgamento das ADIns (para outras competência desse órgão, ver artigos 5º ao 8º do Regimento Interno do STF). Na sessão para julgar a constitucionalidade de ato normativo, devem estar presentes, no mínimo, 8 (oito) ministros (artigo 22, Lei 9868/1999). E, para que seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo jurídico, a decisão deve ser partilhada por, no mínimo, 6 (seis) ministros (artigo 23, Lei 9868/1999).

8 Cabe recurso extraordinário contra decisão judicial que contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local em face da Constituição ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal (artigo 102, III, CF/88).

9 A medida cautelar antecipa os efeitos de uma decisão final, de forma preventiva. Ela é deferida se presente dois requisitos: razoável probabilidade do direito alegado (*fumus bono iuris*) e o risco da demora do julgamento final da ação (*periculum in mora*).

10 A questão de ordem objetiva solucionar dúvida quanto à tramitação do processo. No caso específico, o relator trouxe ao julgamento do plenário em questão de ordem o pedido da Procuradoria Geral da República de impossibilidade de prosseguimento da ação direta de inconstitucionalidade por perda do objeto da ação, tendo em vista que a lei submetida ao controle abstrato teria cessado sua eficácia (ADIn QO 534).

11 As turmas são compostas por 5 (cinco) ministros e, no STF, existem duas. Para uma análise pormenorizada da competência de cada uma das turmas, ver artigos de 9º ao 11º, do Regimento Interno do STF.

12 Decisão monocrática é aquela tomada individualmente pelo ministro relator do caso.

essa última, ela pôs fim ao andamento de uma ação direta de inconstitucionalidade. Importante mencionar que a decisão da primeira turma foi tomada por unanimidade¹³, ao passo que todos julgados da segunda turma foram por maioria¹⁴. Dentre as dez decisões tomadas pelo Pleno, somente duas foram por unanimidade¹⁵.

No que se refere especificamente ao Plano Real, as decisões relevantes selecionadas pela pesquisa empírica são as que se seguem.

**QUADRO 2. DECISÕES RELEVANTES PROFERIDAS PELO STF SOBRE AS
MEDIDAS IMPLEMENTADAS PELO PLANO REAL**

TEMA	CASO	Decisão judicial	ANO	Órgão Julgador
1. Sistema de conversão para a Unidade Real de Valor (URV)	Reajuste de vencimentos	Rcl 846	2001	Pleno
		RMS 24651	2003	1ª turma
2. Periodicidade da correção monetária	Pequi	RE 273602	2003	1ª turma
3. Metodologia para o Cálculo de índices de correção monetária	ADPF 77	ADPF MC 77	2006	Decisão monocrática
	BBA	Rcl 5512 MC	2007	Decisão monocrática

Fonte: Duran, 2010.

O STF atuou tanto pela modalidade de controle de constitucionalidade concentrado, por meio do julgamento de uma ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), como pelo controle de constitucionalidade difuso, no julgamento de recursos extraordinários (RE), recursos em mandado de segurança (RMS)¹⁶ e reclamações (Rcl)¹⁷.

Os julgados selecionados por este artigo foram realizados no espaço temporal de 2001 até 2007. Os órgãos julgadores foram também diversificados. Há decisões tomadas pelo pleno da Corte,

13 Cadernetas de Poupança I.

14 Cia. Nitro e SINDIQUIMICA (duas decisões).

15 Essas duas foram decisões relativas ao Bloqueio dos Cruzados Novos (em julgamento final) e ao caso UDR (em medida cautelar).

16 O mandado de segurança é instrumento que visa proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público (artigo 5º, LXIX, CF/88). O recurso em mandado de segurança é o instrumento hábil para reverter decisão contrária a sua denegação.

17 Por meio desse instrumento processual, visa-se preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e garantir a autoridade de suas decisões (artigo 102, I, I, da CF/88, e artigo 6º, I, g, Regimento Interno do STF).

primeira turma e decisão monocrática. Em relação a esta última, as duas decisões monocráticas foram emitidas no julgamento de medidas cautelares (MC). A decisão tomada pelo pleno do STF foi unânime. Nos julgados de primeira turma, por sua vez, todas as decisões foram tomadas por unanimidade, o que pode demonstrar uma certa uniformidade entre os ministros dessa turma¹⁸.

A discussão central sobre a constitucionalidade dos planos de estabilização envolvia o debate jurídico sobre a ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Os planos econômicos, em sua lógica de implementação, pressupunham a introdução por leis monetárias de alterações em obrigações privadas (mudança em índices de correção monetária para contratos diferidos, retenção de ativos financeiros, regras para conversão de ajustes privados para nova moeda, etc.), implicando em violência jurídica¹⁹.

A orientação firmada pelo tribunal constitucional, a respeito das leis que, a partir de 1964, institucionalizaram a correção monetária, foi o ponto de partida para argumentação do STF sobre a constitucionalidade dos planos de estabilização, enquanto normas que disciplinaram a moeda nacional.

Um caso referência é o Recurso Extraordinário nº 105.177, julgado em 1985 e de relatoria do Ministro Cordeiro Guerra, que definiu a seguinte orientação: “não há direito adquirido a um determinado padrão monetário pretérito, seja ele o mil réis, o cruzeiro velho ou a indexação pelo salário mínimo; o pagamento se fará sempre pela moeda definida pela lei do dia do pagamento”²⁰. Dessa orientação, é possível retirar duas conclusões:

- (i) lei monetária incide de imediato, disciplinando os efeitos de obrigações jurídicas constituídas antes de sua vigência; e,
- (ii) lei monetária é lei que disciplina moeda enquanto meio de pagamento e padrão de valor.

18 Ao contrário das decisões de competência da segunda turma, conforme exposto acima, em relação aos planos heterodoxos.

19 Nas palavras de Simonsen (1995: 108), referindo-se aos planos heterodoxos de estabilização, “os choques heterodoxos foram obra de economistas desprovidos de formação jurídica e que não tinham pejo em ferir contratos juridicamente perfeitos, desde que tal lhes parecesse consentâneo com as convicções teóricas”. Segundo Faria (1993: 78): “subjacente ao problema específico das implicações constitucionais da reforma monetária encontra-se, portanto, uma das questões centrais da filosofia política e da filosofia do direito moderna: a relação entre os interesses privados e o interesse público”.

20 Esse caso refere-se ao julgamento da constitucionalidade da Lei 6325, de 1977, que disciplinou o pagamento das contribuições e dos benefícios da previdência privada.

2 O STF E O CONTROLE CONSTITUCIONAL DOS PLANOS HETERODOXOS: CRUZADO (1986), BRESSER (1987), VERÃO (1989), COLLOR I (1990) E COLLOR II (1991)

As ações julgadas pelo STF envolveram questionamentos relevantes, relacionados à implementação dos planos heterodoxos, e as respostas articuladas pelo tribunal constitucional podem orientar o jurista na construção dos contornos da moldura jurídica do exercício do poder monetário.

As principais questões, submetidas ao STF e presentes nos casos selecionados, foram as seguintes:

QUADRO 3. QUESTÕES RELEVANTES SUBMETIDAS AO STF NO JULGAMENTO DE CASOS RELATIVOS À IMPLEMENTAÇÃO DOS PLANOS HETERODOXOS

TEMA	CASO	Questões relevantes
1. Controle sobre salários	Cia. Nitro e SINDIQUIMICA	(1) Ofende o ato jurídico perfeito e a coisa julgada lei prevista por plano econômico que altera índice de correção monetária de salários?
2. Contas de Poupança	Cadernetas de Poupança I e II	(2) A alteração dos critérios de correção monetária de poupança, prevista por plano econômico, afronta o direito adquirido à remuneração pactuada na celebração do contrato com a instituição financeira?
3. Fator de Deflação (“Tablitas”)	BCN, Plano Funaro e Banco do Progresso	(3) O que o STF entende por lei monetária?
		(4) Lei prevista por plano econômico de estabilização, que estabelece fator de deflação para negócios jurídicos em execução, ofende o ato jurídico perfeito e o direito adquirido?
4. Bloqueio dos Ativos Financeiros	Bloqueio dos Cruzados Novos	(5) A retenção de cruzados novos, implementada pelo Plano Collor, é medida governamental constitucional para controle da massa monetária?
5. TR como índice de atualização monetária	ADIn 493, UDR e Crédito Rural	(6) A taxa referencial (TR) pode servir como índice de atualização monetária?

O controle sobre salários (casos Cia. Nitro e SINDIQUIMICA) é uma medida extremamente sensível a um plano heterodoxo. Especificamente, as decisões do STF sobre o tema são relacionadas aos seguintes planos: Verão e Collor I.

No julgamento dos casos sobre o controle de salários, o STF declarou que, por ser de ordem pública, a lei superveniente que introduza nova política monetária tem aplicação imediata e geral. Nas palavras do ministro Mauricio Correa, relator dos casos que consagraram esse entendimento em segunda turma, em 2002, seria “demasiado extremismo afirmar-se a existência de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada” contrapostos a plano econômico dessa natureza (RE ED 194662, p. 272).

No caso Cia. Nitro, o STF afirmou que não há direito adquirido a regime jurídico estabelecido por lei. Em relação ao Plano Verão, os reajustes salariais, previstos anteriormente ao seu advento, eram “meras expectativas de direito, uma vez que a implementação do direito adquirido dependeria da contraprestação de serviços durante o período, pressuposto fático do direito a vencimentos” (RE 202686, p. 345). Aplicar-se-ia ao Plano Collor o mesmo entendimento. Ainda, o tribunal constitucional decidiu que até mesmo sentença normativa (artigo 873, da Consolidação das Leis Trabalhistas) poderia ser derogada por disposições legais que insiram nova política econômico-monetária, por se tratar de norma de ordem pública²¹.

O segundo tema (alteração de critério para correção monetária de *contas de poupança*, presente nos *casos Cadernetas de Poupança I e II*) está no centro das atenções do STF e, possivelmente, terá sua definição no aguardado julgamento final da ADPF nº 165.

A discussão em torno da aplicabilidade de índices de correção monetária, introduzidos por planos econômicos, bem como o momento a partir do qual esse índice iniciaria sua vigência, alterando aquele determinado no início do contrato de poupança, está presente, dentre os casos selecionados, nos planos Verão, Collor I e Collor II.

21 Entretanto, como se verá julgamento do caso da ADIn 493, em 1992, o pleno do tribunal já havia definido que o princípio da proibição de ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido teria natureza constitucional e aplicar-se-ia indistintamente a leis infraconstitucionais de ordem pública ou privada. O julgamento dos casos sobre controle salarial parece contradizer essa orientação. Posteriormente, em 2000, no julgamento do caso FGTS (RE 226855), e, em 2003, no julgamento da constitucionalidade da periodicidade anual da correção monetária, prevista pelo Plano Real (Caso Pequi), o STF irá definir sua orientação de que a Constituição de 1988 não faria distinção entre leis de ordem pública e privada para fins de aplicação do princípio constitucional da proibição de ofensa a ato jurídico perfeito e a direito adquirido, como se verá mais adiante. Mais uma vez, esse entendimento será retomado no julgamento da constitucionalidade das “tablitás”.

A resposta formulada pelo STF ao questionamento relevante baseou-se na seguinte premissa: a conta de poupança é um contrato que se renova a cada trinta dias. Esse foi o entendimento do tribunal nos julgados relativos ao Plano Verão, em relação à Medida Provisória nº 32, convertida na Lei 7730, de 1989. Esse plano determinou a incidência imediata de novos índices de atualização monetária para as contas de poupança, independentemente da data do início do contrato. Essa medida foi julgada inconstitucional pelo STF, que determinou a aplicação do índice definido pelo plano econômico somente após novo período aquisitivo, o trintídio seguinte. Entretanto, o tribunal constitucional entendeu que não haveria afronta a direito adquirido se, antes do novo termo inicial, fosse alterado o cálculo para os próximos rendimentos. A Medida Provisória nº 168, convertida na Lei 8024, de 1990 (Plano Collor), determinou que os valores até certo limite (cinquenta mil cruzados novos) restariam disponíveis aos seus detentores e seriam “remunerados” pelo percentual correspondente a 90% do IPC (Índice de Preços ao Consumidor). Por sua vez, os valores retidos e transferidos ao Banco Central do Brasil (Bacen), medida que tinha como objetivo “enxugar” a liquidez da economia, seriam remunerados pelo BTN Fiscal. No caso concreto analisado, a regra prevista pelo plano assegurou a conversão pela correção monetária ao término do período de trinta dias, conforme as regras vigentes no início de cada trintídio; ou seja, o primeiro mês de rendimento pós-plano teve assegurado a sua atualização pelo IPC para, em posterior transferência ao Bacen, ser atualizado pelo BTN Fiscal.

Assim, o Plano Collor I teria atendido à orientação firmada pelo STF de que a alteração de critério de atualização monetária somente teria vigência após o início do novo trintídio. Não haveria que se falar, nos casos concretos relativos especificamente ao Plano Collor I, em direito adquirido à atualização pela regra anterior.

Além disso, importante mencionar que o STF classificou as alterações normativas relativas à correção monetária como modalidade de medida que se relaciona ao estatuto jurídico da moeda. Dessa forma, o entendimento do tribunal sobre a inexistência de direito adquirido a regime jurídico ou a estatuto legal, também se aplicaria à introdução de modificação nos critérios de atualização monetária para poupança. Nas palavras do redator do caso Cadernetas de Poupança II, “não há direito adquirido a regime jurídico ou a estatuto legal, mais especificamente a um determinado padrão monetário pretérito ou ao estatuto da moeda [...], no caso (concreto) representado pelo índice estabelecido para correção monetária” (RE 206048, pp. 643;645). Posteriormente, esse

mesmo julgado serviu como referência para a edição da Súmula 725, de 26 de novembro de 2003, segundo a qual “é constitucional o artigo 6º da lei 8024/1990, resultante da conversão da Medida Provisória 168/1990, que fixou o BTN Fiscal como índice de correção monetária aplicável aos depósitos bloqueados pelo Plano Collor I”. Com o julgamento de ambos os casos, o STF reforçou o entendimento de que lei monetária compreende tanto a disciplina da moeda enquanto meio de pagamento, como padrão de valor. Nesse sentido, as normas, que institucionalizaram a correção monetária, em especial, a Lei 4357, já falavam em “poder jurídico liberatório”.

Segundo o STF, portanto, leis que alteram índices de correção monetária referem-se a regime jurídico da moeda e aplicam-se imediatamente. Entretanto, há um limite para essa aplicação: ela deve respeitar a natureza de determinados contratos. No caso das contas de poupança, o trintídio deveria ser observado.

Algumas questões, no entanto, devem ser colocadas em relação a essa específica orientação formulada pelo tribunal: por que a lei monetária pode disciplinar os efeitos das obrigações jurídicas celebradas anteriormente ao seu advento, contudo, em relação ao contrato de poupança, existe o limite “jurídico” do trintídio? O que diferencia esse contrato privado dos demais, inclusive de outros contratos de depósito, de mesma natureza jurídica? Cite-se como exemplo o RE 217.561 - AgR AgR, de relatoria do ministro Eros Grau e julgado no recente ano de 2009, que determina a aplicação imediata da lei que alterou correção monetária para contrato de CDB (Certificado de Depósito Bancário) pós-fixado, uma modalidade de contrato de depósito, tal como a poupança. Não há na jurisprudência do órgão a construção jurídica para essa diferenciação entre o CDB, a poupança e outros contratos privados. A referida decisão do STF cita ainda com precedente o caso BCN, analisado abaixo.

No julgamento da constitucionalidade das “*tablitas*”²² (*casos BCN, Plano Funaro e Banco do Progresso*), as decisões selecionadas referiam-se aos seguintes planos: Cruzado, Bresser e Collor II.

Esses julgados foram especialmente interessantes, uma vez que procuraram discutir a natureza jurídica de lei monetária e, trazer para o presente, as discussões passadas do STF sobre a questão. Além disso, o entendimento, de que a lei monetária aplicar-se-ia de imediato porque se trata de lei de ordem pública, foi expressamente afastado para se

22 Trata-se de tabelas, inseridas por planos econômicos de estabilização, que previam fatores de deflação com objetivo de eliminar expurgos inflacionários de contratos pré-fixados.

precisar que se trata de lei que altera estatuto jurídico de moeda e, por essa razão, aplicar-se-ia de pronto. Ainda que a ementa oficial do caso BCN revele entendimento diverso, trata-se da típica ementa que não reproduz com precisão o que se foi discutido no corpo do acórdão.

O entendimento definido no caso BCN, que discutiu a constitucionalidade especificamente da “tablita” do Plano Bresser, foi estendido às decisões das tablitais dos planos Cruzado e Collor II. Os fundamentos articulados pelo STF foram diversos para cada ministro. Nesse caso específico do Plano Bresser, temos uma pluralidade de argumentos que convergiram, em sua maioria, para a mesma decisão: a constitucionalidade do fator de deflação. Este artigo traz os argumentos de dois ministros relevantes nesse debate: Ilmar Galvão e Nelson Jobim.

Segundo Ministro Ilmar Galvão, primeiro relator do caso BCN, a moeda representa, do ponto de vista econômico, o papel de instrumento de troca e de reserva de valor. Em termos jurídicos, ela desempenharia as funções de moeda de conta e moeda de pagamento. Dessa forma, o ministro sustentou que a lei monetária era aquela que modifica a moeda de pagamento (como, por exemplo, lei que altera a unidade monetária ou “corta zeros”) e a lei que modificaria a moeda de conta (que altera, portanto, o padrão de valor). Ambas aplicar-se-iam imediatamente aos contratos privados, atingindo os efeitos dos negócios jurídicos em execução, por se tratarem de leis que modificam “estatuto legal”, instituto fundamental integrante do sistema jurídico. Esse argumento foi bastante próximo daquele desenvolvido pelo STF no caso das Cadernetas de Poupança. Portanto, não haveria “direito adquirido a padrão monetário, a estatuto legal de moeda, matéria de competência exclusiva do Estado” (RE 141190, p.25). No entanto, segundo o ministro, essa investigação não teria relação com a verificação se uma determinada lei é de ordem pública ou de natureza dispositiva, uma vez que o princípio da irretroatividade da lei aplicar-se-ia a ambas, indistintamente, devido à sua índole constitucional. É, também nesse momento, em que se deixa claro o fundamento da jurisprudência do STF que, em algumas decisões, sustentava sobre a natureza de ordem pública a possibilidade jurídica de impacto futuro em atos considerados perfeitamente acabados²³. De acordo com o ministro, tratar-se-ia de um

23 Refiro-me aqui não somente às decisões da segunda turma, analisadas no âmbito do tema do controle sobre salários, no final da década de 1990, como também ao Recurso Extraordinário nº 105.137, de 1985. Nessa oportunidade, o STF determinou que a moeda de pagamento das contribuições e dos benefícios previdenciários teria seu valor definido segundo a norma que estipulasse o índice de correção monetária. O relator do referido recurso extraordinário, Ministro Cordeiro Guerra, adotou o argumento de que as leis de natureza monetária (disciplinadores de moeda de conta e moeda de pagamento) são de ordem pública, incidindo imediatamente sobre os contratos em curso. Esse argumento foi acompanhado pelo

problema de natureza diversa. “Na verdade, leis da espécie (leis monetárias), frustrar-se-iam em seus objetivos, como, por exemplo, o de exorcizar o demônio da inflação, se não interferissem nos contratos de execução em curso, por ela não expressamente ressalvados” (RE 141190, p.25). Em outras palavras, presume-se que a lei monetária incide sobre contratos em curso, porque se trata de “lei estatutária”, que altera regime jurídico. O ministro Ilmar Galvão ressaltou que não vislumbrava ofensa a ato jurídico perfeito e direito adquirido no caso das tablitas, uma vez que não se poderia alegar direito adquirido a regime legal de moeda. Além disso, não teria ocorrido o fenômeno da alteração do contrato, “constitucionalmente vedado por nós, mas tão-somente da expressão monetária das obrigações dela decorrentes” (RE 141.190, p. 33).

Em seguida, o ministro Nelson Jobim sustentou a tese de que a tablita, baseada na expectativa governamental de inflação pós-plano, visava assegurar, em termos distributivos, a neutralidade de um plano econômico que previsse o congelamento. Dessa forma, eventual inconstitucionalidade do fator de deflação seria derivada do vício do congelamento, que não teria sido, no caso concreto, discutido na ação judicial. Segundo o ministro, a escala móvel e a tablita têm ambas o mesmo objetivo: preservar o equilíbrio contratual, ao garantir a realização das funções da moeda. Inconstitucional seria, nas palavras do ministro, “a lei que causa(sse) prejuízos ao ato jurídico perfeito” (RE 141.190, p. 154). No caso concreto, a lei, ao deflacionar o resgate, teria promovido o equilíbrio do contrato. Nelson Jobim afirmou que a compreensão do caso deveria passar pela compreensão do econômico (RE 141.190, p. 147).

Se, nas palavras do ministro Nelson Jobim, para compreender o fator de deflação, seria necessário compreender a perspectiva econômica, Simonsen (1995: 108), em relação à tablita do Plano Cruzado, trouxe uma consideração interessante: o fator deflação parte de três hipóteses bastante discutíveis economicamente. A primeira é a de que a expectativa inflacionária embutida nos contratos com taxas pré-fixadas fosse efetivamente aquela prevista pela tabela (no caso do Plano Cruzado, 14,2%). A segunda hipótese é a de que o choque fosse inteiramente inesperado. Com a seqüência de planos econômicos durante a década de 1980 e início de 1990, e o fato da teoria econômica dominante ainda ser aquela do choque heterodoxo, era difícil sustentar sua total imprevisibilidade. A terceira hipótese, por fim, é a de que a

voto dos outros ministros, Djaci Falcão e Aldir Passarinho. Esse caso foi citado também pelo ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADIn 493.

taxa de inflação pós-plano fosse efetivamente reduzida a zero (o que acabou não ocorrendo nos planos heterodoxos).

Nesse julgado, portanto, o STF procurou consolidar seu entendimento sobre lei monetária e seu âmbito de aplicação, bem como rever seu posicionamento nos julgados sobre controle de salários, durante a década de 1990. Contudo, isso foi feito sem um diálogo consistente entre os fundamentos dos diversos ministros. Ao contrário, houve uma “miscelânea” de argumentos, na tentativa de fundamentar a constitucionalidade da “tablita”. Entretanto, esta pesquisa acredita que os votos do primeiro e do segundo relatores do caso, ministros Ilmar Galvão e Nelson Jobim, podem ser considerados como os formadores do posicionamento da instituição sobre o tema, tendo em vista, principalmente, a adoção de seus fundamentos jurídicos nos julgamentos do Plano Collor II e do Plano Cruzado²⁴.

O tema do *bloqueio dos ativos financeiros (caso do Bloqueio dos Cruzados Novos)* pode ser considerado o mais polêmico já julgado pelo STF. Em 1990, o Plano Collor, intitulado Plano Brasil Novo, além das medidas típicas de planos heterodoxos, introduziu algo “inovador”: a retenção dos ativos financeiros. Na exposição de motivos do plano econômico, o governo alegava que a reforma monetária introduzida pelo Plano Collor I tinha como objetivo recuperar o controle do Estado sobre a moeda nacional, uma vez que “a salvaguarda do padrão monetário (seria) uma dimensão da soberania e condição indispensável para o livre funcionamento dos mercados”²⁵. O intuito precípua era conter o aumento da massa monetária em poder do público. Os cruzados novos retidos seriam convertidos em cruzeiros posteriormente, em sucessivas parcelas devolvidas ao público durante 12 (doze) meses, e os valores seriam remunerados em 6% ao ano ou fração *pro rata*, além de serem atualizados monetariamente pela variação do índice BTN Fiscal. Assim, os ativos financeiros retidos foram transferidos ao Bacen em contas individualizadas, em nome dos respectivos titulares, com correção monetária e pagamentos de juros.

Foi exatamente contra essa medida que o Partido Socialista Brasileiro (PSB) interpôs ação direta de inconstitucionalidade (ADI n° 534, caso do Bloqueio dos Cruzados Novos), em 1991, e trouxe o STF para o centro da discussão do bloqueio dos ativos financeiros. O

24 Para análise dos demais votos relativos ao caso das tablitais, ver Duran, 2010: pp. 71-78.

25 Exposição de motivos do Ministério de Estado da Economia, Fazenda e Planejamento n° 58, de 15 de março de 1990, que instruiu a mensagem presidencial para a submissão do texto da Medida Provisória 168 à apreciação do Poder Legislativo.

tribunal pronunciou-se em medida cautelar e em questão de ordem, como julgamento final.

Para a concessão de medida cautelar, seria necessária a presença de dois requisitos: a relevância jurídica da matéria (*fumus boni iuris*) e o risco do dano irreparável (*periculum in mora*). Haveria relevância da tese pretendida pelo autor, segundo o STF, pelas seguintes razões expostas no voto vencido (e, nesse sentido, em nenhum momento, foi contestada expressamente pelos outros ministros, que discordaram somente quanto à presença do requisito do *periculum in mora*): (i) o bloqueio parece ter natureza de empréstimo compulsório; (ii) com o advento da Constituição de 1988, o empréstimo compulsório ganhou novo regime jurídico, não mais contemplando em suas hipóteses o objetivo de absorção temporária do poder aquisitivo (artigo 15, III, Código Tributário Nacional); (iii) além disso, não houve obediência ao requisito formal de lei complementar para instituição do bloqueio; e, (iv) a competência privativa outorgada à União Federal para legislar sobre sistema monetário tem limites: o direito de propriedade, situações jurídicas definitivamente consolidadas e forma de intervenção definida na Constituição. Nas palavras do ministro Celso de Mello, “o poder normativo reconhecido à União Federal para atuar, legislativamente, sobre a disciplina da moeda, quer para adaptar o volume dos meios de pagamentos às reais necessidades da economia nacional, quer para regular seu valor intrínseco, prevenindo ou corrigindo surtos inflacionários ou deflacionários, de origem externa ou interna, quer para impedir situações de anormalidade e outros desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais, não dispensa e nem exonera o Estado, na formulação e na execução de sua política econômico-financeira, inclusive monetária, de observar e de respeitar aqueles limites impostos pela Constituição” (ADIn MC 534, pp. 243-244).

Entretanto, na análise do risco de dano irreparável, o ministro condutor da tese vencedora, Ilmar Galvão, argumentou que se deve atentar “para o prejuízo que a suspensão da execução desta (medida) poder(ia) causar ao interesse público”: “considero mais grave o risco de retorno do ritmo da inflação” (ADIn MC n.º 534, pp. 256-257). O ministro Marco Aurélio acrescentou que uma decisão, que retirasse a eficácia da lei impugnada, poderia provocar ainda uma corrida bancária. A decisão de denegação do pedido do autor concentrou-se no argumento de que se deveria fazer um “sopesamento” entre o interesse dos depositantes considerados individualmente e o “bem comum, o bem-estar da sociedade como um todo” (ADIn MC 534, p. 260). Além

disso, quinze meses do advento do plano já se teriam passado e a lei teria grande parte de sua eficácia esgotada no tempo.

No entanto, é importante ressaltar que, em setembro daquele ano (1991), seria iniciada apenas a liberação parcelada dos ativos financeiros e não sua completa devolução aos depositantes de instituições financeiras, o que afasta o argumento de que a lei teria esgotado completamente seus efeitos. O julgamento pelo STF da medida cautelar foi realizado em junho de 1991. Os votos vencidos consideraram esse fato e sustentaram que o decurso do tempo transcorrido, desde a edição da medida provisória convertida na lei contestada, e a interposição da ação direta, não descaracterizaria o elemento *periculum in mora*, porque a “extrema gravidade do comportamento estatal censurado não pode encontrar no tempo um manto protetor de sua intangibilidade” (ADI n.º 534, Celso de Mello, p. 251). Entretanto, o STF julgou improcedente o pedido de medida cautelar e manteve o bloqueio dos cruzados novos.

O ministro Moreira Alves, no julgamento da medida cautelar, sustentou que a questão central era “saber até onde vão os limites de uma reforma monetária”. “A conversão de uma moeda em outra implica obrigatoriamente a conversão imediata, ou esta é passível de fazer-se por etapas, ou seja, primeiro com relação a uma parcela da moeda circulante, e, depois, com relação à outra retirada provisoriamente?” (ADI n.º 534, p. 286)²⁶. No entanto, esse tema não foi debatido pelo STF naquele momento, tampouco houve a discussão do ponto de vista do direito de propriedade, e se a proteção jurídica desse direito compreende, necessariamente, as faculdades de gozar, usar e dispor²⁷.

No julgamento desse caso, foi evidente a confusão jurídica subjacente aos votos dos ministros, que abordaram a questão da perspectiva tributária, e, ao mesmo tempo, teceram comentários sobre

26 Gilmar Mendes (1991: 75), em artigo publicado naquele ano, respondeu a essa questão da seguinte forma: “De onde se pretende derivar o direito de conversão imediata da moeda antiga no novo padrão monetário? Fundar-se-ia essa pretensão no próprio direito de propriedade? Parece inquestionável que, assim como não se pode sustentar o direito de conversão da velha moeda na nova, com base num critério estritamente paritário – até porque, se assim fosse, seriam impossíveis as reformas monetárias –, não se há de afirmar, igualmente, o direito a uma imediata conversão dos ativos financeiros no novo padrão monetário, com base na garantia constitucional da propriedade”.

27 Para uma crítica a essa questão, ver Mendes (1991). Para Oliveira (2006 : 238), a União havia lesado o direito de propriedade sobre a moeda, que tinham tanto os depositantes, como os depositários dos ativos financeiros. “No depósito bancário, seja ele de conta corrente, a prazo fixo ou de poupança, há uma dupla disponibilidade da moeda, pois o depositário da moeda é equiparado ao mutuário, e este adquire o domínio da coisa mutuada. A disponibilidade pelo depositante coexiste com a do banco” (Oliveira, 2006: 238). Para ele, o bloqueio dos ativos, pelo Plano Collor I, tratava-se de medida de arbítrio, inconstitucional e ilícito, que não havia adentrado a esfera do jurídico, mas a violado.

a disciplina da moeda. Nesse sentido, é interessante notar que somente o ministro Moreira Alves procurou pontuar a questão da natureza jurídica da reforma, a partir da discussão enquanto fenômeno monetário. Interessante ressaltar também que o ministro Néri da Silveira, no julgamento de outro caso, a ADIn 493, expressamente classificou a lei que instituiu o bloqueio dos ativos financeiros como lei monetária e considerou que houve ofensa a ato jurídico perfeito em relação aos contratos celebrados com instituições financeiras²⁸.

Se essa fosse a tese acompanhada e debatida pelos outros ministros, o STF já teria uma orientação para essa modalidade de reforma: normas que alteram padrão monetário ou estabelecem os critérios para a conversão dos valores em face dessa alteração aplicam-se de imediato, não cabendo as limitações do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Restaria debater a questão colocada pelo ministro Moreira Alves, se as normas que estabelecem o critério de conversão parcelada de cruzados novos para cruzeiros são constitucionais ou inconstitucionais, a partir da orientação firmada pelo tribunal para esses casos e da disciplina da matéria prevista pela Constituição – ou se seria o momento histórico de rever o posicionamento do STF.

De fato, os juristas que acordaram com a tese do empréstimo compulsório, na época da introdução do plano, cometeram o mesmo equívoco, como bem criticou Moreira Neto (1990). A medida governamental de retenção dos ativos financeiros não trata de matéria tributária ou civil, mas sim de fenômeno de natureza monetária e, por essa razão, seu fundamento constitucional não estava nos Títulos VI e VII da Constituição, mas em seu Título III, especialmente, nos artigos 22, III, VI e VII. Desta forma, segundo o citado autor, para se aferir se houve ou não violação constitucional por uma reforma dessa natureza, o ponto de partida são os conceitos monetários constitucionais.²⁹

Por fim, no julgamento final da ação, em questão de ordem, o STF por unanimidade decidiu que efetivamente o bloqueio dos cruzados novos vulnerava, “de modo injusto, as esferas de autonomia

28 Em suas palavras, “essa situação gerada pela *lei monetária*, ao tornar indisponíveis, pelos titulares, os saldos em cruzados novos de depósitos à vista e de cadernetas de poupança e de depósitos a prazo fixo e outros títulos e recursos (arts. 5º, 6º e 7º), fere atos jurídicos perfeitos celebrados com instituições financeiras e o direito individual dos titulares dos valores em referência de os utilizarem, na forma dos negócios jurídicos atingidos pelos dispositivos legais em foco” (Néri da Silveira, ADIn 493, p. 442; grifos nossos).

29 No mesmo sentido Mendes (1991: 80): “As disposições constantes da Lei n. 8.024, de 1990, hão de ser vistas, pois, como preceitos que redefinem o estatuto jurídico da moeda e, por conseguinte, o regime de direito de propriedade sobre os valores patrimoniais expressos em dinheiro ou nos créditos em dinheiro. Não se trata aqui, pois, nem de um empréstimo compulsório camuflado, nem de uma expropriação indevida, muito menos de requisição, de depósito compulsório ou de confisco!”.

jurídica reservada às pessoas” (ADIn QO 534, p. 303), sem apresentar o raciocínio jurídico para sua conclusão. No entanto, tendo em vista a cessação da vigência da lei e a “inexistência de efeitos residuais concretos”, a ação restaria prejudicada.

Ao final, Celso de Mello (ADIn QO 534, pp. 312 e ss.), declarou que, por uma “convicção eminentemente pessoal”, caberia reparabilidade civil dos danos causados pelo Estado por ato que viesse a ser declarado inconstitucional pelo Judiciário. Nelson Jobim, no julgamento do caso das Cadernetas de Poupança e em diálogo com o caso do Bloqueio dos Cruzados Novos, faz referência à hipótese levantada pelo ministro Celso de Mello, e afirmou que ela não se aplicaria ao caso concreto da Caderneta, simplesmente, porque não houve sustentação do pleito nesse sentido (RE 206048, p. 637). Não há, portanto, nesse tema, um posicionamento definido pelo STF.

Questão relevante, que deveria anteceder qualquer raciocínio sobre o tema, é qual a natureza jurídica da retenção dos ativos financeiros, realizada pelo Plano Collor? Se se trata de alteração do estatuto jurídico da moeda, pergunta-se: caberia compensação financeira na alteração de estatuto jurídico de moeda? Se se adotar a tese de que se trata de requisição civil, em que o Estado “usa” propriedade particular em caso de iminente perigo público, a Constituição assegura ao proprietário a indenização por eventual dano ulterior (artigo 5º, XXV, CF/88). É de se indagar também, no mesmo sentido, se a conversão de obrigações de moeda antiga para moeda nova, que não seja com base no critério de paridade (como ocorreu no Plano Collor I, um cruzado novo para cada cruzeiro), acarretaria modificações na situação subjetiva dos indivíduos envolvidos em relações jurídicas privadas, em posições contrapostas (credor/devedor), e também mereceria ressarcimento por parte do Estado, ente público responsável pela definição do critério de conversão. Como se verá no próximo item deste artigo, a conversão de salários e vencimentos, assim como de benefícios previdenciários, eram também questões-chave do Plano Real e ela se deu pela média dos últimos salários e vencimentos, que desconsiderou a inflação do período correspondente. Trata-se de medida governamental que desprivilegiou a conversão dos créditos trabalhistas. Nessa modalidade de casos, caberia também indenização? A “convicção eminentemente pessoal” do ministro Celso de Mello, vocalizada no julgamento do caso do Bloqueio dos Cruzados Novos, traz essa modalidade de questionamento para o tribunal constitucional, que, no entanto, ainda não foi respondida de forma clara por ele.

Por fim, no que se refere ao tema da *taxa referencial* (casos *ADIn 493, UDR e Crédito Rural*), foi submetida à apreciação do STF a constitucionalidade da aplicação da taxa de remuneração dos depósitos de poupança (a TR³⁰) como índice de “atualização” monetária para:

- (i) os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação e Saneamento (SFH e SFS)³¹;
- (ii) os saldos dos contratos de financiamento, concedidos a partir de recursos captados dos depósitos de poupança rural; e,
- (iii) as operações de crédito rural, com recursos captados de depósitos à vista e com cláusula de atualização pelo Índice de Preços ao Consumidor (IPC).

Para responder à questão relevante levada à sua apreciação, o STF estabeleceu uma distinção entre três casos: (i) contratos celebrados no âmbito no SFH e SFS (artigo 18, da Lei 8177) e obrigações jurídicas com cláusula de correção monetária pela variação dos índices extinguidos pela Lei 8117, sem previsão de índice substitutivo (artigo 6º, II, e 15, da Lei 8177); (ii) contratos de financiamento rural, com recursos de depósitos de poupança rural (artigo 21, parágrafo único, da Lei 8177); e (iii) operações de crédito rural, contratadas com base em captações de depósitos à vista (artigo 26, da Lei 8177).

Em relação aos contratos relacionados em (i), no parágrafo imediatamente acima, o tribunal decidiu que seria inconstitucional a aplicação da TR como índice de atualização monetária, por entender que se tratava de taxa remuneratória, e não de índice que representasse alterações quanto ao poder aquisitivo da moeda. Segundo o STF, a TR não representava “índice neutro” (*ADIn 493*, p. 321), que determina

30 Conforme preceitua o artigo 1º, da Lei 8177, de 1º de março de 1991 (Plano Collor II), a taxa referencial é a taxa calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial, de acordo com a metodologia divulgada pelo Conselho Monetário Nacional. Para o cálculo, são utilizadas instituições financeiras de referência, dentre elas, necessariamente as dez maiores do país, classificadas pelo volume de depósito fixo (artigo 1º, § 2º, Lei 8177/1991). Na época, a regulamentação da matéria foi feita pela Resolução do CMN nº 1805, de 27 de março de 1991, que definiu a metodologia para o cálculo. Posteriormente, a Lei 8660, de 28 de maio de 1993, extinguiu a Taxa de Referência Diária (TRD) e estabeleceu novos critérios para fixação da TR. Além disso, ela alterou o artigo 11 da Lei 8177, dispondo que a TR poderia ser utilizada como taxa de remuneração de contratos somente com prazo de repactuação igual ou superior a três meses.

31 A Lei 8177, em seu artigo 18, caput, estabelecia que os saldos devedores e as prestações desses contratos, constituídos anteriormente ao advento da norma, seriam “atualizados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário do dia 1º, mantidas a periodicidade e as taxas de juros estabelecidas contratualmente”. A taxa aplicável à remuneração dos depósitos de poupança é a TR.

o valor de troca da moeda. Dessa forma, o STF eximiu-se de analisar se houve ou não retroatividade da lei que estabeleceu a TR como correção monetária, porque sua natureza não era compatível com o desempenho dessa função³². Assim, o Supremo declarou que não seria necessário examinar se “as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado”, porque a TR não é índice de atualização monetária (ADIn 493, p. 324)³³.

Para os contratos de financiamento rural (ii), por sua vez, com recursos oriundos da captação por meio de depósitos da poupança rural, o STF adotou o entendimento de que não há alusão à TR pela Lei 8177, mas sim à remuneração do depósito da poupança rural³⁴, que é o custo da captação dos recursos dessa modalidade de financiamento. Como o Bacen, desde 1987, por meio da Circular n° 1130, estabeleceu que a remuneração da poupança seria fator de atualização dos financiamentos rurais, assim como existia disposição contratual expressa nesse sentido, não haveria aplicação retroativa da Lei 8177. Portanto, o uso da TR como índice de atualização não seria inconstitucional.

As operações de crédito rural (iii), por fim, segundo o STF, não poderiam ter sua cláusula de índice de correção monetária alterada por lei superveniente, por atingir atos jurídicos perfeitos. Ocorre que, em decisão final, o STF julgou prejudicada a ADIn 768 (Caso UDR) e retirou os efeitos da medida cautelar concedida com base no fundamento de que houve desrespeito a ato jurídico perfeito³⁵.

Os três casos são relevantes para o estudo dos limites definidos pelo tribunal constitucional para a aplicação de lei monetária no tempo e para identificação dos equívocos cometidos nesse sentido. Em 1992, na decisão do caso ADIn 493, o ministro Moreira Alves faz referência a casos anteriores em que se desenvolveu a orientação do STF de que lei de ordem pública aplica-se de imediato, sem observância da proibição de ofensa ao ato jurídico perfeito, e contesta-os. É, nesse momento, que o

32 Conforme ministro Moreira Alves, “dificilmente taxa com essa composição é índice de atualização monetária, tendo em vista, inclusive, a circunstância de que se, por exemplo, o País ficar sem inflação alguma, mas houver escassez de dinheiro, essa taxa subirá” (ADIn 493, p. 232).

33 Entretanto, no julgamento da medida cautelar da ADIn 959 (Caso Crédito Rural), o STF declara expressamente que houve ofensa a ato jurídico perfeito. Ocorre que, até o presente momento, não houve julgamento final desta decisão.

34 Contudo, a redação dos demais artigos era semelhante. Os dispositivos questionados em relação ao SFH faziam referência ao índice de remuneração da poupança.

35 O Caso UDR foi julgado prejudicado, porque o STF considerou que a UDR não teria legitimidade ativa para a proposição de ações diretas de inconstitucionalidade.

STF inicia a revisão de sua orientação, ao argumentar que a Constituição não faz distinção entre leis de ordem pública e leis de ordem privada para a incidência do princípio da intangibilidade do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Segundo o ministro, “era essa justamente uma das peculiaridades de nossa ordem constitucional, pois, além da mexicana e, de certa forma, a norte-americana, não conheço outra Constituição que contenha princípio dessa natureza. Na Europa, o princípio é, em regra, estabelecido em lei ordinária, vinculando apenas o juiz, excepcionando-se dele as leis de ordem pública e as leis que expressamente declararem que retroagem” (ADIn QO 493, p. 230). No julgamento desse mesmo caso, ele ainda contesta que as normas, responsáveis por estabelecer índices de atualização monetária, poderiam não pertencer ao direito monetário³⁶. Este estudo discorda da afirmação do ministro Moreira Alves de que normas, que definem índice de correção, podem não ter natureza de lei monetária. Efetivamente, quando se legisla sobre unidades de conta, legisla-se sobre moeda. É o Estado utilizando-se desse instrumento para regular a moeda enquanto padrão de valor, e, indiretamente, como meio geral de troca, ao evitar que a moeda seja recusada pelos agentes da economia por falta de confiança no instrumento, enquanto meio para realizar pagamentos diferidos.

No entanto, deve-se reconhecer que as normas jurídicas, que estabeleceram a TR como índice de “atualização” no âmbito do SFH/SFS e do financiamento rural, não são normas monetárias. São normas de regulação do sistema financeiro nacional, que visam disciplinar a intermediação de recursos, ao vincular a taxa de juros da captação à taxa de juros do empréstimo. O termo “atualização” utilizado pela norma pode ter sido empregado no objetivo de excepcionar a Lei 8177 da proibição da aplicação retroativa e tentar enquadrá-la na orientação definida pelo Supremo no julgamento da Representação nº 1288 (RTJ 119/548), que determinou a incidência imediata das normas relativas à correção monetária aos contratos imobiliários celebrados anteriormente à sua vigência³⁷.

36 Em suas palavras: “Já o problema de índice monetário é diverso, pois diz respeito, não ao valor jurídico da moeda, mas, sim, ao seu valor econômico de troca. Índice não é moeda. Pertencerá ele ao direito monetário, para afirmar-se que pode ser alterado a qualquer momento, independentemente da observância do princípio constitucional de respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito? Tenho seríssimas dúvidas a respeito” (ADIn QO 493, p. 230).

37 A Lei 4380 de 1964, que instituiu o SFH, estabeleceu medidas de compatibilidade das condições de empréstimo com os salários dos mutuários, ao criar o Plano de Equivalência Salarial (PES), que vinculava o reajuste das prestações à variação do salário mínimo. Estruturou-se ainda o Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS) para cobrir o saldo residual resultante da periodicidade menor da correção monetária do financiamento. Essa arquitetura não foi eficiente para suportar a manutenção desse sistema

Entretanto, o STF não procurou identificar a natureza jurídica da *norma*, que definiu o índice de remuneração das contas de poupança como índice de atualização dos contratos de empréstimo, no âmbito do SFH. Ao contrário, a Corte fundamentou sua decisão na natureza jurídico-econômica da *taxa* (TR). Se tivesse questionado a natureza jurídica da norma, poderia ter desenvolvido um raciocínio mais coerente quanto à retroatividade das leis e sua incidência sobre obrigações jurídicas já constituídas. Como não se trata de lei monetária, a orientação firmada pelo STF não caberia ao caso concreto. Além disso, se a fundamentação fosse no sentido proposto, não haveria contradição entre as diferentes modalidades de contrato: aqueles celebrados no âmbito do financiamento rural e aqueles no âmbito do SFH/SFS. Se a TR é inconstitucional enquanto índice de atualização, ela também é inconstitucional para os casos em que uma circular do Bacen disciplinou sua aplicação como “correção monetária” de financiamentos rurais. No entanto, se a inconstitucionalidade está na aplicação retroativa de norma jurídica, que não tem natureza monetária, mas sim de regulação do sistema financeiro, ela não se aplica ao caso concreto do financiamento rural, como decidiu o STF, já que essa condição já estaria estabelecida em normativo anterior. Uma análise, a partir da perspectiva jurídica proposta, evitaria as decisões incoerentes entre si tomadas pelo tribunal constitucional³⁸.

3 O STF E O CONTROLE CONSTITUCIONAL DO PLANO REAL

As ações relativas ao Plano Real envolveram questionamentos relevantes para se pensar a moldura jurídica do poder monetário. As principais questões, submetidas ao STF, foram as seguintes:

de financiamento da habitação. A situação foi agravando-se no tempo, uma vez que os reajustes médios das prestações eram, cada vez mais, inferiores à inflação. O Plano Collor II foi uma tentativa de reverter esse quadro, atingindo também os contratos já em curso.

38 Atualmente, os contratos celebrados no âmbito do SFH, com recursos captados de depósitos de poupança, têm cláusula de “atualização” pela remuneração básica aplicável aos referidos depósitos (vedada a utilização de outros indexadores), conforme disposição do artigo 18-A da Lei 8177/1991, introduzido pela Lei 11434, de 2006. Ou seja, apesar do questionamento da ADIn 493 e de seu julgamento pelo STF, nova lei foi promulgada, em 2006, que expressamente contraria os termos do julgado do tribunal constitucional, qual seja, de que a TR, por ser taxa de remuneração, não pode servir como cláusula de correção monetária.

**QUADRO 4. QUESTÕES RELEVANTES SUBMETIDAS AO STF NO
JULGAMENTO DE CASOS RELATIVOS À IMPLEMENTAÇÃO DO PLANO REAL**

TEMA	CASO	Questões relevantes
1. Sistema de conversão para a URV	Reajuste de vencimentos	(1) Os servidores públicos federais têm direito ao reajuste concedido por lei a trabalhadores celetistas para restabelecer o poder aquisitivo dos salários, durante a implementação do Plano Real? Pode juiz federal conceder o reajuste de vencimentos aos servidores públicos, por meio de tutela antecipada, para recompor o poder aquisitivo da remuneração perdido durante a implementação do Plano Real?
2. Periodicidade da correção monetária	Pequi	(2) Tem aplicação imediata aos contratos privados de prestação sucessiva a determinação legal, prevista pelo Plano Real, da periodicidade mínima de um ano para a correção monetária?
3. Índices de Correção Monetária	ADPF 77	(3) A aplicação imediata de dispositivo normativo do Plano Real, que prevê a forma do cálculo dos índices de correção monetária no mês de emissão da nova moeda, ofende o direito adquirido e o ato jurídico perfeito? ³⁹
	BBA	(4) A decisão do STF que, em medida liminar de ação de descumprimento de preceito fundamental, suspendeu todos os processos judiciais, que questionavam a constitucionalidade da aplicação do cálculo para índices de correção monetária durante a emissão do Real, tem efeito vinculante em relação a outros órgãos do Poder Judiciário?

No caso *Reajuste de Vencimentos*, em que se discutia o tema da *conversão para URV*⁴⁰ e a perda do poder aquisitivo decorrente dessa

³⁹ Conforme artigo 38, da Lei 8880, de 1994, “o cálculo dos índices de correção monetária, no mês em que se verificar a emissão do Real de que trata o artigo 3º desta lei, bem como no mês subsequente, tomará por base preços em Real o equivalente a URV dos meses imediatamente anteriores, segundo critérios estabelecidos em lei”. Em seu parágrafo único, define-se que é “nulo de pleno direito e não surtirá nenhum efeito a aplicação de índice, para fins de correção monetária, calculado de forma diferentemente da estabelecida no caput do artigo”.

⁴⁰ A URV (Unidade Real de Valor) é uma moeda indexada. A proposta de inserção da URV dissociava duas funções da moeda: o padrão de curso forçado e o padrão de valor. De acordo com Moreira Neto (1994: 18), “o que seria mais um indexador é, portanto, um padrão monetário de valor, dissociado da moeda corrente, cumprindo-lhe as funções de mensurador universal de valores econômicos”. A proposta de inserção de

conversão durante a implementação do plano, o STF declarou que a lei, ao reajustar salários de trabalhadores celetistas (Lei 10192, de 2001) para restabelecer o poder aquisitivo da remuneração devido durante a implementação do plano Real (janeiro a junho de 1995), não se aplicaria ao servidor público, por não haver previsão legal expressa a essa categoria⁴¹. Portanto, o princípio da isonomia não poderia embasar pleito para incorporar aos vencimentos desses servidores o reajuste concedido a trabalhadores celetistas. Ainda, o tribunal declarou que juiz federal não poderia conceder tutela antecipada, efetivada em processo de conhecimento contra a Fazenda Pública, e que tivesse por objeto o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidores. Ao conceder essa medida, o juiz federal teria afrontado a interpretação do STF a respeito da Lei 9494, de 1997, firmada no julgamento da medida cautelar da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 4. Nesse caso, o tribunal havia decidido (ainda que em medida cautelar) a constitucionalidade da lei que determinou a impossibilidade da concessão de medidas processuais de urgência contra a Fazenda Pública.

No julgamento desse caso, o STF foi bastante claro ao assegurar a implementação do plano Real, com o desenho tal como formulado pelos poderes Executivo e Legislativo, e atribuiu à sua decisão em medida cautelar o mesmo efeito vinculante de uma decisão em julgamento final.

No caso Pequi, por sua vez, que se relaciona ao tema da *periodicidade da correção monetária*, o STF desenvolveu o raciocínio de que o dispositivo legal, introduzido pelo Plano Real e que previu a periodicidade mínima de um ano para a correção monetária em contratos diferidos, não alterava o padrão monetário, tampouco estabelecia regras de conversão de valores de moeda antiga para moeda nova. Não haveria, portanto, como se invocar a jurisprudência do tribunal que excepciona a intangibilidade do ato jurídico perfeito. Assim, a referida norma não poderia aplicar-se retroativamente a contratos celebrados antes de sua edição, de prestações sucessivas, uma vez que a lei não poderia alcançar efeitos futuros de negócios jurídicos celebrados anteriormente à sua vigência. Nas palavras do ministro Sepúlveda Pertence, o STF “não faz distinção entre lei de ordem pública e lei dispositiva para efeito de restringir a garantia constitucional da intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa

uma moeda indexada para eliminar a inflação inercial já estava presente no cenário intelectual brasileiro desde 1984 (Lara-Resende, 1984). Posteriormente, ela viria a ser conhecida como a proposta Larida de moeda indexada, a partir de seu aprimoramento por Lara-Resende e Pêrsio Arida, em 1986. Para uma crítica a essa proposta, ver Lopes (1984: 32-38).

41 Nas palavras do relator do caso, ministro Marco Aurélio, “os diplomas referentes a vencimentos e subsídios sempre consideram a expressão servidor público” (RMS 24651, p. 3).

julgada, valendo notar que o dispositivo de cuja aplicação se cogita [...] não altera o padrão monetário nem estabelece critérios para a conversão da moeda, não sendo, pois, invocável a jurisprudência que excepciona essas hipóteses do âmbito de incidência do artigo 5º, XXXVI, da Constituição” (RE 2736602, p. 588).

Essa decisão destoa das demais proferidas pelo STF e, no entendimento deste estudo, parece injustificada. Por que a lei que altera correção monetária tem natureza de lei monetária, pois legisla sobre padrão de valor, mas aquela que legisla sobre a periodicidade de sua incidência não tem a mesma natureza? A resposta a esse questionamento não parece ter sido bem construída pelo acórdão. O diagnóstico da inflação inercial atestava que a causa da inflação brasileira era a própria inflação. A reprodução da inflação passada no presente acontecia devido ao comportamento dos próprios agentes econômicos, que indexavam contratos e previam reajustes frequentes de seu valor na tentativa de se proteger da perda do poder aquisitivo da moeda. No entanto, no julgamento desse caso, o STF excepcionou o específico contrato de locação comercial, submetido à sua revisão, da obrigação generalizada do cumprimento dessa regra (que dependia, para ter resultado, do comportamento conjunto de todos os agentes econômicos).

Por fim, no julgamento do *caso ADPF 77*, em medida cautelar, o STF definiu que, até a futura decisão da Corte, tendo em vista a relevância jurídica e econômico-financeira do caso, ele suspenderia todos os processos em curso no país, que questionassem a constitucionalidade do dispositivo do Plano Real, que determinava a metodologia para a incidência de índices de correção monetária. Posteriormente, no *caso BBA*, o STF decidiu que, ainda que proferida em medida liminar e sujeita ao referendo do plenário, conforme determinação legal⁴², a decisão proferida pelo tribunal constitucional teria efeito vinculante em relação a outros juízes e tribunais. Assim, os outros órgãos do Poder Judiciário deveriam cumprir a determinação do STF de suspensão do julgamento de processos em curso, que questionassem a aplicação de cálculo para o índice de correção monetária, durante a emissão da nova moeda, o Real.

Assim como no caso do Reajuste de Vencimentos, o STF atribuiu efeito vinculante à sua decisão em medida cautelar, o que parece ser um comportamento inovador em seu padrão de decidir. Ainda, no caso ADPF 77, o tribunal determinou o sobrestamento de recursos até que a decisão final fosse emitida por ele, chamando para a si a responsabilidade dessa decisão.

42 De acordo com o artigo 5º, §1º, da Lei 9882, de 1999.

4 CONCLUSÃO

Afinal, é possível retirar da análise acima uma orientação do STF no sentido de definir uma moldura jurídica para o exercício do poder monetário, a partir de seu controle concreto sobre os planos heterodoxos e plano Real? Embora o intuito do plano Real (e, em especial, do programa da URV) tenha sido “promover um alinhamento voluntário de preços e preparar o terreno para a derrubada da inflação, sem congelamentos e desrespeito a contratos”, como declarou Fernando Henrique Cardoso (Cardoso, 2006: 145-146), pela análise dos casos recebidos pelo STF, houve também quebra de algumas garantias constitucionais na implementação do programa. A promoção de um bem público, como a estabilidade de preços (proporcionada por uma moeda capaz de cumprir todas as suas funções econômicas), depende de um horizonte de longo prazo, de modificação dos efeitos jurídicos de contratos privados já constituídos e da coordenação do comportamento de diversos agentes e setores da economia, implicando necessariamente em violência jurídica.

Entre outras conclusões relevantes expostas no decorrer do texto, a partir da análise dos argumentos jurídicos formulados pelo STF, foi possível identificar como moldura jurídica do poder monetário, o que se segue:

- a) À lei monetária não se aplica como limite a regra constitucional da intangibilidade do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido. A razão para sua incidência sobre as obrigações jurídicas, constituídas anteriormente ao seu advento, é devido à sua natureza especial, que altera regime de instituto jurídico (a moeda). Portanto, os planos econômicos podem disciplinar os efeitos jurídicos gerados por contratos privados, perfeitamente celebrados anteriormente ao seu advento.
- b) A disciplina jurídica da ordem monetária compreende: (i) a alteração da unidade monetária, (ii) a fixação de critérios para conversão de obrigações jurídicas, da moeda antiga para a nova; (iii) a definição de novos índices de correção monetária para contratos (moeda enquanto padrão de valor); e, (iv) a definição de fator de deflação para contratos pré-fixados (moeda enquanto padrão de valor). Possivelmente, com o julgamento final da ADPF 77, poderá ser considerada medida de natureza monetária a metodologia definida para o cálculo de índice de correção monetária, na conversão de

moeda antiga para a nova, no mesmo sentido das orientações (ii) e (iii), acima.

Apesar de, em recorrentes decisões, julgar no sentido exposto pelos itens (a) e (b), acima, o STF construiu outro entendimento em relação a um contrato específico: as contas de poupança. Segundo o tribunal constitucional, lei monetária pode alterar critério de atualização para contas de poupança, desde que observe o período aquisitivo da remuneração pactuada (trinta dias). Entretanto, nenhum argumento jurídico foi construído para diferenciar esse contrato dos demais contratos privados excepcionados da regra da intangibilidade do ato jurídico perfeito, inclusive para contratos de mesma natureza (contratos de depósito), como exposto no artigo.

As questões relacionadas às contas de poupança, que podem ser suscitadas, são as seguintes: por que a lei monetária pode disciplinar os efeitos das obrigações jurídicas celebradas anteriormente ao seu advento, contudo, em relação ao contrato de poupança, existem certos limites formulados pela construção jurisprudencial? O que diferencia esse contrato dos demais, inclusive de outros contratos de depósito de mesma natureza? Por que as contas de poupança não se enquadram na orientação jurisprudencial exposta acima, pelos itens “a” e “b.iii”, formulada no decorrer da história do STF? O que se discute aqui é a quebra da garantia constitucional da intangibilidade do ato jurídico perfeito ou o enriquecimento sem causa do credor (depositante), que teve o seu crédito valorizado em decorrência do resultado de outras medidas econômicas promovidas pelo Poder Público com o objetivo de acabar com a inflação (período imediato pós-plano econômico)?

Existem desafios jurídicos para o julgamento final das ADPFs nº 77 e nº 165, que discutem precisamente a constitucionalidade (i) da metodologia definida para o cálculo de índice de correção monetária, na conversão de moeda antiga para a nova, no plano Real e, (ii) dos planos heterodoxos e a aplicação da nova correção monetária para os saldos das contas de poupança.

A decisão em medida cautelar da ADPF nº 165 foi emitida em 2009 e sustentou já existir uma orientação dos tribunais sobre o assunto. Entretanto, questões ainda persistem: o que diferencia o contrato de depósito de poupança dos demais contratos privados, inclusive de mesma natureza jurídica? Por que essa construção jurisprudencial sobre lei monetária parece se sustentar em contradição com as demais decisões sobre planos econômicos, exploradas por este artigo?

O desafio de decidir sobre momentos de crise está posto para o tribunal constitucional, que não poderá deixar de dialogar com as

demais decisões formuladas sobre disciplina monetária no decorrer de sua história, que formam a moldura jurídica do poder monetário, construída pela própria jurisprudência do STF.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, Fernando Henrique. *A arte da política: a história que vivi*. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2006.

DURAN, Camila Villard. *Direito e moeda: o controle dos planos de estabilização pelo Supremo Tribunal Federal*. Saraiva, São Paulo, 2010.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. “Antinomias jurídicas e gestão econômica”, *Crítica Jurídica - Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho n° 13*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

LARA-RESENDE, André. “A moeda indexada: uma proposta para eliminar a inflação inercial”, *Texto para Discussão n° 75*, Departamento de Economia PUC/RJ, Rio de Janeiro, 1984.

LOPES, Francisco Lafaiette. “Inflação inercial, hiperinflação e desinflação: notas e conjecturas”, *Texto para Discussão n° 77*, Departamento de Economia PUC/RJ, Rio de Janeiro, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. “A reforma monetária de 1990 – problemática jurídica da chamada ‘retenção dos ativos financeiros’ (Lei n° 8024, de 12.04.1990)”, *Revista de Direito Administrativo n° 186*, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Estabilização monetária, *Revista de Direito Administrativo n° 196*, 1994.

OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. *Moeda, juros e instituições financeiras – regime jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SIMONSEN, Mário Henrique. *30 anos de indexação*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1995.

WALD, Arnoldo. *O novo direito monetário: os planos econômicos, os Contratos, o FGTS e a Justiça*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA TEORIA CONSTITUCIONAL DE KLAUS SCHLAICH E DIETER GRIMM

THE JUDICIALIZATION OF POLITICS IN KLAUS SCHLAICH AND DIETER GRIMM CONSTITUCIONAL THEORY

Farlei Martins Riccio de Oliveira

*Doutorando em Direito do Estado (PUC-Rio). Professor da Universidade Candido
Mendes – Centro e da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogado da
União em exercício na Procuradoria Regional da União no Estado do Rio de Janeiro*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O pensamento de Klaus
Schlaich; 2 O pensamento de Dieter Grimm; 3
Síntese dos fundamentos teóricos; 4 Conclusão.

RESUMO: O presente artigo sintetiza e compara o pensamento de Klaus Schlaich e Dieter Grimm sobre o problema da judicialização da política no contexto do direito constitucional alemão. Em linhas gerais, os dois autores defendem uma “prudência” ou a adoção de um “termo médio” do Tribunal Constitucional no exercício de sua função de controle de constitucionalidade das leis, sob pena de incorrerem os juízes num ativismo voluntarista incompatível com o Estado de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização. Política. Tribunal Constitucional. Klaus Schlaich. Dieter Grimm.

ABSTRACT: This article summarizes and compares the thought of Klaus Schlaich and Dieter Grimm on the issue of judicialization of politics in the context of German constitutional law. In general, both authors argue for a caution or a “middle ground” of the Constitutional Court in exercising its function to control the constitutionality of laws, on pain of incurring the judges in a proactive activism incompatible with the rule of law.

KEYWORDS: Judicialization. Policy. Constitutional Court. Klaus Schlaich. Dieter Grimm.

INTRODUÇÃO

A “judicialização da política” ou “politização da justiça” são expressões correlatas que indicam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas.¹

Segundo Débora A. Maciel e Andrei Koerner, a expressão passou a ser objeto de estudo da ciência social e do direito a partir do projeto de C. N. Tale e T. Vallinder (*The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, 1995), em que foram formuladas linhas de análise comum para a pesquisa empírica comparada do Poder Judiciário em diferentes países.² Segundo esses autores, judicializar a política significa valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de checks and balances. Essa forma de judicialização é denominada “*from without*”. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito). Essa forma de judicialização é denominada “*from within*”.³

Nesse sentido, a ideia de judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da *policy-making* a deixá-la ao critério de políticos e administradores e, em sua dimensão, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não-decisão. Daí que a ideia de judicialização envolve tanto a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais.⁴

Descobriram ainda esses autores algumas condições favoráveis à judicialização da política: ambiente democrático; separação de poderes;

1 As expressões foram inicialmente utilizadas por Carl Schmitt por ocasião de sua crítica ao controle de constitucionalidade de feição política. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1998

2 Sentidos da Judicialização da política: duas análises. *Revista Lua Nova*, nº 57, 2002, p. 114.

3 Op. cit. p. 114.

4 Sobre a análise empírica da problemática em questão pela ciência política, consultem-se, por todos, Andrei koerner. Instituições, decisão judicial e análise de pensamento jurídico: o debate norte-americano. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*. São Paulo, nº 63, pp. 61-87, 1º sem. 2007; M. F. Castro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, vol. 12, nº 34, jul. 1997; L. Werneck Vianna. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

existência de direitos políticos formalmente reconhecidos; uso dos tribunais pelos grupos de interesse e pela oposição e inefetividade das instituições majoritárias.⁵

No campo do direito, e especialmente do direito constitucional, a problemática da judicialização da política, que tem no ativismo voluntarista dos juizes uma de suas características, possui uma relação direta com o estatuto dos direitos fundamentais; com a superação do modelo clássico de separação de poderes do Estado; na concepção normativa de Constituição,⁶ e, principalmente, na legitimidade democrática da jurisdição constitucional.⁷

No direito constitucional brasileiro, a doutrina das questões políticas não é recente, tendo chegado inclusive ao Supremo Tribunal Federal com o famoso e polêmico julgamento do HC nº 300, impetrado por Rui Barbosa em 18 de abril de 1898.⁸ A partir desse precedente inaugural, o STF passou a alternar momentos de maior e menor ativismo judicial não afastando o controle das medidas políticas desde que houvesse violação a direitos assegurados pela Constituição.^{9 10}

Contudo, o ano de 2007 marca uma retomada do ativismo voluntarista do STF de maior proporção e importância, tendo em conta a repercussão na opinião pública das decisões sobre fidelidade partidária,¹¹

5 Cf. Ernani Rodrigues de Carvalho. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, nº 23, pp. 115-126, nov. 2004.

6 Consulte-se, por todos, Konrad Hesse. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991; Maurizio Fioravanti. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.

7 Sobre esses aspectos, consulte-se Gilberto Bercovici. Constituição e política: uma relação difícil. *Revista Lua Nova*, nº 61, 2004, e Renato Stanzola Vieira. Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

8 Conforme relata o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do MS nº 26.915-2007: “Os célebres ensinamentos de Rui Barbosa influenciaram decisivamente a formulação do art. 141, § 4º, da Constituição de 1946, precedente remoto do atual art. 5º, XXV, da Constituição de 1988 (A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (Constituição de 1946, art. 141, § 4º). Observe-se que o texto de 1988 inova ao garantir o acesso à justiça também no caso de ameaça a direito. A intenção do constituinte de 1946 era romper com a ordem constitucional conformada pela Constituição Polaca (de 1937), que prescrevia em seu art. 94 ser vedado ao Poder Judiciário conhecer de questão exclusivamente política (O art. 94 da Constituição de 1937 repetia o teor do art. 68 da Constituição de 1934: É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas).”

9 No mesmo sentido, Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 286-293.

10 Sobre os vários critérios formulados pela doutrina brasileira e comparada para diferenciar ato político e ato administrativo, consulte-se, por todos, Odete Medauar. *Ato de Governo*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 191:67-85, jan./mar. 1993.

11 MS nº 26.602-DF, rel. Min. Eros Grau; MS nº 26.603, rel. Min. Carmén Lúcia; MS nº 26.604, rel. Min. Celso de Mello, todos julgados em 04.10.2007.

direito de greve no serviço público,¹² direito à aposentadoria especial,¹³ entre outras. Reflexo dessa repercussão foram as críticas encetadas por alguns cientistas políticos como Wanderley Guilherme dos Santos¹⁴ e Fábio Wanderley Reis,¹⁵ que viram nesse avanço ativista do Tribunal uma clara afronta ao princípio democrático e à separação de poderes.

Assim, com o objetivo de contribuir para a busca de um maior entendimento sobre esse importante fenômeno da teoria política, social e constitucional, este artigo pretende sintetizar e comparar o pensamento de Klaus Schlaich e Dieter Grimm, que empreenderam a difícil tarefa de conciliar a função judicial com a função política em um mesmo órgão de jurisdição.¹⁶

1 O PENSAMENTO DE KLAUS SCHLAICH

Em obra coletiva publicada inicialmente em 1982, *Cours Constitutionnelles Europeennes et Droits Fondamentaux*, e organizada por Louis Favoreu,¹⁷ o Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Bonn, Klaus Schlaich, afirma que um Tribunal Constitucional que tenha uma ampla competência quanto ao controle de normas não poderá escapar da crítica de que invade o campo da legislação, não somente no controle direto de constitucionalidade, como também da omissão da norma.¹⁸

Para Schlaich duas questões parecem centrais nesse tema: a) um Tribunal Constitucional que se ocupa permanentemente do controle do legislador corre o risco de não se contentar com o controle da lei como resultado do procedimento legislativo, e incluir cada vez mais em seu exame o processo pelo qual o Parlamento prepara a decisão; b) cada vez em maior medida, a relação dos Tribunais (todos os tribunais) com o legislador é valorada em relação com a ideia de “compensação”.

12 MI nº 712-PA, 07.06.2006, rel. Min Eros Grau; MI nº 670-ES, 07.06.2006, rel. Min. Mauricio Correa e MI nº 708-DF, 24.05.2007, rel. Min. Gilmar Mendes.

13 MI nº 721-DF, 30.08.2007, rel. Min. Marco Aurélio.

14 *O Supremo e as linhas tortas da democracia*. In: Valor Econômico. São Paulo: Sep. 14, 2007; *Arrogância, usurpação e tirania no Supremo*. Valor Econômico. São Paulo: Oct. 11, 2007; *A política de facção do Poder Judiciário*. In: Valor Econômico. São Paulo: Oct. 26, 2007; *Cientista político propõe reforma alternativa*. Valor Econômico. São Paulo: Nov. 30, 2007.

15 *STF, ganhos e maus sinais*. Valor Econômico. São Paulo: Oct. 8, 2007.

16 Sobre o debate da judicialização da política no direito espanhol, consulte-se Alejandro Nieto. *El desgobierno judicial*. Madrid: Trotta, 2005.

17 Traduzido para o espanhol por Luis Aguiar de Luque e Maria Gracia Rubio de Casas, *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

18 op. cit., p. 224-225.

Sobre a primeira questão, Schlaich pondera que o princípio deve ser o de que, por ocasião do controle de normas, o objeto do controle é essencialmente a lei enquanto resultado do procedimento parlamentar, e não a argumentação ou qualquer outro procedimento ou comportamento do legislador na elaboração da norma. Acerca desse fato, argumenta que é difícil para o Tribunal Constitucional constatar se o legislador se expressou de forma correta e não ser extraído da Constituição um dever geral em favor de uma metodologia ótima do legislador.

Segundo Schlaich, o titular de um mandato eletivo não é um funcionário; a legislação não é a administração. O controle de normas pelo Tribunal Constitucional não deve limitar o legislador até o ponto que reduza completamente as características próprias da atividade parlamentar. Em todo caso, o procedimento parlamentar corresponde a uma discussão aberta, e nesse caso, contraditória; corresponde a uma abertura ao público, que às vezes implica revelações; corresponde ao contato com a opinião pública, que pode degenerar em simples dependência.¹⁹

Quanto ao segundo aspecto a ser considerado, Schlaich afirma que não se pode contestar os seguintes fatos: a transformação da lei, de regra geral e abstrata, expressão de uma ideia de justiça, em meio de organizar a sociedade segundo objetivos políticos; a grande necessidade de uma regulação jurídica nas sociedades industriais modernas cuja complexidade exige regulamentações amplas no campo econômico e social; as deficiências que oferece o procedimento parlamentar. Esses fatos propiciam uma compensação, uma substituição, uma correção, um alargamento, um contrapeso pelo direito pretoriano.

Analisando o contexto específico da jurisdição constitucional alemã, Schlaich afirma que a posição do Tribunal Constitucional, que às vezes o obriga a assumir a direção do Estado, contribui, certamente, para compensar a profunda falta de tradições democráticas e parlamentares na Alemanha. Sem embargo, por respeito à ordem constitucional de competências, o Tribunal não deve se contentar com a ideia de compensação. A compensação não cria a competência; cria uma competência de urgência cujo primeiro e permanente dever é fazê-la supérflua.

Desse modo, afirma o autor que:

Um Tribunal Constitucional, inclinado a decidir os rumos políticos do Estado, pode precipitar ainda mais a 'fuga do legislador de

19 op. cit., p. 226-227.

suas responsabilidades'. A compensação de funções parlamentares por órgãos não parlamentares pode impedir a formação das capacidades parlamentares necessárias. Se uma decisão do Tribunal Constitucional praticamente retira do debate políticos as possibilidades de modificação dos grandes projetos legislativos, apreensíveis também de maneira plebiscitárias através das eleições, o resultado destas perde em grande medida seu caráter decisivo. A oposição pode esperar fazer fracassar uma lei com a ajuda do Tribunal Constitucional (já atualmente esta possibilidade assenta com frequência seu comportamento durante o procedimento legislativo), logrando com isso compensar sua posição minoritária no Senado (do mesmo modo que utiliza a Câmara), sem que esse nível de influência venha cercado por um pronunciamento do eleitorado para constituí-la em maioria. A maioria eleita, por sua parte, com a declaração de inconstitucionalidade se vê liberada da responsabilidade da causa de suas leis, sem tornar-se intolerável para o eleitor a causa de ditas leis.²⁰

Por fim, Schlaich faz a advertência de que sua opinião não deve ser interpretada como uma recomendação ao Tribunal Constitucional para que adote uma “posição mais cautelosa” na constatação de inconstitucionalidade de uma lei, já que se trata, no final das contas, de uma interpretação da Constituição que incumbe ao Tribunal. Mas que o Tribunal, mais amiúde, ao decidir pela cassação das leis, faça o reenvio da lei ao legislador, e não se utilize tão frequentemente das formas intermédias de decisão. Desse modo, o legislador seria mais claramente responsável por seus projetos de lei e o Tribunal se subtrairia o menos possível ao debate político:

a ideia de compensar as deficiências do procedimento parlamentar mediante intervenções do Tribunal Constitucional pode ter como efeito que as deficiências sejam aceitas rapidamente como inevitáveis, e que cada dia se reforce mais. Se trata de algo que o Tribunal deve evitar. Sem embargo, ao mesmo tempo não pode esquecer sua missão de dotar de plena eficácia a Constituição.²¹

Assim, a advertência final que Schlaich dirige ao Tribunal Constitucional alemão sobre a judicialização da política é de se adotar um “termo médio” na questão da judicialização da política.

20 op. cit., p. 228-229.

21 op. cit., p. 229.

2 O PENSAMENTO DE DIETER GRIMM

A teoria do Estado democrático de direito, de Konrad Hesse, encontrou na jurisprudência e obra de Dieter Grimm seu maior desenvolvimento.²² Duas obras de Grimm contribuíram decisivamente para a análise da intrincada relação do direito com a política: *Die Zukunft der Verfassung* (1991), com tradução para o espanhol *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales* (Madrid: Trotta, 2006) e *Die Verfassung und die Politik*, com tradução para o português *Constituição e Política* (Belo Horizonte: Del Rey, 2006).

Para Grimm, a relação entre direito e política encontra-se decisivamente cunhada pela positivação do direito. Essa positivação foi fruto de um processo histórico no qual a validade do direito deixa de ser transcendente (tradição imemorial e na instituição divina) e passa a ser decisionista.²³ Nesse processo, ora o direito tornava-se factível e podia ser instituído como instrumento para fins políticos, ora a política se situava acima do direito e lhe conferia conteúdo e validade.²⁴ Somente com a instauração da ordem burguesa e com o advento do constitucionalismo, a pretendida limitação da disposição política sobre o direito pôde ser alcançada.

Todavia, alerta o autor para o fato de que a Constituição não pode realizar uma total “juridicização da política”. A Constituição não elimina a política, mas sim coloca uma moldura nela. A política completamente juridicizada perderia seu caráter político, ficando restrita somente à administração. A regulamentação da política pelo direito constitucional também está limitada. A Constituição estabelece condições para as decisões políticas, mas não se pode normatizar antecipadamente o conteúdo do processo decisório.²⁵

Sob essas condições, não é mais possível uma separação entre direito e política no âmbito da legislação. Em contrapartida, tal separação é perfeitamente possível no âmbito da aplicação e interpretação do direito:

Assim, embora a política programe a aplicação do direito por meio da promulgação de normas gerais, a interpretação e a aplicação

²² Grimm foi, durante doze anos (1987-1999), Juiz da Primeira Sala – chamada Sala dos direitos fundamentais – do Tribunal Constitucional Federal, tendo sucedido Konrad Hesse (1975-1987). A partir de 2000 passou a exercer o reitorado da Wissenschaftskolleg de Berlim.

²³ *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 3-4.

²⁴ op. cit., p. 8.

²⁵ *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006, p. 32-33.

das normas no caso concreto subtraem sua influência. Ela não pode nem assumir nem guiar a aplicação do direito por meio de instruções individuais. Da mesma forma, aspectos políticos que não estejam expressos no programa de normas são irrelevantes para a interpretação e aplicação do direito. Se uma lei for deliberada politicamente e entrar em vigor, conseqüentemente ela se torna independente de sua origem política e ganha uma existência autônoma. Embora a política continue a dispor de sua existência – ela pode revogá-la ou modificá-la –, sua aplicação foge ao controle enquanto a política deixar que ela exista.²⁶

Isso não significa dizer que a separação entre direito e política no âmbito da aplicação judicial do direito também seja inteiramente apolítico, ou seja, não deixe espaço para nenhum tipo de decisão constitutiva ou não possa desenvolver nenhum efeito político que ultrapasse o efeito político das normas gerais. A dimensão da determinação de todos os fatos depende de vários fatores, em especial da densidade de regulamentação, da idade das normas jurídicas e da dinâmica do objeto de regulamentação.²⁷ São inevitáveis também influências da pré-compreensão, da origem e socialização, das preferências políticas e ideológicas dos juízes.²⁸

Por outro lado, Grimm ressalta o regresso da constituição empírica como fator de adensamento da política na interpretação constitucional exatamente quando a constituição jurídica não se impõe na realidade social ou produz efeitos distintos do esperado.²⁹

26 *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12.

27 *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006, p. 199-209.

28 *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 15.

29 *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006, p. 28. Grimm afirma que o conceito de constituição foi inicialmente um conceito empírico que passou do âmbito da descrição da natureza ao da linguagem jurídico-político para designar a situação de um país, a forma que este foi configurado mediante as características de seu território e habitantes, sua evolução histórica e as relações de poder nele existentes, suas normas jurídicas e instituições políticas. Assim, com o esforço por limitar o poder do Estado em favor da liberdade dos súditos, que penetrou desde meados do século XVIII na doutrina do direito natural, se estreitou progressivamente o conceito de constituição, eliminando-se gradualmente os elementos não normativos até que a constituição apareceu unicamente como a situação determinada pelo direito público. Somente com as revoluções liberais do final do século XVIII, abolindo com a força decorrente da soberania hereditária e erigindo uma nova sobre a base da planificação racional e a determinação escrita do direito, se consumou a transição de um conceito de ser a um de dever ser. Desde então a constituição se identificou com o conjunto de normas que regula de modo fundamental a organização e o exercício do poder estatal, assim como as relações entre Estado e sociedade. Para Grimm esse sentido normativo do conceito de constituição tem prevalecido até hoje, ressaltando, contudo,

No entanto, quanto à jurisdição constitucional, salienta Grimm que esta parece se constituir em um caso especial. Embora ela também seja institucionalmente parte do Poder Judiciário e, como este, protegida constitucionalmente contra influência política, devido a seu objeto de regulamentação e seu critério de decisão, ela se encontra muito mais perto da política do que os demais. As normas constitucionais são muito mais lacunares do que o direito infraconstitucional. Isso abre margens maiores de interpretação e exige processos de concretização mais abertos. Nessas circunstâncias, a jurisdição constitucional opera na interface de legislação e aplicação do direito, direito e política. Nesse ponto reside, segundo Grimm, “um perigo não insignificante de decisões políticas em uma roupagem com forma de justiça”.³⁰

Disso sofre a separação entre direito e política, pois a aplicação do direito torna-se forçosamente o seu próprio criador de normas. Por outro lado, os critérios de hermenêutica constitucional, tais como as sentenças de interpretação conforme ou de adequação à Constituição, têm caracterizado o juiz constitucional como verdadeiro legislador positivo, seja para suprimir, aditar ou até mesmo para substituir normas jurídicas nos textos submetidos a sua avaliação.

Conclui Grimm:

Dessa maneira, ela se transforma em escala intensificada, em poder político que, ele mesmo, assume funções de legislação. Então, a decisão política migra para onde não tem que ser responsabilizada politicamente, enquanto que à responsabilidade política não corresponde mais nenhuma possibilidade decisória. Nesse ponto, no nível da aplicação do direito paira a ameaça de uma nova mistura das esferas funcionais do direito e política, para a qual ainda não são visíveis soluções convincentes nos dias de hoje.³¹

Note-se, portanto, que Grimm percebe a judicialização da política na aplicação e interpretação da Constituição como uma questão perturbadora que pode enfraquecer os nexos de responsabilidade democrática e da separação de poderes.

que o antigo conceito empírico de modo algum restou obsoleto e ocorre regressar em forma de “fator interpretativo” quando a constituição jurídica não se impõe na realidade social ou produz efeitos distintos do esperado. Em tais circunstâncias, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 2240, contra a Lei nº 7.619/2000 do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, revela o retorno da constituição empírica de que fala Grimm.

30 *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 16-17.

31 *op. cit.*, p. 20.

3 SÍNTESE DOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Nos Estados democráticos de direito, cabe à Corte Constitucional o pronunciamento final sobre a vontade legislativa, uma vez que suas decisões não estão sujeitas a nenhum controle democrático posterior. Como visto, é exatamente nesse ponto que se situa a advertência de Klaus Schlaich e Dieter Grimm sobre um risco democrático da atuação das Cortes Constitucionais, notadamente quanto à judicialização da política em suas decisões.³²

Pela análise do pensamento desses autores alemães percebe-se a ideia de uma “preocupação” com o ativismo judicial. Contudo, isso não significa que os referidos autores sejam adeptos da doutrina originalista que busca limitar o papel do intérprete da Constituição à busca da intenção original dos elaboradores da Constituição.³³ Parece que os autores estão mais vinculados à tese de John Hart Ely (*Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*) e Jürgen Habermas (*Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*) de autocontenção judicial (*judicial self-restraint*). Segundo essa teoria, a atuação da jurisdição constitucional deve cingir-se à defesa da lisura do procedimento democrático.³⁴

A experiência da jurisdição constitucional canadense também parece ser muito próxima dessa tese com o seu *weak judicial review*, onde no controle de constitucionalidade das leis, o Tribunal Constitucional se articula política e institucionalmente com o Poder Legislativo.³⁵ Vale

32 Gustavo Zagrebelsky também revela a necessidade de uma atuação “modesta”, “não agressiva” da justiça constitucional, que reconheça uma primazia ao legislador democrático, como intérprete autêntico das concepções éticas e políticas da comunidade e insiste sobre o necessário self-restraint das Cortes e sobre a necessária ética de suas consequências. Cf. Jueces Constitucionales. In: Miguel Carbonell. Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 91-104.

33 Segundo Gustavo Binbenojm, embora antiga, a doutrina originalista foi reavivada na década de oitenta na América, chegando a alçar um de seus ideólogos – William Rehnquist – à presidência da Suprema Corte. Cf. *A nova jurisdição constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 53-54.

34 A corrente doutrinária adepta de um maior ativismo judicial tem em Ronald Dworkin e John Rawls os seus maiores representantes. Esses autores partem da fundamentação moral e universal dos direitos fundamentais e veem no constitucionalismo e no judicial review a garantia da sua indisponibilidade em face de majorias legislativas eventuais. A leitura moral da constituição e a hermenêutica baseada em argumentos de princípios constituem um esforço dos autores para legitimar o papel político decisivo na afirmação dos direitos individuais e na proteção das minorias. Representativo dessa teoria foi a atuação da Suprema Corte Norte-Americana sob a presidência de Earl Warren (1953-1969) e Warren Burger (1969-1986). Cf. Gustavo Binbenojm. Op. cit., p. 53. Sobre as diversas correntes doutrinárias interpretativas da Constituição, consulte-se Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

35 Decisões recentes da Suprema Corte. Beverley McLachlin. Valor Econômico. São Paulo: Nov. 22, 2007.

destacar que essa experiência canadense remete ao debate travado entre Mark Tushnet, Lawrence Tribe e Jeremy Waldron no ano de 2005.³⁶

4 CONCLUSÃO

O ativismo voluntarista do Supremo Tribunal Federal no ano de 2007 revelou uma tendência de judicialização da política diferente dos anos anteriores. Decisões importantes foram firmadas pelos Ministros, especialmente no controle de constitucionalidade por omissão, abrindo, dessa forma, a possibilidade de críticas e inserindo no direito brasileiro o debate originado nos Estados Unidos da América e Europa sobre os limites e legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

As contribuições de Klaus Schlaich e Dieter Grimm são importantes nesse contexto, pois evidenciam a experiência do direito constitucional alemão e de sua jurisprudência, fonte segura da teoria constitucional contemporânea. A advertência dos dois autores alemães para uma maior autocontenção (*self-restraint* ou *weak judicial review*) do Tribunal Constitucional parece apropriada para o Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, as importantes inovações da Lei n° 9.868/1999, especialmente a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade (art. 27), bem como a mudança de orientação da Corte Constitucional brasileira quanto ao alcance das declarações de inconstitucionalidade por omissão, precisam ser compensadas por uma maior participação pluralista e deliberativa da sociedade na hermenêutica constitucional pela via do *amicus curiae* (art. 7°, § 2°).

36 Veja o debate em: <<http://www.dissentmagazine.org>>. Segundo José Ribas Vieira., Tushnet abre o debate de forma radical propondo uma emenda constitucional nos Estados Unidos vedando qualquer juiz norte-americano pronunciar-se a respeito de matéria de constitucionalidade. Esse constitucionalista americano defende que tal missão institucional caberia ao Legislativo. Relata, mas não está de acordo, com a experiência canadense de weak judicial review no qual há uma cooperação entre o Judiciário e o Legislativo. Jeremy Waldron responde que a proposta de Tushnet de acabar com o judicial review é tentadora. Ele está realmente seduzido por ela. Contudo, ele opta pela experiência britânica em que um juiz diante de uma matéria inconstitucional pode apenas apresentar uma declaração de incompatibilidade. Cabe, assim, à Câmara dos Lordes a tarefa final do questionamento de inconstitucionalidade. Tushnet rebate esse argumento lembrando que tanto no Canadá como na Austrália o denominado weak judicial review não funciona de forma adequada. In <http://supremoemdebate.blogspot.com>

DEMOCRACIA E TRANSPARÊNCIA NA GESTÃO PATRIMONIAL – A REDE DE COMUNICAÇÃO DA SPU

DEMOCRACY AND TRANSPARENCY IN THE GOVERNMENT REAL
ESTATE MANAGEMENT – THE SPU COMMUNICATION NETWORK

Gustavo Ferreira Bechelany

Co-autores: Carlos Antonio Morales,

Miguel Batista Ribeiro Neto e Washington Leonardo Guanaes Bonini

SUMÁRIO: 1 A SPU e a rede de comunicação – O portal patrimônio de todos; 2 Construção coletiva com a participação de todos; 3 Recursos; 4 Monitoramento e acompanhamento; 5 O envolvimento de todos – Fator crítico de sucesso; 6 Uma inovação para todos; Referências.

RESUMO O texto apresenta a experiência de construção da Rede de Comunicação da Secretaria do Patrimônio da União (SPU). Iniciativa inovadora de gestão em rede para divulgar notícias, melhores práticas e informações para a sociedade, superintendências regionais e órgão central da Secretaria, sobre a gestão do patrimônio imobiliário da União. Com abordagem democrática e participativa, a Rede congrega atividades de comunicação institucional e gerenciamento do portal eletrônico patrimonioidetodos.gov.br a representantes das 27 superintendências e 5 departamentos do órgão central, denominados “monitores de comunicação” que criam e fazem a manutenção das páginas de seu estado ou departamento, de maneira autônoma e descentralizada, respeitando a cultura regional. Os monitores foram capacitados em noções de jornalismo e tecnologia da informação e exercem as atividades de geração e de publicação das informações de seu estado, dedicando duas horas por semana para as atividades, sem aumento de custos ou descompatibilização das atividades principais do servidor. Em 2009, a Rede de Comunicação foi responsável por 32% do volume de comunicações publicadas pela Secretaria.

A Rede de Comunicação foi constituída com o objetivo principal de melhorar o fluxo de comunicação entre superintendências, órgão central e seus públicos (especialmente o cidadão), dar publicidade e transparência para as ações e iniciativas regionais, uma estratégia de consolidação da gestão participativa e descentralizada preconizada pela Política Nacional de Gestão do Patrimônio da União. Some-se a estes resultados, o objetivo imediato de superar as dificuldades de implantar e gerir o novo portal da forma centralizada e convencional, o que vinha sendo tentado sem sucesso.

PALAVRAS-CHAVE: Rede. Gestão. Comunicação. Patrimônio. União. Notícias. Portal.

ABSTRACT: This text presents the experience of the elaboration and of implementation of the SPU Communication Network, which is the channel of production and publication of news used by this government organ. The network consists of virtual Portal, a set of good practices and rules and of a group of information managers distributed throughout the country. SPU is responsible for the management of the real estate of the Brazilian Federal Union.

KEYWORDS: Network. Management. Communication. Real Estate. Union. News. Portal.

1 A SPU E A REDE DE COMUNICAÇÃO – O PORTAL PATRIMÔNIO DE TODOS

A Secretaria do Patrimônio da União (SPU) tem características distintas das demais secretarias do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP). Formada por um órgão central localizado em Brasília e 27 superintendências, uma em cada unidade da Federação, a SPU busca, seguindo as diretrizes da Política Nacional de Gestão do Patrimônio da União (PNGPU), a efetivação de um modelo de gestão participativa e descentralizada. A construção de um conjunto articulado de instâncias de decisão coletiva, a Diretoria Colegiada (composta pela Secretária do Patrimônio da União, os dois Secretários-Adjuntos e os diretores do órgão central e o Chefe de Gabinete); o Conselho Estratégico (que agrega cinco superintendentes, escolhidos pelos seus pares à composição da DC); os Encontros Nacionais e Regionais (fóruns de discussão e decisão de ampla participação), foi a estratégia imaginada e implantada para instrumentalizar estas diretrizes.

Neste processo de construção coletiva, faltava à SPU um fluxo de comunicação mais efetivo, direto, e de trocas constantes, que apresentasse de forma rápida e eficiente as informações para os servidores e os cidadãos; que permitisse maior transparência de suas ações, possibilitasse maior interação com seus diversos públicos (tanto internos, quanto externos); que oferecesse acessibilidade aos portadores de necessidades especiais; e mais serviços eletrônicos.

Até então não se contava com mais do que algumas páginas no sítio do Ministério do Planejamento que não atendiam a ampla capilaridade da comunicação da SPU, além do que, os poucos recursos tecnológicos disponíveis (página composta somente por texto, sem possibilidade de fotos, imagens, vídeos, áudio, RSS, podcast e outros), aliados à dificuldade de atualização das informações (feita por pessoas de fora da Secretaria – sem conhecimento ou vivência do ramo), não permitiam uma comunicação mais efetiva e próxima com a sociedade.

O esforço para sanar estas dificuldades iniciou-se pela criação de um canal de comunicação eletrônico que congregasse informações sobre o Patrimônio da União de maneira ampla, desde a apresentação da Secretaria e sua atuação na Federação, até informações mais específicas como as ações de identificação, demarcação, cadastramento e regularização fundiária por Estado-Membro. Tudo isso com o uso de recursos diversificados e convergência de mídias, como vídeos, informações georreferenciadas, fotos, ilustrações. Em suma, um Portal com a cara e o modo de ser da SPU.

Em fevereiro de 2009 a solução tecnológica estava pronta, o Portal Patrimônio de Todos já podia ser acessado na net. Contudo, constatou-se que era grande a dificuldade de geração do conteúdo a ser inserido no novo Portal. Inicialmente tentou-se o caminho tradicional, um comando para os chefes de departamento solicitando informações que deveriam compor o conteúdo do portal e o envio regular de notícias sobre as ações realizadas. Entretanto, nada aconteceu. De fato, como selecionar e decidir centralmente as informações e as notícias de interesses tão diversificados? De situações tão díspares? É perfeitamente compreensível que a resposta não viesse, principalmente no prazo esperado.

Passados três meses sem que o novo Portal fosse adiante, a direção da SPU, constatando o imobilismo que se instalara e percebendo que a solução tradicional de designar uma área responsável pela solução não funcionava no campo naturalmente transversal e interdisciplinar da comunicação institucional, optou por uma solução inovadora e arriscada, porém promissora. Definiu que o novo Portal seria posto em funcionamento por meio da gestão em rede a ser criada por adesão e mantida predominantemente com recursos internos, de maneira democrática e participativa. Criou-se então um comitê mobilizador e coordenador responsável por impulsionar a rede provendo apoio e suprimento.

O comitê de comunicação identificou a possibilidade de ampliar e qualificar as informações até então produzidas, baseando-se em experiências de geração e agregação de conteúdo em rede em outras áreas de atuação do próprio governo. Ao contrário da maioria dos portais de governo, o novo portal da SPU deveria permitir, através de um fluxo pré-determinado, que mais de uma unidade alimentasse o sítio com as informações de maneira rápida, eficiente, de forma colaborativa e democrática. Foi a partir desta compreensão que se criou a Rede de Comunicação da SPU.

O primeiro desafio foi o de capacitar monitores de comunicação, em cada estado da União, e também no Distrito Federal, sem que a iniciativa redundasse em novas contratações. Assim, os responsáveis pelo projeto da rede, todos do órgão central, entraram em contato com os 27 superintendentes do Patrimônio da União para que fossem identificados servidores que se adequassem ao perfil desejado. Este perfil deveria ser, de maneira ideal, o de servidores com interesse pela comunicação, que se destacassem pela atenção dada às notícias relativas ao trabalho desenvolvido pela SPU; com conhecimento e capacidade de análise destas informações e espírito de multiplicador.

Estes servidores foram chamados a Brasília, onde foi ministrado um curso de formação de monitores. De maneira objetiva e prática, receberam instrumentos para a feitura das matérias, que sempre deveriam conter dados relativos à ação noticiada, com respostas a perguntas básicas, como: o que é a ação, quando se desenvolveu ou se desenvolverá a ação, onde e como é desenvolvida a ação, porque a SPU desenvolve a ação, e quem são seus beneficiários.

Para atender ao princípio da descentralização, as notícias passariam a ser geradas na fonte, por iniciativa de qualquer servidor e não apenas pelos chefes ou a partir de Brasília. Os monitores também deveriam, como regra, incluir informações sobre as áreas, cidades ou vilas, citadas nas matérias jornalísticas. Esta necessidade surgiu do fato de que, devido à extensão e variedade do território nacional, os servidores de uma região desconhecem as demais. Assim, não bastava informar que a SPU participava de um projeto de regularização fundiária em determinada cidade da região Nordeste. Era preciso que o monitor informasse onde ficava a cidade, qual a sua população, suas características, e as principais questões fundiárias enfrentadas por ela. Além disso, os monitores foram capacitados para construir as páginas dos seus estados com informações de interesse do cidadão de acordo com a cultura e realidade local, aproximando a SPU ao modo de ser e às necessidades da população local.

Criou-se assim uma rede de geração de conhecimento. As notícias veiculadas pela SPU passaram a ser mais completas, mais detalhadas e mais ricas. O jornal virtual *Cá-entre-nós* passou a ser hábito de leitura entre os servidores de todas as superintendências. Com isso, uma nova forma de troca de experiências e soluções de problemas veio enriquecer a gestão, disseminando novas formas de enfrentar velhos problemas, ou de como enfrentar problemas inéditos para uma região já equacionados em outra. Ademais, essas trocas de experiências bem sucedidas complementam as orientações emanadas do órgão central, muitas vezes de difícil aplicação devido ao seu caráter genérico. De forma evolutiva, novas questões e novas soluções são apresentadas, sempre na perspectiva de que a Rede de Comunicação da SPU seja um instrumento de transparência, agilidade, sintonia entre as diversas superintendências e, também, para que o público possa estar permanentemente informado sobre o destino e a utilização dos recursos públicos sob a gestão da SPU.

A garimpagem e a elaboração das notícias são realizadas pelo monitor de comunicação que a publica após a concordância do superintendente e da assessoria de comunicação, que têm a atribuição

de rever e triar as matérias de acordo com as orientações e critérios estabelecidos pela ASCOM e pela ética pública, e de definir o alcance da publicação (internet, jornal interno, mídia etc). A inserção ou exclusão de conteúdos nas páginas dos estados é realizada pelos monitores através de senha personalizada. O conteúdo e o formato destas páginas são de responsabilidade dos monitores, com o acompanhamento do comitê de comunicação.

2 CONSTRUÇÃO COLETIVA COM A PARTICIPAÇÃO DE TODOS

Na elaboração do Planejamento Estratégico da SPU, bem como na formulação da Política Nacional de Gestão do Patrimônio da União (PNGPU), identificou-se a necessidade de mudanças na comunicação institucional para melhorar a efetividade das ações. Com esse enfoque apontado pelas instâncias diretivas da Secretaria (Conselho Estratégico, Diretoria Colegiada e Encontros Nacionais), o Gabinete passou a atuar. Sob a coordenação do Chefe de Gabinete formou-se uma equipe multidisciplinar responsável pela elaboração de um projeto com soluções para a comunicação. Além do Chefe de Gabinete, a equipe foi composta pelo Assessor de Comunicação, o Coordenador-Geral de Gestão Estratégica, o Coordenador-Geral de Tecnologia da Informação, e um Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Esta equipe iniciou as atividades e estabeleceu, como primeira iniciativa, diretrizes para o novo portal, maior interatividade, participação, transparência, disponibilização de serviços eletrônicos, usabilidade, acessibilidade, e convergência de mídias.

Com a solução tecnológica do sítio eletrônico pronta, chegou-se ao momento de inserção de conteúdo na nova ferramenta. O grupo coordenador da iniciativa percebeu que a nova ferramenta permitia a utilização de um conceito inovador na administração de um portal institucional na administração pública: a geração e agregação de conteúdo em rede de forma aberta e participativa.

Neste contexto, a equipe coordenadora do projeto apresentou ao Conselho Estratégico (que aprovou) a idéia de constituição da Rede de Comunicação da SPU, em âmbito nacional, responsável por produzir e alimentar o novo portal com o conteúdo necessário, obedecendo as seguintes diretrizes:

- Os integrantes da Rede (monitores de comunicação) deveriam ser indicados pelo responsável pela superintendência ou departamento do órgão central;

- Deveriam ser escolhidas pessoas que possuíssem bom trânsito pela unidade e detivessem conhecimento do processo de gestão patrimonial;
- Os monitores seriam liberados de suas atividades rotineiras, em média, por duas horas a cada semana para realizar as atividades de monitoria;
- Além da manutenção do portal, os monitores passariam a ser responsáveis pelo envio de notícias para o Assessor de Comunicação, ampliando a capilaridade e qualidade das notícias.

Portanto, a Rede surge como o trabalho integrado, democrático e articulado de diversas esferas técnicas e políticas do órgão central e superintendências regionais, com duas equipes identificáveis: a coordenação do projeto e a Rede de Comunicação composta pelos 32 monitores de comunicação (27 das superintendências regionais e cinco dos departamentos do órgão central).

A efetivação da Rede de Comunicação da SPU deu-se a partir da seguinte seqüência de ações: indicação dos monitores de comunicação pelos superintendentes ou diretores do órgão central; capacitação dos monitores em comunicação (noções de jornalismo) e noções de tecnologia da informação que permitisse a inserção de conteúdo no portal e a construção das páginas dos estados pelos próprios monitores; lançamento do novo portal, e envio sistemático e periódico de notícias.

Os superintendentes e diretores foram orientados a convidar, para a função de monitor, servidores com bom trânsito na sua unidade e conhecimento generalista de todo o processo de gestão do patrimônio. Deixou-se claro que a monitoria seria incorporada às atividades desempenhadas pelo servidor, sem acréscimo de tempo de trabalho, ou seja, alguma substituição de tarefas deveria ocorrer. Portanto, o servidor deveria possuir interesse pessoal por desenvolver atividades de comunicação, ainda que não houvesse a obrigação de formação na área.

A capacitação dos monitores foi etapa crucial para o sucesso do projeto. Conduzida e ministrada pelos membros da equipe coordenadora do projeto, especialmente o Assessor de Comunicação e o Coordenador de Tecnologia da Informação, foi realizada com boa dose de informalidade e utilizou dinâmicas que geraram ambiente de participação na construção de conceitos e sistemáticas da rede que permitiram alto grau de motivação e comprometimento dos envolvidos.

As avaliações dos participantes das quatro turmas de capacitação, divididas por região e realizadas de julho a setembro em Brasília, apresentaram média geral de satisfação de 9,08 (em escala de 0 a

10). Cabe destacar algumas das manifestações no campo aberto dos formulários (preenchidos anonimamente) para críticas e sugestões, que demonstram bem o clima de aprendizado coletivo em que se deu a capacitação e que possibilitou a constituição da Rede de Comunicação com formato dinâmico e integrado, como segue:

- “O curso foi ótimo e produtivo”.– retirado de avaliação da Turma Centro-Oeste
- “Dentre os cursos ou treinamentos que participei na SPU, com certeza, este foi o melhor” – retirado de avaliação da Turma Nordeste
- “Por fim, parabéns aos instrutores pela excelente atuação em sala (domínio dos assuntos, didática, atenção e tratamento). Parabéns” – retirado de avaliação da Turma Norte

O último dia da capacitação (cuja duração foi de três dias para cada turma), foi dedicado à construção da página de cada superintendência ou ações relevantes das diretorias do órgão central, com a inserção de conteúdo. Os monitores realizavam, na prática, a junção dos conceitos de comunicação e tecnologia, e construíam o primeiro esboço do que seria a página de sua superintendência. Essa estratégia garantiu que no último dia de capacitação da última turma, todas as superintendências e principais ações das diretorias, já estivessem inseridas no portal, bastando realizar manutenções posteriores.

Ao longo do curso foram repassadas aos monitores as técnicas utilizadas para a produção de conteúdo na internet, fazendo com que o texto produzido fosse atrativo ao público-alvo, além de agregar conceitos de *governo eletrônico*, *e-democracia* (participação do cidadão na formulação e execução de políticas públicas), interatividade com o cidadão e transparência das ações públicas.

O lançamento do novo portal da SPU (www.patrimoniiodetodos.gov.br) foi o mote do XII Encontro Nacional de Gestão Estratégica, com a participação de toda a cúpula decisória da SPU, bem como de membros da Secretaria de Comunicação da Presidência da República e outros interessados no tema.

Desde setembro de 2009, data de formação da última turma de monitores, o fluxo de comunicações emitidas pela SPU apresentou elevado acréscimo quantitativo e ganhos qualitativos relevantes, uma vez que são elaboradas por pessoas que conhecem a realidade local e que detêm maior conhecimento técnico sobre as questões, sem, entretanto, perder o aspecto jornalístico necessário para a divulgação ao cidadão.

3 RECURSOS

Uma vez que a constituição da Rede de Comunicação não demandou a contratação de novos servidores, tampouco de gastos com a capacitação (as capacitações foram realizadas por integrantes da própria Secretaria e a ENAP, como parceira da SPU, apoiou a iniciativa cedendo o espaço para realização dos treinamentos) os únicos custos financeiros foram com relação aos deslocamentos dos monitores de comunicação de unidades fora do Distrito Federal, para a primeira capacitação dos monitores. Considerando-se um custo médio de R\$500,00 com passagens, e três diárias por pessoa, período de duração do curso, com custo médio de R\$250,00, a primeira capacitação teve um custo total médio de R\$43.750,00.

O segundo encontro dos monitores aconteceu em Salvador-BA, com foco no aprimoramento dos conhecimentos e desenvolvimento em conjunto de um padrão-mínimo para as notícias e as páginas do portal, além de dar noções de tratamento de imagem e webdesign. Com uma duração maior (cinco dias), em virtude da quantidade e complexidade dos temas tratados, teve um custo total de R\$72.000,00 com os deslocamentos (passagens e diárias).

Desta forma, o grande diferencial da Rede de Comunicação da SPU é a motivação, o engajamento e o comprometimento das pessoas. Nesse contexto, os recursos humanos são o grande aspecto distintivo da Rede. Tanto no nível de coordenação, quanto no nível operacional (execução das atividades de monitoria), o uso de recursos internos, através da troca de experiências e convergências de ações, foi o ponto chave desta iniciativa de inovação na gestão.

Uma vez que os custos envolvidos foram relativamente baixos, a boa utilização dos recursos tecnológicos já existentes, que possuíam funcionalidades avançadas de comunicação e aspectos de usabilidade e acessibilidade, propiciou a constituição da Rede de Comunicação da SPU.

Os recursos humanos, por sua vez, compõem o grande diferencial da Rede. É através da dedicação e empenho dos monitores de comunicação, que se engajaram de maneira comprometida com as necessidades e preceitos de transparência, publicidade e eficiência, que se garantem as trocas mútuas entre os nós da Rede.

Essas trocas propiciam crescimento, melhoria de procedimentos, solução de problemas... Ou seja, propiciam um fluxo de comunicação contínuo, efetivo e descentralizado que dá o salto qualitativo à iniciativa. Nesse contexto, a perceptível melhoria do ambiente de trabalho comprova a riqueza do papel humano da iniciativa, uma vez que

características locais passaram a compor as notícias e comunicações, e o processo de mudança cultural, com a atuação mais participativa dos servidores locais, permitiu que estes passassem a se enxergar de maneira mais efetiva nos resultados da Secretaria.

4 MONITORAMENTO E ACOMPANHAMENTO

O monitoramento é feito por meio de banco de dados que quantifica o volume de notícias publicadas e trata a temática das notícias de acordo com preceitos da Política Nacional de Gestão do Patrimônio da União (PNGPU), permitindo avaliação qualificada das comunicações emitidas e o cruzamento de dados que gera insumos para o grupo coordenador da Rede. O monitoramento quantitativo e qualitativo de elaboração de notícias, bem como as estatísticas de acesso do portal, permitem análises, apontam tendências, necessidades e pontos de melhoria, bem como setores que podem necessitar de apoio e acompanhamento mais próximo. Cabe destacar que essas análises não objetivam nenhum tipo de classificação ou ranking para premiar ou penalizar atores. Pelo contrário, esse mapeamento possibilita uma fotografia da dinâmica da Rede e, conseqüentemente, identificação de pontos que estão mais efetivamente inseridos no fluxo de troca de notícias, assim como aqueles que podem estar com dificuldades de atuação na rede.

Desde a formação da primeira turma de monitores, em julho de 2009, começou-se a produzir notícias através do estreitamento das relações entre as superintendências, por meio de seus monitores, e o órgão central, com a Assessoria de Comunicação da SPU.

Por isso, ainda que não seja possível mapear e mensurar todos os resultados que a rede produza, uma vez que as relações entre seus integrantes se dêem de maneira totalmente descentralizada e autônoma, é possível ter uma idéia de seus resultados através de alguns dados, mensuráveis como o volume de notícias enviadas por semana.

Desde o início de seus trabalhos, a Rede de Comunicação produziu, ao todo, 422 notícias até maio de 2010 e construiu 437 páginas no novo Portal da SPU.¹

Somente em 2009, foram emitidas 485 edições da publicação virtual “Cá-entre-nós”, veículo de comunicação da SPU que alcança todos os servidores e vários parceiros da Secretaria do Patrimônio da União (algumas dessas são divulgadas pela Assessoria de Imprensa do Ministério do Planejamento e utilizadas em veículos de comunicação

1 Dado de 15 de junho de 2010.

externos). Destas 485 edições, 156 foram com matérias produzidas pelos monitores de comunicação. Em números relativos, pode-se afirmar que a rede de comunicação foi responsável por 32% de todas as comunicações enviadas via “Cá-Entre-Nós” no ano. Isso significa maior fluxo de informação, servidores com maior acesso ao que acontece nas diferentes unidades da Secretaria, maior troca de experiências, divulgação de melhores práticas e outros benefícios, alguns não mensuráveis, que surgem através das interações entre os nós da rede. Considerando-se que somente de 01 de janeiro a 10 de maio de 2010 a Rede já produziu 266 matérias, é possível projetar que ela será responsável por mais de 50% de todo o volume de comunicações emitidas pela Secretaria para seus diversos públicos, em 2010.

Toda matéria produzida pelos monitores passa pelo crivo do Assessor de Comunicação que decide por sua publicação, devolução ao monitor para correções ou pelo não-aproveitamento da matéria. Da mesma forma, toda inserção de informações no portal, passa pela aprovação do Superintendente Regional (autoridade máxima na regional) para inserção no Portal. Esses níveis de controle garantem a qualidade das informações disponibilizadas.

Além disso, a Coordenação-Geral de Gestão Estratégica utiliza banco de dados que garante o monitoramento quantitativo de comunicações, além de fazer análise qualitativa das publicações, cotejando as notícias com os desafios estratégicos da PNGPU.

5 O ENVOLVIMENTO DE TODOS – FATOR CRÍTICO DE SUCESSO

Um dos principais fatores de sucesso da iniciativa foi o engajamento dos monitores de comunicação, os verdadeiros organismos que mantêm a rede viva. É o elemento que garante o sucesso da inovação. Alguns dos próprios monitores de comunicação manifestaram que a adesão ao projeto, que inicialmente pareceu simplesmente a aquisição de mais trabalho, trouxe nova motivação e alegria para suas atividades. Manifestações como a da monitora da Superintendência do Patrimônio da União do Distrito Federal (SPU/DF), que declarou em reunião da equipe que a Rede “... *trouxe um motivo para adiar um pouco mais a aposentadoria...*”, demonstram que a Rede trouxe a quebra da rotina dos trabalhos burocráticos, resgatou pessoas e desenvolveu competências em talentos que estavam presos às obrigações do dia-a-dia. Isso certamente tem reflexos na satisfação e bem-estar dos servidores e, conseqüentemente, nos resultados das ações para a sociedade.

A constituição do grupo de coordenação da Rede, com composição de membros das áreas de Comunicação, Tecnologia da Informação, Gestão Estratégica e Gabinete, permitiu que os principais temas relativos à Rede tivessem correto encaminhamento, norteados a Rede de maneira efetiva em direção aos preceitos da PNGPU.

A atuação e o comprometimento da direção, em especial o envolvimento direto da Secretária do Patrimônio da União na consecução do projeto, com posicionamento claro da autoridade máxima do órgão, sinalizando a importância estratégica do projeto, resultou em amplo comprometimento e foi decisivo para o seu sucesso.

Obviamente, algumas melhorias devem seguir. A rede ainda depende muito dos monitores, é preciso avançar para uma rede totalmente aberta, em que qualquer servidor da SPU, não só os monitores, contribua para o Portal, com notícias ou novos conteúdos, por uma inovação na gestão que envolva o maior número de pessoas, de modo remoto, contando com a internet, e mobilizando os recursos disponíveis internamente. O funcionamento da rede serve também como exercício continuado de aprendizado para a organização, colocando os servidores diante do desafio de absorver os impactos da tecnologia da informação de modo positivo. A rede tirou o portal da inércia, além de ser modo inovador de gerar conteúdos e de ser um modo mais eficaz de produzir resultados efetivos, criando uma dinâmica superior ao modo usual e tradicional, e de ter dado uma cara nacional ao portal. Desta forma, de que modo esta lição pode ser replicada para gerar mais eficiência na gestão?

6 UMA INOVAÇÃO PARA TODOS

Em um país como o nosso, no qual o pacto federativo prevê a descentralização de atividades, um órgão que atua de maneira regionalizada e descentralizada como a SPU deve buscar a maior proximidade possível com a realidade local na execução de políticas públicas nacionais. Conteúdos construídos e gerados de maneira descentralizada, mantendo, contudo, as ações coordenadas e o discurso coerente, com gestão em rede de forma participativa, utilizando recursos tecnológicos de ponta, produzem os melhores resultados.

A rede produz informação e troca de conhecimento, de modo fluído, com ganhos palpáveis para os beneficiários da política que a SPU desenvolve. A rede eleva o status, a autoconfiança, a preocupação com a qualidade e a acurácia dos seus membros na medida que lhes confere autonomia e responsabilidade.

O caráter inovador da experiência não se restringe à exploração intensiva das potencialidades tecnológicas das ferramentas manejadas. Com efeito, a idéia (e a prática) de construir coletivamente o conhecimento, e de compartilhar, interna e externamente, as experiências mais relevantes da execução da Política Nacional de Gestão do Patrimônio da União, é também uma aposta, continuamente reforçada a cada contribuição dos Monitores de Comunicação, de que a gestão de valores como democracia, transparência e controle social é um processo criativo que pode transformar as instituições de dentro para fora, harmonizando-as com as mudanças em curso na própria sociedade.

REFERÊNCIAS

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

SAULE JÚNIOR, Nelson, et al. *Manual de regularização fundiária em terras da União*. São Paulo. Instituto Polis; Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2006.

Política Nacional de Gestão do Patrimônio da União. Disponível em: <<http://patrimoniode todos.gov.br/politica-nacional-de-gestao-do-patrimonio-da-uniao-pngpu>>. Acesso em: 21 jul. 2010.

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

João Pereira de Andrade Filho

*Advogado da União lotado na Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento,
Orçamento e Gestão – CONJUR-MP; Ex- Procurador do Estado do Espírito Santo.*

Sumário: Introdução; 1 A Separação dos Poderes e o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal na edição de súmulas Vinculadoras. Ilegitimidade para editar súmulas com conteúdo geral e abstrato acerca de matéria não versada diretamente pela Constituição; 2 Da Súmula Vinculante nº 13; 2.1 A edição da súmula e a necessidade de regulação do tema por meio de Lei. O Princípio da preferência de lei; 2.2 Críticas ao conteúdo da súmula vinculante n. 13. Restrições amplas e incondicionadas; 3 Regulamentação da Matéria no âmbito da Administração Pública Federal. Edição do decreto nº 7.203 de 2010; 4 Conclusão.

RESUMO: O tema a ser abordado neste articulado 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 abordagem tomará em consideração o conceito de nepotismo adotado pelo STF, analisando as suas implicações diretas na autonomia administrativa e organizacional dos órgãos do Poder Executivo, no intuito de apontar de que maneira essa modalidade de controle jurisdicional poderia macular o dogma constitucional da separação harmônica entre os Poderes (art. 2º CF/88).

O raciocínio desenvolvido ao longo do articulado funda-se na premissa da impossibilidade de o STF editar súmulas de conteúdo abstrato e genérico a pretexto de preencher vácuos legislativos na regulamentação e densificação de princípios constitucionais (in casu, moralidade e impessoalidade).

Pretende-se construir o argumento segundo o qual a súmula vinculante não seria o instrumento (instituto) adequado para tratar de matéria (vedação ao nepotismo) envolta de tantas peculiaridades e minúcias, de modo a reforçar a premissa de que o STF teria agido de maneira ilegítima ao editar o enunciado nº 13.

PALAVRAS-CHAVE: Nepotismo. Administração Pública. Autonomia. Súmula vinculante nº 13. Legalidade e juridicidade. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The topic discussed in this statement confines itself to examining the legal content of Stare decisis 13 of the Supreme Court - STF - which deals with the prohibition of the practice of nepotism - and its impact on freedom of action of Direct and Indirect Public Administration.

The approach takes into account the concept of nepotism adopted by the Supreme Court, analyzing its implications on organizational and administrative autonomy of executive power's organs, in order to indicate how this form of judicial control could taint the constitutional tenet of Powers harmonic separation (art. 2 CF/88).

The reasoning developed during the pleading is founded on the premise of the impossibility of the Supreme Court edit abstract and generic contents in order to fill legislative gaps under the guise of regulation and densification of constitutional principles (In casu, morality and impersonality).

It is intended to build the argument that a *Stare decisis* would not be the adequate instrument (institute) to deal with this matter (seal nepotism), involved in so many peculiarities and details, reinforcing the premise that the Supreme Court acted in a illegitimate manner when edited the statement No. 13.

KEYWORDS: Nepotism. Public Administration. Autonomy. *Stare decisis* 13. Legality and Lawfulness. Supreme Court.

INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado neste articulado 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 (art. 2º CF/88).

Com efeito, serão apreciadas questões relativas: ao âmbito de aplicação da súmula vinculante nº 13; 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 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.

1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O PAPEL EXERCIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 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 tracejados pela Constituição Federal de 1988 acerca da divisão orgânica de Poderes conduz à idéia de que o nosso Constituinte, inspirando-se em modelo típico do constitucionalismo moderno, optou por cometer as funções a cargo do Estado diferentes *Poderes (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, como dito, 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 (art. 52, inciso I, da Constituição Federal); do mesmo modo que o Executivo, também atipicamente, poderá inovar na ordem jurídica, criando o *jus positum* através da edição de medidas provisórias em casos de relevância e urgência (art. 62 da CF/88); e o Judiciário, a sua vez, também exerce função legislativa, quando um Tribunal elabora seu próprio regimento interno (art. 96, inciso I, alínea a, da CF/88), 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 Supremo

Tribunal Federal - 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 esta indagação, ao menos em nosso entendimento, impõe-se no sentido de que a edição de súmula vinculante tipifica-se como um ato de cariz jurisdicional. Senão vejamos.

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:

Art. 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. (Grifo do autor)

Conforme se vê, o parágrafo primeiro do art. 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 vinculante nº 13: nos termos em que editada e redigida, a súmula 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 desta situação foi muito bem sintetizada nos seguintes questionamentos formulados por Luiz Flávio Gomes:

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?¹

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

2 DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13

1 GOMES, Luiz Flávio. *Súmula vinculante nº. 13: o STF pode proibir o nepotismo?* Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 26 agosto. 2008.

2.1 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 regulamentando 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 Estado²; a supervalorização da eficácia jurídica dos princípios constitucionais; o robustecimento da atuação jurídica e política do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional (ativismo judicial).

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 quem cabe aplicar a 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 através do ‘Direito Judicial’ envolve, sem dúvida alguma, a correta

² Essa ideia de crise de Legalidade é bastante bem abordada por Gustavo Binenbojm no artigo “O Sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coordenadores). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. São Paulo: Fórum. p. 145-204.

demarcação entre o papel do Poder Judiciário na concretização dos princípios constitucionais e a função do Parlamento em regular condutas administrativas através da 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 esses princípios constitucionais. Por outro lado, a definição *do que* seria nepotismo, de qual seria a extensão à vedação a essa prática, de que situações não se enquadrariam nesse conceito, constituem matérias de índole constitucional – já que envolvem a densificação de princípios da Carta Magna – que necessariamente deveriam ser submetidas ao processo político majoritário.

Contudo, esse não foi o entendimento abraçado pelo Supremo Tribunal Federal, que 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 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 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 (Grifo do autor)

À evidência, o entendimento de que a regulação do tema prescinde de Lei não é capaz de esconder que a edição da súmula n. 13 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 (consangüíneo ou por afinidade); determinou até que grau (terceiro) estende-se a vedação do nepotismo; 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, *et coetera*, 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 de 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 dito, em termos expressos, que a concretização do princípio da moralidade e da impessoalidade são questões sujeitas a alguma espécie de reserva de lei³, parece extremamente razoável sustentar que o tratamento da matéria através de uma Lei Nacional seria muito mais adequado – notadamente à luz do

3 Sobre as espécies de reserva de lei, vide MENDES, Gilmar Ferreira et al. 4.ed. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 333 e seguintes.

princípio da segurança jurídica - do que editar uma súmula vinculante para regular tema tão amplo e cercado de tantas peculiaridades.

Não se estar 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, através de edição de atos normativos regulamentares.

Ao invés de uma reserva absoluta de lei, apregoa-se que haja uma *preferência de lei*⁴ no tratamento da vedação ao nepotismo, em ordem a definir, mediante edição de uma Lei Nacional, o regramento padrão acerca da matéria, abrindo-se 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 na Lei Nacional. Esse é o exato sentido do princípio da *preferência de lei*⁵.

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 esse mesmo estado-membro, com escopo de coibir a prática do nepotismo no âmbito de sua Administração Pública, regulamente a matéria na referida Lei, tratando do tema de modo diverso ao disposto na súmula vinculante n° 13, ao vedar, por exemplo, o nepotismo em termos menos amplos (*verbi gratia*: extensão da vedação apenas até o

4 Poder-se-ia sustentar, pelas mesmas razões expostas, que houvesse uma reserva relativa de Lei em relação ao Tema.

5 "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, Gustavo. O Sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. in ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coordenadores). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. São Paulo: Fórum, p. 164.

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: aquele previsto na súmula vinculante nº 13 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 na possibilidade de serem ajuizadas reclamações contra atos administrativos praticados em obediência aos termos da Lei Estadual, mas em desacordo com a súmula vinculante; ou mesmo indagar se a posterior edição de Lei cujo conteúdo seja diverso daquele constante da súmula vinculante 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, onde 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.

2.2 CRÍTICAS AO CONTEÚDO DA SÚMULA VINCULANTE N. 13. RESTRICÇÕES AMPLAS E INCONDICIONADAS.

O conteúdo da súmula, tal como redigida, alcança situações até certo ponto esdrúxulas, mas, de outro lado, deixa de fora da vedação situações que, em certa medida de valoração política, mereceriam estar sob o abrigo da proibição. Alguns exemplos facilitarão ao compreensão do que acabou de ser dito.

Um servidor ocupante de cargo efetivo que seja 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 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, já 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 fez menção ao requisito da subordinação, ou fez 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 nos exemplos acima não ofendem, em termos jurídicos, a Constituição Federal e 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 nº 13 foi posta em evidência na prática de atos administrativos levados a cabo pelo próprio STF.

Conforme amplamente divulgado na mídia⁶, 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 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.

3. O teor da proposta será levado ao conhecimento da imprensa e do público, após a apreciação dos Senhores Ministros. (Grifos do autor)

O teor da nota não é capaz de esconder dois grandes equívocos cometidos pelo STF ao editar referida súmula; um, a ilegitimidade de o Supremo, usurpando funções atribuídas ao Legislativo e ao Executivo (Poder Regulamentar), regular de modo abstrato e genérico a matéria; e dois, 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.

6 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>>

Ainda a propósito das incoerências ínsitas à redação da súmula nº 13, 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 acima ventilados estão a demonstrar, 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.

3 REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. EDIÇÃO DO DECRETO Nº 7.203 DE 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 nos 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 também a contratação por necessidade temporária de excepcional interesse público, desde que não seja precedida de regular processo seletivo; e 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 se 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.*”

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 art. 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. Vejamos:

Art. 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 art. 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 mais minudente, detalhado, do tema, fato que também atesta, uma vez mais, o desacerto do STF em procurar chamar para si, através da edição de um enunciado de súmula vinculante, a tarefa de regulamentar tema envolto de tantas particularidades.

4 CONCLUSÃO

De tudo quanto se expôs, é lícito concluir:

- a) ao vedar a prática do nepotismo através 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;
- b) a regulamentação levada a efeito pela súmula n. 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;
- c) embora Constituição não estipule nenhuma 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.

5 REFERÊNCIAS

GOMES, Luiz Flávio. *Súmula vinculante n.º 13: o STF pode proibir o nepotismo?* Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 26 ago. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. 4.ed. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINEBOJM, Gustavo. O Sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coordenadores). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. São Paul: Fórum.

O INSTITUTO JURÍDICO DO PLANEJAMENTO

THE LEGAL INSTITUTE OF PLANNING

Juliano Ribeiro Santos Veloso

Procurador Federal/Advocacia Geral Da União

*Bacharel em Administração Pública pela Escola de Governo de Minas Gerais/
Fundação João Pinheiro. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG.
Pós Graduado em Gestão de Negócios/Banking pela Fundação Dom Cabral. Pós
Graduado em Direito Processual Civil LFG/UNAMA*

RESUMO: Na constituição federal brasileira, o instituto jurídico do Planejamento é mencionado 99 vezes, por meio dos termos “plano” (48 vezes), “planejamento/planejar/planejada” (11 vezes) e “programa”(40 vezes), em mais de 40 artigos, estando presente em quase 16% de todo o texto constitucional. Todavia, é um tema ainda pouco estudado no Direito, fato que causa miopia aos seus operadores, e dificulta, sobretudo, a atuação dos gestores públicos, uma vez que, por meio de ações / 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 se 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 prazo de forma democrática, atendendo o interesse público. Isto é, o presente artigo tentará demonstrar a importância do seu estudo 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.

PALAVRAS CHAVE: Planejamento. Constituição Brasileira. Instituto Jurídico. Direito Constitucional. Direito Social. Efetivação de Direitos . Ativismo Judicial. Controle do Poder Executivo. Políticas Públicas

ABSTRACT: In the Brazilian Federal Constitution, the legal institution of Planning is mentioned 99 times, using the terms “plan” (48 times), “planning / planning / planned” (11 times) and “program” (40 times), in more than 40 articles, found in nearly 16% of the whole constitutional text. However, it is a topic not yet studied by the law, a fact that causes myopia to its operators, and difficult, especially the role of public managers, since, through actions / decisions and legal interpretations are not able to apply this institute holistically, which is, in turn, by the perceived correlation between related legal institutions, such as control, implementation, evaluation and efficiency. Just a simple reading of the constitutional text to verify that it is rather complex issue, because the planning must be done for the various types of financial, human resources, materials, technology, the respective powers of the Union, states and municipalities, in the short , medium and long term, in a democratic manner, taking into account the public interest. That is, this article attempts to demonstrate the importance

of its study, and mainly provide concepts and ideas to law enforcement officers in order to mitigate the imbalance between freedom and control, allowing the realization of constitutional desiderata.

KEYWORDS: Planning. Brazilian Constitution. Legal Institution . Constitutional Law. Social Law. Right Effectiveness. Judicial Activism . Control Of The Executive. Public Policy

Na constituição federal, o instituto jurídico do Planejamento é mencionado 99 vezes, por meio dos termos “plano” (48 vezes), “planejamento/planejar/planejada” (11 vezes) e “programa”(40 vezes), em mais de 40 artigos, estando presente em quase 16% de todo o texto constitucional. Estas menções acima são literais, mas há outros artigos que tratam de planejamento sem ser de forma literal, o que vem a corroborar a sua grande abrangência.

Todavia, é um tema ainda pouco estudado no Direito, fato que causa miopia aos seus operadores, e dificulta, sobretudo, a atuação dos gestores públicos, uma vez que, por meio de ações / 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 prazo de forma democrática, atendendo o interesse público.

Isto é, o presente artigo tentará demonstrar a importância do seu estudo 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.

Neste primeiro momento, necessário se faz entender que o “planejamento” é um instituto jurídico porquanto, por meio dele, cria-se, modifica e extingue direitos, produzindo efeitos jurídicos dos mais diversos, além de permear todos os tipos de status de normas, que vão desde a Constituição até os regulamentos¹.

¹ Em função do limite de tamanho imposto a este trabalho, serão feitas algumas considerações sintéticas. Alguns autores distinguem o jurídico do técnico (não necessariamente o planejamento), sem fazer uma caracterização cientificamente coerente. Neste trabalho, parte-se do pressuposto que o planejamento é um instituto jurídico porquanto além de estar presente em diversas normas, é capaz de gerar direitos, na

Como bem coloca CARVALHO FILHO, a realização de muitos direitos exige um planejamento adequado e, apesar deste autor entender que muitos pedidos sejam juridicamente impossíveis em função disto, entendemos que é justamente por meio deste instituto, que a efetivação dos direitos sociais pode ocorrer 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* (grifo nosso)²

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 art. 174 caput e §1º, quando determina que o planejamento é determinante para o setor público, devendo ser fixadas diretrizes e bases.

Art. 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.

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." (pag 62. REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27 ed ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.) "O conceito de modelo, em todas as espécies de ciências, não obstante as suas naturais variações, está sempre ligado à idéia de planificação lógica e à representação simbólica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma sequência ordenada de medidas ou prescrições". (pag 184. REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27 ed ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.). "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. (pag 03)... 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) (Pag.79)" (GUSMÃO, Paulo Dourado. Introdução ao Estudo do Direito. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006).

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativa. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 107-125.

Há outros momentos em que o Planejamento é uma regra, que deve ser cumprida, como, por exemplo, nos artigos 165 e 166, quando estabelece o Plano Plurianual e as leis orçamentárias.

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

O Planejamento como previsto no ordenamento jurídico pátrio pode ser definido como o método utilizado em nível nacional, regional, estadual, metropolitano, municipal e setorial, pelo qual são alocados os recursos financeiros, materiais, humanos, tecnológicos e operacionais, estabelecendo diretrizes, objetivos e metas, no curto, médio e longo prazo, de modo a alcançar os fins constitucionais e legais de forma concreta e efetiva, por meio valores democráticos, permitindo a participação da sociedade na sua elaboração, consecução, controle e avaliação, como condição de validade e efetividade.

O Planejamento é um método porquanto é um procedimento técnico com o fito de alcançar objetivos, que pode variar dependendo 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, que são 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, um método que pode gerar os mais diferentes resultados, o que dependerá de suas regras e organização.

Desde já, percebe-se que a variável política³ é inerente ao Planejamento, está contida nele de forma indissociável. A forma como ele é elaborado determinará o resultado do mesmo. Em outras palavras, o cidadão tem o direito de participar do planejamento porquanto 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. Isto é, reuniões, dinâmicas, audiências

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

públicas são arenas visíveis onde os governos devem conduzir o Planejamento das políticas públicas. E, ao final, ele deve ser visível em um documento escrito e inteligível para o homem médio⁴.

A compreensão deste método por parte da sociedade é de fundamental importância para a própria efetividade do mesmo. A consensualidade entre governo, empresas e sociedade é condição para gerar o comprometimento e credibilidade. A cidadania como fundamento da República (art. 1º da CF/88) ganha no planejamento um relevo fundamental. É por meio da cidadania, da participação popular que se torna possível identificar as necessidades e prioridades em nível 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.

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 a 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 (art 21, 43 CF), estadual (204, I), metropolitano (art. 25, §3º), municipal (art 29 e 30) e setorial (art 58, VI, 165, §4º).

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

A classificação em termos de políticas públicas⁵ se divide em: agrícola (art 187), previdenciária (art. 202), educação (art.208, 212, §3º, 214, 30, VI), cultura (215, §3º, 216, §6º), juventude (art. 227) e idoso (art 230), habitação e saneamento básico (23, IX), reforma agrária (184, §4º), assistência social (204,I e parágrafo único), transporte (art 208, VII), alimentação (art. 208, VII), saúde (art. 227, §1º), assistência ao deficiente (art. 227, §1º, II), prevenção do uso de entorpecentes (art.

4 Há diversas técnicas para a elaboração do planejamento que não serão objeto aqui porquanto fogem diretamente ao conteúdo jurídico aqui abordado. Mas é interessante frisar que toda a Administração Pública, seja ela no Executivo, Judiciário ou Legislativo estão se familiarizando como o chamado Planejamento estratégico, facilmente visualizado nos endereços eletrônicos destes órgãos).

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

227, §3º, VII), idoso (230, §1º) e fundo de erradicação à pobreza (art. 79 do ADCT). Não quer dizer que o planejamento não esteja elencado em outras políticas, mas 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 (art. 4º abaixo), 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, deste modo. O plano plurianual assim define programa para os seus próprios fins:

Art. 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 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.

Nesta linha, a Constituição enfatiza a necessidade de planos de carreira (art 198, §5º - agente comunitário de saúde e combate a endemia, art 206- educação), e incentivos, avaliando a qualidade e produtividade, realizando 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, e nem precisava, porquanto trata-se de concepção principiológica tão importante quanto a da moralidade, insculpida no art. 37 da Lei Maior. O risco de desperdício de recurso e outras mazelas da Administração Pública é tão relevantes sem o planejamento, que qualquer atividade que não conste previsão orçamentária é nula (art 167, I), mesmo porque o planejamento é determinante para o setor público no desenvolvimento da atividade econômica (art.174, caput).

O Planejamento estabelece diretrizes, objetivos e metas (art 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). Lembrando que todos eles devem guardar consonância entre eles (art. 165, §4º).

Esta 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, necessário se faz 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 um determinado percentual 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.

Por outro lado, 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, onde a sociedade diretamente ou por meio de seus representantes determinará onde, quanto, como, quando, por quem os recursos do erário serão alocados de modo a atender o chamado 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 chamar de Processo Administrativo de Resultado.

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

O controle do planejamento orçamentário é previsto nos artigos 48, IV, 58, VI, 72 e 74, 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 art. 214 é um bom exemplo de tudo que foi explicado acerca do instituto do Planejamento:

Art. 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 10 anos, e será elaborado por meio de lei, onde e quando poderá haver a participação da sociedade, fazendo críticas, propondo idéias, 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 dos mesmos. Caberá ao juiz competente identificar no Plano Nacional qual o caminho a ser respeitado, ou determinando prazo para a Administração contratar, realocando professores de outras escolas temporariamente. A verificação do Planejamento é necessária na delimitação da ilegalidade e da discricionariedade.

Deste 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 remédio, construção de hospitais, etc.

As decisões que comportam o chamado ativismo judicial devem ser delimitados 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:

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.⁶(grifos nosso)

[...] há de se resgatar *o direito como instrumento de planejamento urbano*, sua relação com o processo de reprodução social e de produção do espaço urbano, de que fala Fernandes

Tendo, pois, como objeto a ordem urbanística, a governança significa processo de planejamento urbano integrado, de construção de matrizes cognitivas e normativas compartilhadas, de intervenção ou de regulação da esfera privada, no tocante às dinâmicas que envolve o solo urbano, por meio de arranjos democráticos capazes de sustentar a discursividade para a conciliação dos interesses presentes no território, pela lógica funcional da propriedade, da posse, da cidade e dos investimentos. Pressupões, por fim, governança dos meios para atingimento dos fins coletivos [...].⁷

Como lembra Binenbojm (2008, p 296), “*Os mecanismos fundamentais de participação e controle social sobre a atividade administrativa são as audiências públicas, as consultas pública 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

6 ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura. La Revisión Judicial de Las Políticas Sociales: estudio de casos. Buenos Aires: Del Puerto, 2009. P. 325

7 PEREIRA, Maria Fernandes Pires de Carvalho. O Estatuto da Cidade e as perspectivas de novas receitas municipais. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). Políticas públicas: possibilidades e limites. Belo Horizonte:Fórum. 2008. Pag 183.

formulação da política e a atividade de planejamento, mas as escolhas 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.⁸

Fazendo referência a MILESKI, e Marília Santos, destaca Binenbojm, no pé de página:

Em relação ao planejamento, tem-se como imprescindível sua utilização, uma vez que é o meio capaz de forma adequada e pertinente os recursos disponíveis, 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 tal, 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 tanto, um ensejo de opção entre os objetivos (havendo, portanto, uma hierarquização) a qual depende dos agentes através de uma escolha de prioridades.⁹

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

8 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. – 2 ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p 296.

9 Id., 2008, p 222.

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. Tendo em vista a limitação de espaço, 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.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (org). *La Revisión Judicial de Las Políticas Sociales*: estudio de casos. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9 ed atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: Problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativa. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 107-125.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006

PEREIRA, Maria Fernandes Pires de Carvalho. O Estatuto da Cidade e as perspectivas de novas receitas municipais. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum. 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

O ATIVISMO JUDICIAL E UM NOVO MARCO JURÍDICO- GERENCIAL DEMOCRÁTICO

Juliano Ribeiro Santos Veloso

Procurador Federal/Advocacia Geral Da União.

*Bacharel em Administração Pública pela Escola de Governo de Minas Gerais/
Fundação João Pinheiro. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG.
Pós Graduado em Gestão de Negócios/Banking pela Fundação Dom Cabral. Pós
Graduado em Direito Processual Civil LFG/UNAMA.*

SUMÁRIO: 1 Predisposição à Intervenção; 2
Implicações Concretas e Formas de Participação;
3 Novo Marco Teórico; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: 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 nos limites da liberdade (discricionariedade) do gestor público. Por outro lado, as implicações concretas destas intervenções nem sempre podem gerar o resultado esperado, porquanto há uma extensa gama de inter-relações envolvidas que nem sempre estão conscientemente tratadas nas decisões. Diversos são os atores sociais intervenientes (associações, sindicatos, Ministério Público, magistrados, acadêmicos, entre outros) e formas de participação social na gestão devem estar delimitadas. Neste contexto, 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. Este artigo tentará demonstrar a importância e a forma de criação deste necessário modelo de atuação.

PALAVRAS CHAVE: Ativismo Judicial. Controle Políticas Públicas. Direito Administrativo Constitucional. Judicialização. Efetivação de Direitos.

ABSTRACT: Judicial activism emerges as a function of distance between the desiderata constitutional and public policy in force. There is a predisposition of judicial intervention in terms of guarantees of rights in public policy, which causes a realignment within the limits of freedom (discretion) of public officials. On the other hand, the concrete implications of these interventions can not always generate the expected result, since there is a wide range of inter-relationships involved that are not always consciously addressed in the decisions. Many social actors are involved (associations, unions, prosecutors, judges, academics, among others) and forms of social participation in management should be defined. In this context, starting with the 1988 Federal Constitution, a new theoretical framework should be able to create a fertile ground for the development of legal experience management of public policies. This article attempts to demonstrate the scale and form of establishment of the necessary performance model.

KEYWORDS: Judicial Activism. Control of Public Policy. Constitutional Administrative Law. Judicialization. Effectiveness Rights.

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 nos limites da liberdade (discricionariedade) do gestor público.

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

Neste contexto, 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. Este artigo tentará demonstrar a importância e a forma de criação deste necessário modelo de atuação.

Em um primeiro momento será necessário caracterizar esta predisposição do Poder Judiciário em 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 estes problemas adversos.

Por fim, diante deste contexto, será proposta uma releitura dos institutos básicos do Direito Administrativo, de modo a permitir a criação de um marco jurídico gerencial democrático adequado.

1 PREDISPOSIÇÃO À INTERVENÇÃO

O ativismo judicial é um fenômeno mundial conforme demonstra GAURI Y BRINKS, citado por ABRAMOVICH; PAUTASSI, 2009. Não há prevalência do político sobre o jurídico e vice-versa. Pelo contrário, em pesquisa realizada em alguns países¹ como Brasil, África do Sul, Índia, Nigéria e Indonésia, 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.

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

1 GAURI Y BRINKS (2008); NELSON y DORSEY (2006) apud ABRAMOVICH; PAUTASSI, 2009, p 44 a 49.

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 públicas². (grifo nosso)

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, por outro lado, 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 SUS, o que é uma aberração.

A doutrina da aplicação dos direitos sociais varia entre dois pólos. Alguns entendem que os direitos sociais não seriam direitos e outros que 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.³

Neste contexto, o ativismo judicial vem justamente demonstrar uma crescente preponderância daqueles que entendem que os direitos sociais são direitos públicos subjetivos.

É pacífico o entendimento de que o ato administrativo⁴ pode e deve ser controlado no que tange a legalidade ampla ou juridicidade, devendo ser respeitado o mérito (conveniência e oportunidade) da Administração. No caso concreto, tendo em vista a teoria dos motivos

² ABRAMOVICH. 2009. P 49

³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 151.

⁴ Filiamos à corrente cujo entendimento caminha no sentido de que não há critério diferenciador entre um ato político ou ato de governo puramente dito e um ato administrativo.

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 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 harmonicamente. Não deve haver sobreposição de um pelo outro. Cada uma destas variáveis ocupa seu espaço no processo de formulação/implementação das políticas públicas e 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.

Diante deste contexto, 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.

Esta ineficiência começa na própria gestão dos recursos do orçamento, como, por exemplo, no problema do contingenciamento dos recursos financeiros⁵.

Não há respostas no campo abstrato para assegurar a aplicação dos direitos sociais por meio dos juízes, e até onde 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. E 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.

5 PINTO, Élide Graziane. Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre execução orçamentária. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 69 - 105.

2 IMPLICAÇÕES CONCRETAS E FORMAS DE PARTICIPAÇÃO

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

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.⁶

Diante desta 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, 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. E a sociedade deve estar atenta a isto.

6 ABRAMOVICH, op.cit., p. 42.

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.⁷

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

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 derechos

[...]

Este aparente consenso muestra en rigor un profundo disenso, 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

7 ABRAMOVICH, op.cit.

consenso esta puesto en pensar en derechos como vía superadora, el disenso 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.⁸

Nas estratégias de desenvolvimento e redução da pobreza é reconhecido amplamente a importância de dotar de poder os setores excluídos e pobres por meio do reconhecimento de direitos quer seja pelo Executivo ou 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. Isto é, o reconhecimento de direito é um reconhecimento de um campo de poder onde está limitada as margens de ação dos sujeitos obrigados.

O indivíduo é sujeito ativo do desenvolvimento econômico e social (Declaração sobre o direito ao desenvolvimento econômico e social Res 41/128). 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.

3 NOVO MARCO TEÓRICO

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

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

⁸ ABRAMOVICH, p. 293.

Não basta mais que o ato administrativo observe somente a finalidade pública produzindo efeitos jurídicos, como seu elemento. Mister se faz, que haja um sexto elemento, qual seja, o “resultado” concreto.

O ato administrativo passaria a ter então os seguintes elementos:

1. Sujeito/competência.
2. Objeto (produção de efeitos jurídicos).
3. Forma
4. Motivo
5. Finalidade (descrição do interesse público primário)
6. Resultado (objetivo concreto)⁹.

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.

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 faça 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 Filho¹⁰ entende que pedidos genéricos não são possíveis juridicamente, não atendendo os requisitos das condições da ação. Ele exemplifica que pedidos como “...*Construção e uma escola em cada bairro da cidade; ou o asfaltamento de*

9 CARVALHO FILHO, 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 seria o fim mediato ou interesse coletivo. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23 ed. rev., amp. E atualizada até 31.12.2009. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Todavia, muitas vezes o ato administrativo produz efeitos jurídicos, e o resultado concreto não fica visível. Por isto, entendo que o Resultado deve ser um sexto elemento. Barroso faz uma interessante distinção entre eficácia jurídica e eficácia social (BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 9 ed atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Pag 82.)

10 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativa. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 107-125.

todas as estradas da região...” são juridicamente impossíveis, porquanto o Judiciário não poderia expedir decisões obrigando a Administração a realizar estas decisões.

Por isto, o “resultado” como elemento do ato administrativo deve ser descrito em sua especificidade, não podendo ser genérico.

O “resultado” 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.

E, por fim, o “resultado” deve ser determinado em um tempo específico.

Em outras palavras, são características do elemento “resultado” do ato administrativo: ser específico, mensurável, atingível/ alcançável, realístico e em um prazo determinado.

Por outro lado, o ato administrativo deve ser visto inserido no processo administrativo, porquanto, aquele faz parte deste. A doutrina é uníssona em dizer que o processo administrativo não só contempla uma forma contenciosa, na verdade é muito mais amplo. Na tentativa de definir este processo administrativo não contencioso, são trazidas algumas definições acerca de políticas públicas, e em seguida, é exemplificado o processo administrativo não contencioso.

Políticas públicas, por conseguinte, são as diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades. Vale a pena explicar o conceito.

Diretrizes são os pontos básicos dos quais se originara a atuação dos órgãos; estratégias correspondem ao modus faciendi, isto é, aos meios mais convenientes e adequados para a consecução das metas; prioridades são as metas obtidas mediante processo de opção ou escolha, cuja execução antecederá à exigida para outros objetivos; e ações constituem a efetiva atuação dos órgãos para alcançar seus fins.

As metas constituem os objetivos a serem alcançados: decorrem na verdade, das propostas que nortearam a fixação das diretrizes. Por fim, temos o elementos mobilizadores, ou seja, as causas responsáveis pelas políticas públicas. De um lado, as demandas sociais, políticas e econômicas, representando os fatos que, em determinado lugar

e tempo, rendem ensejo à perseguição de metas específicas. De outro, os anseios das coletividades, que é o que resulta das vontades coletivas, vale dizer, os resultados que, efetivamente, podem causar satisfação às pessoas em geral. ¹¹(grifo nosso)

[...].o ciclo de políticas públicas, que, na rotina, apresenta – em etapas agregadas ou não — a concepção, o planejamento, o orçamento, a hierarquização e a execução de ações, a avaliação, o controle e a realimentação do processo, deve ser cumprido de forma compartilhada entre os entes federativos, com a participação da sociedade, desafiando, portanto, a capacidade de formação de consensos em arenas de maior visibilidade e em território, por vezes, emocional de discussão de temas cadentes.¹² (grifo nosso)

Mas a mudança de paradigmas está em vias de se superar em seus resultados a partir de uma *nova categorização jurídica das políticas públicas como um complexo de processos*, que, partindo da formulação de atividades coerentes finalisticamente vinculadas, passam pelo *planejamento, orçamentação e chegam à execução dos cometimentos administrativos postos constitucionalmente a cargo do Estado.*

Com a definição desse complexo de processos administrativos encadeados, as fases políticas e administrativas se tornam mais nítidas, sem perder sua unidade, *de modo a permitir a clara incidência dos controles adequados sobre cada uma delas*, mas garantindo-se sempre o controle judicial, não importa em que fase, sempre que houver direito subjetivo ameaçado ou violado.¹³ (grifo nosso)

O aperfeiçoamento do controle judicial das políticas públicas, preconizado agora por inúmeros juristas no exterior e no Brasil, *não deve ser entendido como a substituição do político e do administrador pelo juiz, mas, precisamente, no reconhecimento de que cabe a este zelar pelo Direito e não apenas pela lei, ...*

11 CARVALHO FILHO, op.cit, p. 110-111.

12 PIRES, Maria Coeli Simões. Regiões metropolitanas e políticas públicas: uma projeção de seus desafios a partir da realidade da RMBH. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 180/-181).

13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte:Fórum. 2008. p. 58.

Assim, como o Direito não tolera o arbítrio, tampouco há de aceitar as suas nefastas conseqüências, como as mazelas referidas do desperdício, da malversação, da corrupção, da ineficiência e da omissão do Estado administrador.

Uma última mudança de paradigmas a recordar, toca ao modo de administrar os interesses públicos, consistindo na distinção, cada vez mais nítida, *entre as fases complexas de formulação e de execução da política pública, admitindo, em uma e outra, por instrumentos próprios, a participação de entes da sociedade*, caracterizando-se a abertura de um fértil ciclo de administração pública consensual, em que parcerias e toda sorte de relações de cooperação facilitarão imensamente, pelo menos, o controle da execução, quando não o da própria formulação de políticas em marcha.

Por derradeiro, essa aproximação entre os complexos de sistemas públicos e privados, de Estados e de sociedades plurais e fragmentados, tão bem prenunciada por Massimo Severo Giannini, vem *facilitar a desejável multiplicação de controles, externos e internos, públicos e privados, de fiscalização e de correção, de toda sorte e natureza, com imenso proveito para a sociedade, sem que se venha a suscitar qualquer preocupação com uma eventual duplicação, superposição ou superfetação, pois é mais conveniente que abundem do que faltem, ainda porque, a cláusula geral de acesso ao Judiciário será sempre a solução final para os conflitos.*¹⁴(grifo nosso)

Em resumo, *políticas públicas são arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias ou programas de ação governamental, que resultam de processos juridicamente regulados, visando adequar meios e fins.*¹⁵ (grifo nosso)

Neste ponto, percebe-se que todos os autores acima definem a política pública como um processo, um conjunto de atos. A doutrina francesa chama este processo de administrativo não contencioso, e, prefiro chamá-lo de processo administrativo de resultado. Alguns

14 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte:Fórum. 2008. p. 63-64.

15 BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica para análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte:Fórum. 2008. p. 251.

autores da doutrina brasileira nomeiam este processo administrativo em gracioso, contrapondo o processo administrativo contencioso.

Os limites entre a ilegalidade e a discricionariedade, dentro do 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 8080/90, etc. O art. 18, I da Lei 8080/90 é bem exemplificativo, e representa o que seria o mais abrangente em termos de processo administrativo não contencioso.

Art. 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 rediscussão do Direito Administrativo nos seus institutos mais básicos: o ato e o processo administrativo.

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 atender esta 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 política pública, seja ela da saúde, educação, ou mesmo econômica, monetária, etc.

Lugares comuns, sejam eles nas jurisprudências ou na doutrina, não contribuem para a evolução do direito. Necessário se faz ir mais além, como dito por Diogo Figueiredo Moreira Neto¹⁶. As pesquisas jurídicas devem sair das bibliotecas para o campo de trabalho, de modo

¹⁶ “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

a poder mapear as variáveis intervenientes, conferindo relevância ou não sob a ótica jurídica.

Padrões de experiências devem ser delimitados à luz das melhores práticas. Fenômenos econômicos, políticos e sociais devem ser interpretados à sob a ótica jurídica. 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.

Este raciocínio é inclusive respaldado pelo art 543-A, §1º do Código de Processo Civil, que ao fixar os requisitos para a repercussão geral, estabelece a necessidade de se verificar 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, estas disciplinas exercem influencia 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*.

Há um consenso em que os direitos não são somente ideais a serem atingidos, podem e devem ser exigidos

Nas diversas intervenções não há um diálogo global com as distintas e sucessivas políticas com seu grau de cumprimento.

O Estado é o garantidor destes direitos conforme esculpido na Constituição

O Império da lei não significa somente ter textos legais, mas deve se buscar a efetividade destes textos. Isto é, a lei é a chave para garantia dos direitos em um estado democrático. E para ser cumprida, mister se faz instituições legítimas e eficientes capazes de formular e

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.” Pag 59. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte:Fórum. 2008.

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. E a proposta de uma releitura do ato e do processo administrativo conforme acima exposto, vai ao encontro dos desideratos constitucionais.

É forçoso reconhecer razão à crítica de meu amigo Gilberto Bercovici quanto a 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.¹⁷ (grifo nosso)

Na mesma linha, Gustavo Binbenojm defende a reformulação do Direito Administrativo à luz dos direitos fundamentais e da democracia.¹⁸

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.

4 CONCLUSÃO

Um novo marco jurídico gerencial democrático surge com o ativismo judicial. Pode se tratar de um aperfeiçoamento do sistema político/jurídico/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, mister se faz a dissecação do caso concreto de modo a delimitar onde termina a discricionariedade e onde começa a ilegalidade. Neste diapasão, uma visão do ato administrativo com o sexto elemento ou atributo, o “resultado”, conjuntamente com o processo administrativo não contencioso, permite um aperfeiçoamento da leitura dos fenômenos

17 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica para análise de políticas públicas*. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte:Fórum, 2008. p. 256.

18 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. – 2 ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P.320

econômicos, financeiros, sociais e políticos sob a ótica jurídica, bem como o aperfeiçoamento da participação dos diversos atores sociais¹⁹, contribuindo para o melhoramento do sistema.²⁰

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura. *La Revisión Judicial de Las Políticas Sociales*: estudo de casos. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9 ed atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: Problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica para análise de políticas públicas*. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativa. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 107-125.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23 ed. rev., amp. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FORTINI, Cristiana. Controle jurisdicional dos contratos administrativos: controle de legitimidade do gasto público pelo Poder Judiciário. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria

19 O Planejamento, dentro do processo administrativo não contencioso, por exemplo, é o momento em que a participação social tende a ganhar grande relevância.

20 A limitação de espaço impediu que outros assuntos pertinentes ao tema fossem tratados. Espera-se que no debate seja possível suscitá-los.

Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte:Fórum. 2008. p. 41-48.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte:Fórum. 2008. p. 58

PINTO, Élide Graziane. Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre execução orçamentária. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte:Fórum. 2008. p. 69-105.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

