

Publicações da Escola da AGU

Curso de Pós-graduação em Advocacia Pública - BH volume 2

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 30	p. 1-308	outubro 2013
---------------------------------	----------	-------	----------	--------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@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
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
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	Secretária-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Grégore Moreira de Moura
Juliana Sahione Mayrink Neiva
André Luiz de Almeida Mendonça

CONSELHO EDITORIAL

Grégore Moreira de Moura; Pedro Vasques Soares; Rodrigo Araújo Ribeiro; Flávia Gualtieri de Carvalho; Marina França Santos; Cristiano Reis Giuliani; Alexandre Augusto Silva Pereira; Luciano Medeiros de Andrade Bicalho; Rodolfo Viana Pereira.

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glúcia Pereira

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: Curso de Pós-Graduação em Advocacia Pública - BH - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano V, n. 30, v. 2 (out. 2013).
Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral e a partir do ano IV, nº 14 periodicidade mensal.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
O Controle Judicial pelo Resultado da Política Pública de Previdência Social DDE/AGU <i>The Judicial Control by Results of the Brazilian Social Security Public Policy</i> <i>Juliano Ribeiro Santos</i>	7
Advocacia Pública, Eficiência, Comprometimento e Combate à Corrupção <i>Government Advocacy, Efficiency, Commitment and Anticorruption Effort</i> <i>Pedro Vasques Soares</i>	27
Regime Especial de Pagamento de Precatórios (Ec nº 62) – Constitucionalidade (?) <i>Special Arrangements for Payment of “Precatórios” (Amendment nº 62) - (?)</i> <i>Constitutionality</i> <i>Raphael Vasconcelos Dutra</i>	135
A Ilegitimidade da Lei nº 6683/79, Denominada “Lei de Anistia”, Perante o Estado Democrático de Direito Instituído em 1988 <i>The Democratic Rule of Law Established in 1988 Constitution and the Illegitimacy of Law No. 6683/79, Entitled “Amnesty Law”</i> <i>Renata Ricarte Domiciano Ferreira</i>	165
Judicialização do Orçamento Público: repercussões da ingerência do Judiciário nas contas públicas e no planejamento da gestão estatal em decisões referentes à Saúde <i>Judicialization of Public Budgets: effects of the interference of the Judiciary in public accounts and on the planning of state management in decisions related to health</i> <i>Rínio Geraldo Alessandro de Miranda Luz</i>	189
Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e o Direito de Regresso em Face do Agente Público <i>Government Tort Liability and Right of Recourse Against Public Servants</i> <i>Shandor Portella Lourenço</i>	213

Autorização Ambiental de Funcionamento e Lavras Ilegais de Minério <i>Environmental Operating Permit and Lavras Illegal Mining</i> <i>Valkiria Silva Santos Martins</i>	245
Termo de Ajustamento de Gestão <i>Management Adjustment Term</i> <i>Vanessa Canêdo Pinto Boaventura</i>	279

APRESENTAÇÃO

A Edição Especial da Revista que ora vai à publicação pela Escola da Advocacia Geral da União é resultado de um belo caminho. Os temas aqui apresentados são fruto dos debates travados nas aulas presenciais do Curso de Especialização em Advocacia Pública, realizado em Belo Horizonte pelo IDDE – Instituto para o Desenvolvimento Democrático, pelo Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra e pelo Centro Universitário Una.

Foram aproximadamente 50 (cinquenta) professores ao longo de um ano, dotados de alta expertise, tanto teórica quanto prática. Basta dizer que a aula inaugural foi ministrada pelo Professor Doutor Gomes Canotilho, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (hoje aposentado) e referência maior do novo constitucionalismo luso-brasileiro.

Diferentemente dos debates que se dão num ambiente voltado para temas genéricos de Direito Público, típico de cursos de menor calibre, a Especialização em Advocacia Pública focou nos principais temas afetos à essencialidade da defesa jurídica dos interesses dos entes públicos que, por consequência, reverberam os interesses dos cidadãos.

A iniciativa da Escola da AGU de levar parte das discussões a público vem coroar a realização dos principais objetivos deste projeto acadêmico: criar um ambiente propício para o aprofundamento das teses pertinentes ao trabalho cotidiano dos procuradores, além de difundir o conhecimento sobre a função e a importância das instituições afetas à Advocacia Pública.

A experiência foi de tal modo engrandecedora que, hoje, a Especialização é oferecida à distância, viabilizando o acesso a este conhecimento especializado, literalmente, nos quatro cantos do Brasil.

Finalizo com um agradecimento especial à Escola da AGU em Minas Gerais e à Escola Superior da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte, bem como aos seus servidores e procuradores pela confiança demonstrada desde a primeira hora.

Que seja a primeira de muitas edições especiais!

Rodolfo Viana Pereira

Coordenador Acadêmico do IDDE – Instituto para o Desenvolvimento Democrático. Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Advogado.

Nessa edição especial, a Escola da AGU na 1ª Região no Estado de Minas Gerais coroa o sucesso gerencial da nova estruturação da Escola da AGU nas diversas regiões do país, aprimorando não só os aspectos relativos aos recursos materiais e de descentralização, mas também propiciando a aproximação do conhecimento aos procuradores federais, advogados da União, procuradores da fazenda nacional, procuradores do Banco Central e servidores da casa.

A revista traz diversos artigos elaborados através do desenvolvimento teórico e prático do Curso Presencial de Pós-Graduação em Advocacia Pública realizado na sede da AGU no Estado de Minas Gerais, tendo como mote o direito público e as teses mais discutidas no âmbito da advocacia pública.

Vale destacar que tanto a formatação quanto a execução do Curso foi elaborada por diversas mãos provenientes da AGU, da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte e do IDDE, o que culminou com a excelência do conteúdo jurídico e gerencial ministrado aliado ao fato inovador de propiciar a troca de experiências entre diversas esferas de governo.

Portanto, colhe-se aqui e registra-se neste momento ímpar do lançamento desta edição especial da Revista da AGU, os frutos de uma inovadora iniciativa de disseminação do conhecimento e capacitação corporativa, resultado da parceria entre os entes envolvidos.

Desta feita, é importante destacar as pessoas responsáveis pelo sucesso deste projeto, prestando nossas homenagens a elas: Wanusa de Souza Vaz, Maria Helena Aguiar Macedo, Alice Araújo Senem Cançado, Maria Anunciação Nogueira Leão e toda a equipe de servidores da Escola da AGU em Brasília. Aos ilustres Pedro Vasques Soares, Rodrigo Araújo Ribeiro, Flávia Gualtieri de Carvalho, Marina França Santos, Cristiano Reis Giuliani, Alexandre Augusto Silva Pereira, Luciano Medeiros de Andrade Bicalho e Rodolfo Viana Pereira pela elaboração do projeto pedagógico.

A Escola da AGU na 1ª Região no Estado de Minas Gerais parabeniza aos autores dos artigos ora publicados e deseja aos apreciadores do Direito uma excelente leitura.

Grégore Moreira de Moura
Diretor da Escola da AGU na 1ª Região
Procurador Federal

O CONTROLE JUDICIAL PELO RESULTADO DA POLÍTICA PÚBLICA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DDE/AGU

*THE JUDICIAL CONTROL BY RESULTS OF THE BRAZILIAN
SOCIAL SECURITY PUBLIC POLICY*

*Juliano Ribeiro Santos Veloso
Procurador Federal
Especialista em Advocacia Publica pelo IDDE/AGU
Mestre em Direito Público pela PUC/MG
Doutorando em Direito pela PUC/MG*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Judiciário e a Gestão Interna; 2 O Controle Judicial do Ato Administrativo; 3 O Controle pelo Resultado do Ato Administrativo; 4 O Controle Judicial da Política Pública Previdenciária; A O Caso do Prévio Requerimento - Resp 1310042; B. O Caso da Eficácia do EPI Eficaz; C. O Caso da Desaposentação e do Fator Previdenciário; D. O Papel do Ministério Público na Consecução do Resultado; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho busca descrever o controle de resultado sob a ótica jurídica na política pública previdenciária. Em um primeiro momento será descrito o marco teórico capaz de gerar o controle por resultado. Em seguida, serão trazidas algumas decisões judiciais que tendem a afirmar ou distorcer o resultado esperado pelo texto constitucional. Por fim, serão tecidas considerações acerca dos acertos e desacertos das decisões judiciais em face dos fins da política pública previdenciária. O problema a ser tratado é a miopia das decisões judiciais no que tange ao fim último da concessão de benefícios para os cidadãos, qual seja, o êxito da política pública previdenciária. O objetivo é demonstrar o peso e a responsabilidade do Judiciário para o êxito da política pública. Espera-se ao final comprovar a necessidade do quanto deve ser equilibrada a política pública entre os poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Política Pública. Direito Previdenciário. Controle Jurisdicional.

ABSTRACT: This study aims to describe the results control under the legal perspective in welfare policy. At first, it will be described the theoretical framework that will be able to generate the resulting control. Then, will be brought some judicial decisions that tend to affirm or distort the expected result by the constitutional text. Finally, some considerations will be woven about the rights and wrongs of judicial decisions in the face of the purposes of pension policy. The problem to be addressed is the myopia of judgments in regard to the ultimate purpose of granting benefits to citizens, namely the success of welfare policy. The objective is to demonstrate the weight and responsibility of the judiciary to the success of public policy. It is expected at the end, to show how the public should be balanced between the political powers.

KEYWORDS: Public Policy. Social Security Law. Jurisdictional Control.

INTRODUÇÃO

Ano após ano o INSS- Instituto Nacional do Seguro Social mantém o primeiro lugar do ranking entre os maiores litigantes do país, segundo o Conselho Nacional de Justiça- CNJ.

De acordo com os dados do CNJ, em 2012, o INSS litigou em 4,38% de todos os processos nas esferas estadual, federal e trabalhista. Somente na Justiça Federal, 34,35% dos processos dizem respeito ao INSS.

Em Seminário promovido pelo CNJ em São Paulo, algumas conclusões foram tiradas¹:

- O INSS é o maior litigante do país.
- Há conflito entre consultores e gestores.

1 O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e Advocacia Geral da União (AGU), dois dos maiores litigantes do país explicaram, na tarde desta segunda-feira (2/5), em São Paulo, os motivos que os colocam no topo da lista dos maiores clientes da justiça brasileira durante o Seminário “Os 100 Maiores Litigantes”, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Em painel presidido pela corregedora nacional da Justiça, ministra Eliana Calmon, o presidente do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Mauro Häüschild, citou a necessidade, a relevância e o interesse público como justificativas da quantidade de recursos que fazem do órgão o maior litigante na Justiça Federal. “Recorremos quando valores são pagos indevidamente por fraude, por exemplo”, justificou.

O Advogado Geral da União substituto, *Fernando Luiz Albuquerque*, citou a relação “insatisfatória” entre consultores jurídicos e os gestores públicos que, segundo ele, gera excesso de litigância. “Para reverter o quadro, a Advocacia Geral da União (AGU) hoje orienta os consultores jurídicos a apresentarem aos gestores públicos alternativas previstas em lei quando seus pareceres contrariam a intenção dos gestores”, disse.

A corregedora nacional da Justiça, *ministra Eliana Calmon*, disse que é preciso identificar os gargalos responsáveis pela morosidade como forma de melhorar o atendimento jurisdicional. Ela citou, como exemplo, a falta de sintonia entre assessorias jurídicas e o setor operacional dos órgãos públicos. “Quando era juíza federal, recebi um caso de um laudo do INSS que considerava um segurado apto a trabalhar. No entanto, ele não poderia trabalhar nem em pé nem sentado”, lembrou.

Para o conselheiro Walter Nunes, o julgamento de ações que envolvem o Estado oneram duplamente o próprio Estado. “A judicialização excessiva acaba gerando a necessidade de se ampliar a estrutura da Justiça. Todo o custo da máquina da Defensoria Pública e da Justiça Federal, por exemplo, é do Estado”, afirmou.

O presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Ophir Cavalcante, afirmou que a falta de comunicação também acontece em uma escala maior. “Os ministérios são ilhas e não falam entre si. A terceirização dos serviços, por exemplo, gera muitas demandas judiciais”, disse.

Em entrevista à imprensa, a corregedora nacional de Justiça, ministra Eliana Calmon, defendeu algumas medidas para reduzir o número de processos na Justiça envolvendo o INSS. *Entre elas, a maior proximidade entre os ramos jurídico e operacional do Instituto. “Muitas vezes as perícias são feitas de maneira dissociada da realidade jurídica”, criticou a ministra.* O excesso de recursos foi outro gargalo apontado pela corregedora nacional que precisa ser revisto, no intuito de reduzir a quantidade de processos na Justiça. Manuel Montenegro. Agência CNJ de Notícias (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14190-cnj-reune-maiores-litigantes-do-pais-em-seminario>). Acessado em 04/12/2012.(grifos nossos)

- Necessidade de identificar os gargalos para melhorar o atendimento jurisdicional.
- Falta de comunicação entre as políticas públicas.
- Necessidade de aproximação entre os ramos jurídicos e operacionais do Instituto.

Diante deste contexto, não resta dúvida que muito há que ser feito para retirar o INSS deste primeiro lugar em termos de litigiosidade. Neste texto, serão abordados alguns aspectos que interferem de forma crucial no resultado desta política pública.

1 O JUDICIÁRIO E A GESTÃO INTERNA

O Judiciário já se acostumou com termos com termos gerenciais na prestação do serviço público da Justiça. Reengenharia, Planejamento Estratégico, Racionalização de Recursos, Motivação dos funcionários são assuntos abordados constantemente no noticiário dos Tribunais nacionais, tantos os estaduais como os federais e os extraordinários.²

² “Dia da Justiça marca 100 dias de transformações no STJ Você já ouviu falar no Dia da Justiça? Homenagem ao Poder Judiciário, a data, 8 de dezembro, foi instituída pelo presidente Getúlio Vargas, através da Lei 1.408, de 9 de agosto de 1951, e é comemorada em todo o território nacional. Edgar Costa, em seu livro *Efemérides Judiciárias*, anota que foi em Natal, no Rio Grande do Norte, que pela primeira vez se prestigiou a data, por iniciativa do desembargador Virgílio Dantas (1950), seguindo-se idênticas comemorações em Florianópolis (1951), Belo Horizonte (1952), Fortaleza (1953), Curitiba (1955), Cuiabá (1956), Salvador (1957), Petrópolis e Niterói (1958), Rio de Janeiro (1959) e Brasília (1960). Para os ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o dia deve ser reverenciado com uma reflexão por parte dos juizes sobre seu papel no mundo contemporâneo. “O magistrado deve estar sempre atento às mudanças sociais e econômicas, para melhor reconhecer os anseios dos jurisdicionados e, principalmente, para ter a tranquilidade de trabalhar na missão de velar pela segurança e paz jurídicas”, avalia o ministro Felix Fischer, presidente do STJ. E acrescenta: “Temos de aplicar o ordenamento jurídico, as regras pertinentes, mas nunca esquecer o lado humano das coisas. O principal na nossa atividade é a pessoa dedicar-se, de corpo e alma, ao acerto da prestação jurisdicional.” Para o ministro Arnaldo Esteves Lima, a reflexão sobre o significado social da justiça, entendida como a prestação jurisdicional do estado, é o que evoca especificamente tal data. “A realização de justiça há de ser diuturna. A data especial enfocada, no entanto, convida-nos a um especial aprofundamento em seu sentido e alcance, qual seja, a busca da paz social”, diz ele. “Nessa data festiva, temos de reafirmar o compromisso de fazer com que o Poder Judiciário, em sua missão constitucional, seja um instrumento de pacificação social”, afirma o ministro Humberto Martins. E acrescenta: “Sem justiça, não há cidadania; sem cidadania, não há estado democrático de direito.” Alcançar e manter um ambiente de paz social e segurança jurídica, no entanto, são objetivos que exigem mais que o comprometimento pessoal de magistrados e outros operadores do direito. A Justiça precisa de estrutura e organização compatíveis com seu papel institucional. Reengenharia, planejamento estratégico, racionalização de recursos e humanização do Poder Judiciário são preocupações integradas ao projeto de gestão do ministro Felix Fischer, que neste sábado (8), Dia da Justiça, completou 100 dias na presidência

do STJ. Processo eletrônico Empossado em 31 de agosto, para um mandato de dois anos, o ministro Felix Fischer definiu como prioridades de sua administração a modernização da estrutura, a racionalização das condutas e a motivação dos servidores da Casa no desempenho de suas atividades. Para impulsionar essas políticas, o ministro e sua equipe de dirigentes traçaram ações e projetos, cuja maioria conseguiu ser implantada nos 100 primeiros dias da gestão. Uma das preocupações do ministro é a modernização do processamento eletrônico. Para ele, a grande disparidade entre a quantidade de processos que chega ao Judiciário e os feitos que um magistrado consegue solucionar demonstra a necessidade do aprimoramento constante do sistema. Com esse objetivo, a Secretaria Judiciária do Tribunal trabalha para instituir, no ano que vem, a obrigatoriedade do peticionamento em forma eletrônica. Hoje, processos originários – como habeas corpus e mandados de segurança – e petições incidentais podem ser apresentados tanto em papel quanto na forma eletrônica, mediante certificado digital. Mensalmente, o STJ recebe a média de 45 mil petições incidentais. Desse total, apenas 25% chegam por meio digital – volume que ainda está aquém do desejado, segundo o coordenador do Protocolo de Petições, Antonio Augusto Gentil Santos de Souza. Além disso, já está em funcionamento, em caráter experimental, um projeto de integração eletrônica entre a Procuradoria-Geral da República e o STJ. A proposta é que os documentos entre as duas instituições sejam encaminhados por meio eletrônico, buscando a racionalização dos processos. Tecnologia da Informação O STJ lançou, no último dia 30, seu primeiro aplicativo oficial para iPhone. Disponível gratuitamente na loja eletrônica da Apple, ele permite que o público tenha acesso rápido e direto ao acompanhamento processual e às decisões em processos. O aplicativo também pode ser usado em iPads. Em breve serão lançadas versões para o sistema Android. Totalmente desenvolvida por servidores do STJ, a primeira versão do aplicativo apresenta três formas de pesquisa: por número de registro, classe e número do processo e número único de consulta. É o STJ cada vez mais acessível ao cidadão. O Tribunal, ainda nesses 100 dias, ampliou o projeto Infóvia, que trata da interligação do STJ a uma rede de dados que integra os tribunais do país. Segundo o secretário de Tecnologia da Informação e Comunicação do STJ, Lucio Melre da Silva, hoje já existe uma Infóvia, operada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que integra vários tribunais de justiça e tribunais regionais federais. “O STJ é o maior usuário dessa rede, pois os processos eletrônicos encaminhados pelos tribunais do país utilizam essa Infóvia”, avalia Melre. O secretário acrescenta que, paralelamente, o Conselho da Justiça Federal (CJF), também presidido pelo ministro Felix Fischer, está desenvolvendo um projeto para integrar não apenas os tribunais regionais federais, mas também as seções judiciárias. “Como essa via deverá passar pelo CJF, criamos uma comunicação com aquele órgão por meio de antenas. Essa comunicação já está em produção e tem beneficiado, principalmente, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), que utiliza nossa infraestrutura”, afirmou Melre. STJ e seus públicos A preocupação com o bem-estar dos profissionais que recorrem ao STJ, seja em busca de informação ou da prestação jurisdicional, levou o presidente do Tribunal a instalar o Comitê de Imprensa, no térreo do edifício dos Plenários, e uma unidade avançada da Sala dos Advogados, no segundo andar do edifício da Administração. Para o ministro Felix Fischer, a criação do Comitê de Imprensa, inaugurado em meados de novembro, é um reconhecimento e uma dignificação à tarefa de informar, que ele considera indispensável à cidadania em uma sociedade democrática. “É um ganho para a sociedade a imprensa ter um espaço para trabalhar de forma digna”, comentou à época o presidente, que afirmou ter visto muitas vezes jornalistas trabalhando sentados no chão e usando as próprias pernas como mesa para escrever. Os advogados também ganharam um novo espaço: uma unidade avançada da sala de apoio. “Além da sala na Central de Atendimento ao Cidadão, os advogados pediram uma localizada no edifício onde ficam as coordenadorias das Turmas, Seções e Corte Especial. O presidente atendeu ao pedido e nos instruiu a montar essa nova estrutura. Assim, os operadores do direito ganharão mais um espaço para desenvolver sua atividade”, salientou a secretária dos Órgãos Julgadores, Cláudia Beck. Outra novidade: os advogados que militam com frequência no Tribunal, atuando em pelo menos três processos e fazendo seis ou mais visitas mensais, podem requerer crachá permanente com foto, para uso exclusivo nas dependências do Tribunal. O documento, válido por um ano, poderá ser renovado por igual período. O pedido de identificação, feito ao presidente do STJ pelo Conselho

Todavia, o Judiciário apesar de internalizar alguns conceitos fundamentais para o sucesso da política pública de prestação jurisdicional, esquece que o mesmo raciocínio deve ser utilizado para a consecução do resultado de qualquer política pública. Ao não perceber que o serviço público de controle jurisdicional está inserido diretamente no Processo Administrativo responsável pela política pública, acaba gerando diversas distorções, contribuindo para a política pública se tornar ineficaz e ineficiente.

Importante frisar que O Direito Administrativo Previdenciário, ou qualquer Direito que diz respeito a uma política pública, não é um fim em si mesmo, trata-se de uma ciência que tem como fim aprimorar a realidade social, e, a avaliação dos resultados é de fundamental importância.

O Direito pertence às Ciências Sociais Aplicadas; é ciência primariamente normativa e finalista, e, por essa razão, sua interpretação há de ser, na essência, teleológica, isto é, *o hermenêuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que ela precisa atingir em sua situação prática*³. (grifo nosso)

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, foi atendido prontamente. “O presidente acolheu a solicitação da OAB para que voltasse a emissão da identificação permanente, pois ela facilita o trabalho do advogado nas dependências do Tribunal”, assinalou o secretário de Segurança, Antônio Silva Nascimento. *Motivação* Preocupado em ampliar a motivação profissional no ambiente do STJ e estimular a produtividade dos servidores, o ministro Felix Fischer instituiu uma série de ações e projetos para o público interno. Segundo o secretário de Serviços Integrados de Saúde, Bonfim Abrahão Tobias, todas as ações propostas pela área foram concluídas com sucesso. “Temos muita esperança de que as coisas vão melhorar para o servidor. Nós procuramos contribuir para isso, não só no atendimento que fazemos, mas nas ações também”, afirmou. Uma dessas ações da SIS, que contou com mais de 223 pessoas inscritas, foi o programa de reeducação alimentar STJ de Olho na Balança. *A meta era que cada participante emagrecesse 5% de seu peso inicial ou o necessário para atingir o Índice de Massa Corpórea adequado. Resultado: o Tribunal perdeu mais de uma tonelada!* O STJ também se ajustou à lei 5.010/66 e alterou o feriado de fim de ano. Agora, segundo o texto da lei, “serão feriados na Justiça Federal, inclusive nos tribunais superiores, os dias compreendidos entre 20 de dezembro e 6 de janeiro, inclusive”. De acordo com o secretário de Gestão de Pessoas, Fabiano de Andrade Lima, *a ampliação do feriado de fim de ano não é uma benesse, mas uma forma de igualar o STJ à situação do próprio CNJ, do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Superior Eleitoral e do Superior Tribunal Militar.* Além disso, os estagiários, tanto os de nível médio quanto os de nível superior, tiveram aumento na bolsa. “A bolsa do STJ era a menor no âmbito dos tribunais superiores. O que fizemos, na verdade, foi uma recomposição de valores. Foi uma medida que surtiu bastante efeito”, observou o secretário. O último processo seletivo para estágio no STJ, realizado em 27 de outubro, teve 8.051 inscritos. 09/12/2012-08h00 (visualizado no dia 10/12/2012. http://www.stj.jus.br/porta1_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108006&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco) (grifos nossos)

3 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 529

2 O CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO

Em apertada síntese, o controle judicial do ato administrativo evoluiu de forma muito rápida nos últimos dez anos no Brasil.

Grosso modo, pode-se dizer que até recentemente o controle do ato administrativo não poderia ser feito, tendo em vista a conveniência e oportunidade do administrador.

Este controle foi evoluindo em função da realidade concreta que determinou o controle do ato administrativo em face dos seus elementos, diminuindo a sua discricionariedade.

Teorias alienígenas como a dos conceitos jurídicos indeterminados, e dos motivos determinantes dos atos foram trazidas para demonstrar a evolução do controle.

Dentro de uma perspectiva principiológica do neo-positivismo, o ato administrativo passou a ser controlado também sob a perspectiva de valores do ordenamento jurídico.

A última fase vivenciada em termos de controle judicial das políticas públicas, denominada de ativismo judicial, não só há controle do mérito, como o Judiciário substitui as vezes do Administrador, afrontando, muitas das vezes, diretamente o texto legal.

Assim, o controle judicial do ato administrativo vem galgando na história jurídica recente uma grande importância.

Todavia, a discussão acerca do “resultado” é incipiente.

Pode-se dizer que o momento mais marcante do seu início se deu com a Reforma Administrativa feita pelo MARE- Ministério de Administração e Reforma do Estado, quando se questionou uma maior flexibilização em relação ao controle formalista procedimental em favor dos resultados.

Situação esta muito criticada pela doutrina, que teme a possibilidade de desmandos em face da redução do controle. Esta perplexidade em torno da identificação do resultado dentro do contexto jurídico provoca dificuldade para os gestores, que continuam a se ver “amarrados” pelo controle legal institucional formal.

Neste contexto, diversos imperativos surgiram como a busca da eficiência, eficácia e efetividade descritos no art. 37, caput da constituição.

3 O CONTROLE PELO RESULTADO DO ATO ADMINISTRATIVO

Para o Professor Onofre Alves Batista Júnior, em seu livro “Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa”, procedimentos formalmente perfeitos não garantem o atendimento do resultado ótimo determinado em lei pelo Princípio da Eficiência.

A realidade moderna provou que mesmo uma atuação administrativa formalmente perfeita, ajustada minuciosa e rigidamente em todos os seus elementos e momentos procedimentais à prévia regra legal, pode não garantir a obtenção de um resultado ótimo, pode ser ineficiente. O princípio da legalidade, ainda que observado na íntegra, não é suficiente, sempre, para garantir situações jurídicas subjetivas de maior vantagem para o cidadão⁴.

Ele coloca que os resultados devem ser globais de modo a socializar a prestação do bem comum (p. 181). A eficiência jurídica pública busca a universalidade de resultados. E explica que o resultado é vetor do próprio Princípio da Eficiência no sentido lato.

[...] a eficiência lato sensu da atuação da AP (Administração Pública) exige a observância tanto da eficácia da atuação da AP, como o adequado sopesar dos interesses envolvidos, como a eficiência stricto sensu, na verificação e articulação dos meios disponíveis. A eficácia se liga aos resultados a que a AP deve atender, ou seja, apresenta-se estritamente atada às finalidades apostas para serem perseguidas pela AP. No Estado Democrático de Direito de desiderato social pretendido pela CRFB/88, são de desenvolvimento nacional equilibrado, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais, justiça social, etc. Para tanto pressupõe melhor atendimento das necessidades de saúde da coletividade, educação, saneamento, etc. globalmente consideradas. Daí, a própria fixação de parâmetros de aferição da eficácia, ou seja, os mecanismos de aferição de desempenho devem se prender, exatamente, ao nível de cumprimento global desses fins maiores postos para a AP...⁵

Todavia, nada adianta reconhecer a necessidade de geração de resultados em face do Princípio da Eficiência, e este resultado não produzir os efeitos jurídicos desejados dentro da sistemática do Direito Administrativo, ferramenta de trabalho do gestor público. Vários são os conflitos gerados pelo distanciamento entre o direito e a gestão, e, por isto, compreender o resultado como parte do ato administrativo permite alinhar os objetivos, metas e resultados.

⁴ BATISTA JÚNIOR, op. cit., p. 280.

⁵ BATISTA JÚNIOR, op. cit., p. 179.

José dos Santos 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 seriam o fim mediato ou interesse coletivo⁶.

Todavia, muitas vezes o ato administrativo produz efeitos jurídicos, e o resultado concreto não fica visível. Por isto, entende-se que o resultado deve ser um sexto elemento.

Não basta mais que o ato administrativo observe somente a finalidade publica produzindo efeitos jurídicos, como seu elemento. E preciso que haja um sexto elemento, qual seja, o resultado concreto. O ato administrativo passaria a ter, então, os seguintes elementos:

- sujeito/competência;
- objeto (produção de efeitos jurídicos);
- forma;
- motivo;
- finalidade (descrição do interesse publico primário); e
- resultado (objetivo concreto)

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.

...

Ha uma tendência tanto no Judiciário quanto na doutrina em reconhecer eficácia imediata aquelas normas que ate 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 publica, se não for entendido que o resultado faz parte do próprio ato administrativo? Como o

6 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Judiciário pode exigir uma determinada prestação ou conduta da administração, sem perceber todos os elementos do ato administrativo, e determinar qual será o resultado?⁷

Partindo desta premissa que o resultado é um elemento necessário à análise jurídica, necessário se faz discutir a aplicação destes conceitos pelo Judiciário, permitindo que cumpra seu papel de catalisador da política pública.

4 O CONTROLE JUDICIAL DA POLÍTICA PÚBLICA PREVIDENCIÁRIA

A Política Pública Previdenciária é descrita na Constituição Federal e nas Leis 8213/90 e 8212/90.

Ela é fruto direto dos acertos e equívocos em sede de controle judicial que torna o INSS o maior litigante do país, muito em função da miopia em termos de resultados esperados.

As decisões entre as partes na maioria das vezes são omissas em relação ao resultado geral macro da política previdenciária, o que deixa claro uma miopia do papel do controle, bem como a necessidade urgente de correção.

O risco é que grandes partes das decisões judiciais podem contribuir para o fracasso da política pública previdenciária.

Necessário se faz deixar claro que a intervenção judicial pode ser extremamente necessária em alguns momentos, quando se consegue o aprimoramento da política pública.

Porém, na prática, muitas vezes isto não ocorre. Nos estudos de casos abaixo colacionados, o Judiciário vem justamente contribuindo para o contexto de desorganização da atividade administrativa, de falta de diálogo.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal tem uma oportunidade singular de por um fim a diversos conflitos judiciais ao analisar os temas de repercussão geral relativos à política pública previdenciária.

Neste contexto, a priori, discrepante, serão tecidas considerações acerca dos riscos e oportunidades do controle de resultados pelo Judiciário na Política Pública Previdenciária em algumas decisões judiciais.

7 VELOSO, Juliano Ribeiro Santos. Uma Proposta de Harmonização dos Conflitos entre os Poderes por Meio da Compreensão do Instituto Jurídico do Planejamento, do Ativismo Judicial, do Ato e Processo Administrativos. In: *Gestão pública e desenvolvimento*. Organizadores: José Celso Cardoso Jr.; Roberto Rocha C. Pires, v. 6, Brasília: Ipea, 2011. p. 112.

A - O CASO DO PRÉVIO REQUERIMENTO - RESP 1310042

Conforme descrito acima, a política pública previdenciária é a maior causa de litígio no Brasil. Isto é, o Judiciário intervém diretamente na consecução desta política, muitas vezes ajudando, e, muitas vezes, se tornando um obstáculo, justamente em face da falta de consciência de seu papel na geração de resultados das políticas públicas.

Uma das grandes causas geradoras de demandas judiciais em face do INSS é a falta de prévio requerimento administrativo.

O cidadão ao invés de se dirigir à Agência da Previdência Social, passou a requerer diretamente os benefícios previdenciários na Justiça Federal.

Felizmente, em 2012, no Recurso Especial -RESP 1310042⁸, o Superior Tribunal de Justiça - STJ finalmente demonstrou

⁸ “*Não cabe ação judicial sem prévia resistência administrativa à concessão de benefícios previdenciários* Não há interesse processual em ingressar com ação judicial para obter benefício previdenciário sem que haja resistência administrativa prévia à pretensão, no caso concreto ou de forma notória. Conforme decisão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Judiciário é via de resolução de conflitos, não havendo prestação jurisdicional útil e necessária sem que haja a prévia resistência do suposto devedor da obrigação. Para o relator, ministro Herman Benjamin, o Judiciário não pode se transformar em agência do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). “A pretensão nesses casos carece de qualquer elemento configurador de resistência pela autarquia previdenciária. Não há conflito. Não há lide. Não há, por conseguinte, interesse de agir nessas situações”, afirmou o ministro Benjamin, ao rejeitar o recurso de um segurado contra o INSS. “O Poder Judiciário é a via destinada à resolução dos conflitos, o que também indica que, enquanto não houver resistência do devedor, carece de ação aquele que judicializa sua pretensão”, completou. Agência judicial “*A questão que considero relevante nessa análise é que o Poder Judiciário está assumindo, ao afastar a obrigatoriedade de prévio requerimento administrativo, atividades de natureza administrativa, transformando-se – metaforicamente, é claro – em agência do INSS*”, acrescentou o relator. O autor da ação afirmou que o INSS recusa reiteradamente o direito pretendido na Justiça. Porém, o ministro verificou dados do INSS que mostram uma rejeição de apenas 40% das solicitações daquele tipo no ano em que iniciada a ação. Ou seja, se facultada a via judicial direta, de cada dez processos seis poderiam ter sido resolvidos na via administrativa. Ele apurou ainda que naquele ano somente 8% das concessões de benefícios foram feitas pelo Judiciário, os demais casos foram atendidos administrativamente pelo próprio INSS. “A repercussão da tese jurisprudencial aqui contraposta atinge também a própria autarquia previdenciária. Observada a proporção de concessões administrativas acima, o INSS passa a ter que pagar benefícios previdenciários, que poderia deferir na via administrativa, acrescidos pelos custos de um processo judicial, como juros de mora e honorários advocatícios”, observou ainda o ministro. Exaurimento administrativo O relator ponderou que no caso de resistência notória da autarquia à tese jurídica reconhecida pelo Judiciário, seria inútil impor ao segurado a exigência de prévio pedido administrativo, quando o próprio INSS adota posicionamento contrário ao embasamento jurídico do pleito. Ele também destacou que não se trata de exigir o exaurimento da instância administrativa, o que é vedado por súmula do STJ e do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR). Repercussão geral O ministro Herman Benjamin afastou a incidência da repercussão geral declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário 631.240 para o caso julgado. “Com o devido respeito a entendimentos em contrário e ciente da pendência de decisão na Corte Suprema, a resolução da problemática jurídica em debate não se resolve no âmbito constitucional”, afirmou. Para ele, a questão não trata do direito fundamental lançado na Constituição, no artigo 5º (“XXXV – a lei não excluirá da

a importância de uma visão voltada para o resultado no que tange ao prévio requerimento administrativo, mesmo que de forma inconsciente em relação ao pressuposto teórico do ato administrativo.

Conforme relatado no Recurso Especial, a falta de requerimento administrativo gera distorção da política pública previdenciária.

Ao invés de se permitir o aperfeiçoamento do INSS, por meio do controle judicial, ao se perceber eventuais desacertos no processo concessório, a Justiça Federal tirou toda a responsabilidade dos gestores, assumindo para si uma responsabilidade desnecessária, conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Mister se faz deixar claro que não é necessário o esgotamento da via administrativa, mas somente o prévio requerimento, e a espera do prazo legal para resposta, como previsto na Lei 9784/99, Lei de Processo Administrativo Federal, ou em algum regulamento específico previdenciário.

Percebe-se ainda que além do custo do Judiciário, há um custo com honorários, juros, despesas, que poderiam ser utilizados em outras políticas públicas.

Em outras palavras, o Judiciário deve ser um parceiro da política pública no sentido de gerar o aperfeiçoamento da gestão. Se os indicadores de concessão judicial são altos, deve haver uma especial atenção de forma a reduzi-los.

Depois de anos fazendo a vez do INSS, o Judiciário parece que chegou a um ponto de inflexão, ao compreender que o resultado esperado é a melhor concessão do benefício previdenciário pelo INSS, e não a substituição do mesmo.

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). “Em uma análise perfunctória, concluir-se-ia facilmente que o direito fundamental de ação, garantido pelo preceito acima transcrito, é o centro da discussão aqui travada”, observou. “Tenho a convicção, todavia, de que a resolução da matéria gravita no âmbito infraconstitucional”, ponderou. O relator apontou que não se trata de violar o direito de ação, mas de analisar as condições da ação – no caso, o interesse de agir. Dessa forma, o direito fundamental de ação é limitado pelas condições da ação previstas na legislação processual. Lesão e conflito Nessa perspectiva, o ministro afirmou ainda que é preciso haver lesão a um direito para permitir o exercício do direito de ação. “A existência de um conflito de interesses no âmbito do direito material faz nascer o interesse processual para aquele que não conseguiu satisfazer consensualmente seu direito”, asseverou. A decisão segue linha de julgamentos do STJ em casos similares, como nas hipóteses de indenização pelo seguro por danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre (DPVAT), compensação tributária, habeas data e cautelar de exibição de documentos, por exemplo. RESP 1310042”.

Em síntese, o resultado esperado é a concessão do benefício de forma correta pelo INSS, evitando assim a correção pelo Poder Judiciário.

Dentro de uma expectativa macro, o resultado esperado diz ao alcance dos desideratos constitucionais descritos nos artigos 194 a 203 da Constituição Federal.

Pode-se então falar em um resultado *lato*, e um resultado *strictu sensu*. O resultado *lato* diz respeito ao aprimoramento concreto da política pública como um todo, e o resultado *strictu* se limita ao interesse do requerente no caso concreto. O resultado do caso concreto *strictu* deve permitir o aperfeiçoamento do resultado *lato* como um todo. As decisões sejam administrativas ou judiciais devem estar alinhadas ao fim da política pública previdenciária como um todo.

O resultado *strictu*, sem o prévio requerimento, impede o aprimoramento da política pública previdenciária, porquanto tira a responsabilidade do seu executor o INSS. O Judiciário deve entender que deve ajudar no aprimoramento do INSS, e não substituir o executor da política pública, o que gera uma distorção.

B - O CASO DA EFICÁCIA DO EPI EFICAZ

Outra distorção gerada pelo entendimento do Judiciário que assoberba os tribunais diz respeito à contagem de tempo de aposentadoria especial quando o EPI é eficaz. Trata-se do RECURSO EXTRAORDINÁRIO POR MEIO DE AGRAVO (ARE 664335), onde se reconheceu a repercussão geral sobre o tema sobre a eficácia do Equipamento de Proteção Individual e o direito à contagem de tempo de serviço especial para a aposentadoria⁹.

9 “Notícias STF.Sexta-feira, 22 de junho de 2012. *Descaracterização do tempo de serviço especial pelo uso de equipamento de proteção é tema com repercussão. O fato de o trabalhador utilizar equipamento de proteção individual (EPI) capaz de reduzir os efeitos nocivos de um agente insalubre afasta o seu direito à contagem do tempo de serviço especial para a aposentadoria?* Para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), se a nocividade dos agentes presentes no ambiente de trabalho é eliminada ou reduzida a níveis toleráveis pela utilização de EPI eficaz, com a correspondente desoneração da empregadora do pagamento do adicional (SAT) destinado especificamente ao custeio das aposentadorias especiais, a resposta é afirmativa. Mas este não foi o entendimento da Primeira Turma Recursal da Seção Judiciária de Santa Catarina, que aplicou ao caso a Súmula 9 da Turma Nacional de Uniformização (TNU), segundo a qual “o uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o tempo de serviço especial prestado”. Ainda segundo a Primeira Turma Recursal da Seção Judiciária de Santa Catarina, o reconhecimento da atividade especial não está condicionado ao recolhimento de um adicional sobre as contribuições previdenciárias. Segundo o colegiado, se o recolhimento de tais contribuições é devido ou não, deve ser monitorado pelo INSS, em nada interferindo no reconhecimento da especialidade. A questão, trazida ao STF por meio do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 664335) interposto pelo INSS,

O legislador estabeleceu critérios técnicos para se aferir a contagem de tempo especial, fundamentado em análises científicas, determinando a eficácia dos Equipamentos de Proteção Individual- EPI, ou Coletiva, para proteger a saúde do trabalhador. Situação esta reconhecida pela própria Justiça do Trabalho.

A jurisprudência predominante na justiça federal de todas as regiões é representada pelo Enunciado 09 da Turma Nacional de Uniformização – TNU, no sentido de que o EPI não é capaz, mesmo se usado de maneira correta, de eliminar ou amenizar a insalubridade. O Enunciado 09 da Turma Nacional de Uniformização assim estabelece:

Enunciado 09 da TNU - O uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o tempo de serviço especial prestado.”(DJ DATA:05/11/2003 PG:00551)

De outro modo, mesmo não havendo insalubridade em face da eliminação, não só no que tange ao ruído, mas também em relação a outros agentes, o INSS tem que arcar com os custos da aposentadoria especial do trabalhador, sem a devida contraprestação financeira. Não é preciso ser especialista em finanças para compreender que se trata de uma verdadeira tragédia anunciada para os cofres da previdência.

Além do resultado da norma não ser alcançado, qual seja, resguardar o trabalhador pelos danos sofridos à sua saúde, porque está protegendo um trabalhador que não teve sua saúde afetada, gera-se um desequilíbrio grave nas contas da previdência social, afrontando diretamente os artigos 194, V (equidade na forma de participação no custeio) e 195, §5º da CF (Nenhum benefício ou serviço da seguridade

teve a repercussão geral reconhecida por meio do Plenário Virtual e será julgada pela Corte. A decisão dos ministros do STF neste processo deverá orientar todos os litígios semelhantes, em todas as instâncias do Poder Judiciário. De acordo com o relator do processo, ministro Luiz Fux, a questão constitucional posta à apreciação do STF pelo INSS será discutida à luz dos artigos 195, parágrafo 5º, e 201, caput e parágrafo 1º, da Constituição Federal. “A meu juízo, o recurso merece ter reconhecida a repercussão geral, haja vista que o tema constitucional versado nestes autos é questão relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, e ultrapassa os interesses subjetivos da causa”, afirmou o ministro Fux em sua manifestação pela repercussão geral da matéria. No caso em questão, um auxiliar de produção trabalhou entre 2002 e 2006 no setor de usinagem de uma empresa de Chapecó (SC) e laudos apontaram que o ruído chegava a 95 decibéis de modo habitual e permanente. A empresa afirma que os EPIs fornecidos eram adequados para afastar os efeitos nocivos do agente insalubre. O INSS afirma que, ao reconhecer a especialidade do período, ignorando as informações apresentadas no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) que comprovam que o trabalhador não exerceu atividade sob condições especiais porque utilizou equipamentos de proteção individual eficazes, a Primeira Turma Recursal da Seção Judiciária de Santa Catarina violou o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, na medida em que concedeu benefício previdenciário sem a correspondente fonte de custeio.”

social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total).

A legislação da seguridade social caminha no mesmo sentido da orientação da Justiça do Trabalho, que é diametralmente oposto ao entendimento da Justiça Federal e do STJ- Superior Tribunal de Justiça, em que a empresa não contribui se houver a efetiva eliminação da insalubridade. O TST já possui enunciado da súmula no sentido de que não há direito de cobrança do adicional de insalubridade quando há eliminação da insalubridade:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - FORNECIMENTO DE EPI'S.
A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional." (Súmula nº 80 desta Corte).

Neste mesmo raciocínio ainda, há afronta direta ao Enunciado 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal porque deixa de aplicar a legislação federal sem qualquer justificativa. Ao afastar a incidência das Leis 8213/91 e 8212/91, e seus respectivos regulamentos, no que tange ao benefício de aposentadoria especial e sua fonte de custeio, há afronta direta ao Enunciado 10 da Súmula Vinculante do STF, e, outrossim, ao art. 97 da Carta Magna, por deixar de aplicar a norma sem declará-la inconstitucional.

Súmula Vinculante 10

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Insta ressaltar ainda, que em vários casos, há indícios de fraude em face desta análise distorcida da Justiça Federal, uma vez que não há nenhum prejuízo para as empresas em declarar que há utilização de EPI de forma eficaz. O ônus é assumido somente pela previdência.

Apesar do empresário auferir lucro, a sociedade arca com os custos de sua atividade em face desta visão distorcida da política pública de aposentadoria especial.

São inúmeros os indicadores, dados, e estatísticas, que demonstram a necessidade de se declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, e o acerto da atual política de concessão do benefício de aposentadoria especial pelo INSS.

Para a sociedade e para o INSS, o importante é não arcar com os custos da atividade empresarial.

Em outras palavras, trata-se de um caso claro de “ativismo judicial”, uma vez que a Justiça Federal age como legislador ao determinar regras totalmente incoerentes com a lógica do benefício e do sistema previdenciário que exige o custeio.

Permanecendo o atual entendimento, a sociedade continuará arcando com o ônus que deveria ser da empresa que auferiu o lucro pela atividade insalubre ou perigosa, o que não é permitido pela própria Justiça do Trabalho.

Em suma, a sociedade arca com os custos advindos de um entendimento da Justiça Federal contrária à lei, contrária aos conhecimentos científicos a respeito do assunto, contrária à própria jurisprudência trabalhista do TST, que entende que o EPI elimina a insalubridade e periculosidade, impedindo o custeio de forma correta.

Nem mesmo a classe trabalhadora organizada em sindicatos questiona a correição da política. Mas o Judiciário Federal quer fazer às vezes da classe trabalhadora e distorcer a realidade de uma forma que causa prejuízo para a sociedade como um todo.

Na medida em que alguns são privilegiados ao desconsiderar a realidade da eficácia do EPI, aposentando bem mais cedo, a maioria tem que contribuir muito mais tempo, correndo o risco do regime previdenciário ser alterado dentro de um horizonte de médio prazo, prorrogando o período de contribuição mais ainda, por incoerência como esta gerado pelo Enunciado 09 da Súmula da TNU.

Para o INSS o importante é a coerência, o equilíbrio da política pública como um todo. Mister se faz seja declarada a fundamentação para a não aplicação da legislação pertinente pelo Judiciário, arcando com as consequências de decisões descompassadas com os resultados esperados em termos de política pública previdenciária equilibrada.

Assim, espera-se, na medida em que esta tese chegar ao STF, ou seja determinada uma fonte de custeio pela declaração da inconstitucionalidade da política de concessão de aposentadoria especial, ou seja declarada constitucional a atual política, de modo a permitir o fim deste questionamento no Judiciário Federal, reduzindo ainda um custo para uma Justiça já assoberbada. Vários países europeus estão passando por crises severas, onde até a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito estão sendo desrespeitados, em função de decisões erradas quanto a

sustentabilidade financeira do sistema, como a desconsideração da eficácia do EPI, que causa desequilíbrio, gerando um resultado antevisto trágico.

C - O CASO DA DESAPOSENTAÇÃO E DO FATOR PREVIDENCIÁRIO

Na mesma linha, encontram-se em sede de repercussão geral dois temas que abarrotam o Judiciário. O da Desaposentação¹⁰ e a constitucionalidade do Fator Previdenciário¹¹.

O resultado para o cidadão é a aposentadoria de forma coerente com a contribuição ofertada ao sistema. Mais uma vez, necessário que se tenha a consciência dos resultados gerados pela procedência ou improcedência destes assuntos.

O Supremo Tribunal Federal terá que alinhar a atuação de todo o Judiciário nacional de acordo com o texto legal e o equilíbrio

10 “RE 661256 Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, caput e XXXVI, 40, 194, 195, caput e §5º, e 201, §1º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de reconhecer validade jurídica ao instituto da desaposentação, por meio do qual seria permitida a conversão da aposentadoria proporcional em aposentadoria integral, pela renúncia ao primeiro benefício e cômputo das contribuições recolhidas posteriormente à primeira jubilação. Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Min. Gilmar Mendes e Min. Joaquim Barbosa.”

11 Segunda-feira, 24 de dezembro de 2012. INTERPRETAÇÃO SOBRE INCIDÊNCIA DO FATOR PREVIDENCIÁRIO TEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. Nos benefícios concedidos a segurados filiados ao Regime Geral de Previdência Social até 16/12/1998 deve prevalecer a incidência do fator previdenciário, criado pela Lei 9.876/99, ou as regras de transição trazidas pela Emenda Constitucional (EC) 20/98? Essa questão, discutida no Recurso Extraordinário (RE) 639856, teve repercussão geral reconhecida, por meio de votação no Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF). O Supremo decidirá qual regra deve ser observada no cálculo de benefícios previdenciários para segurados filiados ao Regime Geral de Previdência até a data da promulgação da EC 20/98. A decisão do STF será aplicada aos processos similares em curso nos demais tribunais do país. O relator do recurso, ministro Gilmar Mendes, manifestou-se pela existência de repercussão geral, por considerar que a questão constitucional suscitada apresenta “relevância econômica, jurídica, social e política e que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.” A edição da lei que instituiu o fator previdenciário para o cálculo da aposentadoria proporcional ao tempo de contribuição estava prevista na própria emenda constitucional. A nova legislação trouxe regras que alteraram o período básico de cálculo a ser considerado para efeito de concessão do benefício e criaram o fator previdenciário. Tal fator abrange a expectativa de sobrevida do segurado, seu tempo de contribuição e sua idade, sempre no momento da aposentadoria, bem como fixa nova alíquota de contribuição. Recurso. O recurso extraordinário foi interposto contra acórdão do Tribunal Regional da 4ª Região (TRF-4), que decidiu pela aplicação do fator previdenciário no caso de aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, quando deferida com cômputo de período posterior à Lei 9.876/99. O artigo 6º da Lei 9.876/99, dispõe que “é garantido ao segurado que até o dia anterior à data de publicação desta Lei tenha cumprido os requisitos para a concessão de benefício o cálculo segundo as regras então vigentes”. Entretanto, o acórdão do TRF-4, ao interpretar a EC 20/98 e a legislação posterior, concluiu não haver óbice à incidência da nova legislação – incluindo o fator previdenciário – aos benefícios concedidos com cômputo de tempo posterior à vigência da Lei 9.876/99. Para a autora do recurso, a introdução do fator previdenciário no cálculo do salário-de-benefício não é inconstitucional. Contudo, pondera o recurso que a aplicação desse fator não deve ocorrer em relação aos benefícios anteriores, concedidos com base na regra de transição estabelecida no artigo 9º da EC 20/98. A interpretação para o caso caberá agora ao Plenário do STF. RE 639856.

econômico financeiro da política pública, evitando crises em momentos de escassez, como vivencia a Europa.

D - O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSECUÇÃO DO RESULTADO

Neste contexto, mister se faz compreender que o Ministério Público - MP pode e deve ajudar. O art. 127 da Constituição Federal é cristalino. Cabe ao MP defender o interesse social da política pública previdenciária, auxiliando nos desideratos maiores de coerência da política pública previdenciária. O MP pode e deve acompanhar os resultados de perto, de forma a intervir estrategicamente na consecução da política pública.

Este papel fica bem claro no exemplo dado pela Ministra Eliana Calmon, que verificou a incapacidade do requerente e a ineficiência do INSS naquele momento, que negou indevidamente o benefício.

A atuação do Judiciário terminou na correta concessão do benefício. Todavia, o Ministério Público poderia ter verificado o interesse social na padronização do procedimento naquele determinado contexto. Será que seria somente um caso isolado? Havia falta de médicos? Tratava-se de alta programada?

Outro exemplo crucial do papel do Ministério Público foi a Ação Civil Pública nº 0004911- 28.2011.4.03, promovida no TRF 3ª Região, que permitiu o cumprimento da decisão no Recurso Extraordinário STF nº 564.354/SE, relativamente ao pagamento das revisões relativas ao teto das Emendas 20 e 41 da CF/88, conforme a RESOLUÇÃO DO PRESIDENTE DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS - Nº 151 DE 30.08.2011, publicada no D.O.U.: 01.09.2011. Talvez, sem esta ação, milhares de brasileiros ficariam sem o direito de receber a revisão do benefício, acarretando a decadência, como já ocorreu no passado. O que destoa do desiderato social da Carta Magna brasileira.

5 CONCLUSÃO

Por mais competente que o gestor possa ser, não há possibilidade de se alcançar o resultado esperado se o Judiciário não compreender seu papel de aliado na execução do planejamento da política pública.

A política previdenciária foi tomada como exemplo porquanto ilustra claramente as dificuldades que o Judiciário pode impor na sua execução.

Conforme ilustrado, caso seja necessária e legítima a intervenção do Judiciário, esta deve ser feita de forma completa, verificando toda a

sistematicidade da política pública, de forma a alinhar os desideratos constitucionais de bem comum com o desenvolvimento do país.

O resultado esperado para a política pública previdenciária é uma política equilibrada, coerente e solidária, que permita o bem estar comum, e não o privilégio de alguns que conseguem judicialmente algumas vantagens que na verdade distorcem a política pública como um todo.

Espera-se, por fim, ter ficado demonstrado que o controle judicial pode e deve ajudar no aprimoramento das instituições, mas para isto, necessário se faz o alinhamento das decisões judiciais com os resultados esperados em nível macro, e de médio e longo prazo.

REFERÊNCIAS

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VELOSO, Juliano Ribeiro Santos. Uma proposta de harmonização dos conflitos entre os Poderes por meio da compreensão do Instituto Jurídico do Planejamento, do Ativismo Judicial, do Ato e Processo Administrativos. In: *Gestão pública e desenvolvimento* Organizadores: José Celso Cardoso Jr; Roberto Rocha C. Pires. - Brasília: Ipea, 2011. v. 6 (314 p.).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pesquisa do CNJ – 100 maiores litigantes*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas/judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em: 14 jan. 2013.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. *Resultado do RGPS – Fluxo de Caixa INSS/Informar/DATAPREV. SPS/MPS*. Disponível em: <www.previdencia.gov.br>. Acesso em: 14 jan. 2013.



ADVOCACIA PÚBLICA, EFICIÊNCIA, COMPROMETIMENTO E COMBATE À CORRUPÇÃO

*GOVERNMENT ADVOCACY, EFFICIENCY, COMMITMENT
AND ANTICORRUPTION EFFORT*

Pedro Vasques Soares

*Advogado da União. Pós-Graduado em Direito Público PUC-MG; Integrante da
Comissão de Advocacia Pública da Ordem dos Advogados do Brasil OAB - Seção MG;
Representante dos Advogados da União - PUMG - na Escola da Advocacia-Geral da
União em Minas Gerais*

SUMÁRIO: Introdução; I Desenvolvimento; I - A Da Advocacia Pública e da eficiência ; I - B Da Advocacia-Geral Da União; I - C Da corrupção; I - C - 1 Introdução; I - C - 2 A idéia de prevenção; I - C - 3 O custo da corrupção? I - C - 4 Combater á corrupção é elemento essencial á concretização do Estado Democrático de Direito; I - C - 5 Corrupção e seus efeitos na Representação Política; I - C - 6 Conceituação de corrupção; I - C - 7 As abordagens teóricas sobre corrupção; II - C - 8 A abordagem de Maquiavel; I - C - 9 A Corrupção como fenômeno sociológico; I - C - 10 Noção de accountability e de improbidade; I - C - 11 Corrupção e a tolerância brasileira; I - C - 12 O controle social da corrupção; I - C - 13 Controle social exercido por

Organizações Não-Governamentais - ONGs; I - C - 14 Responsabilidade social empresarial; I - C - 15 A imprensa e o combate á corrupção; I - C - 16 Sistema público de combate á corrupção; I - C - 17 Mecanismos de combate á corrupção; I - D - Da eficiência e do comprometimento organizacional; I - D - 1 Da especificação do problema; I - D - 2 Da busca de uma resposta; I - D - 3 Da verificação; I - D - 4 Do comprometimento organizacional; I - D - 5 Dos Resultados; I - E - Da eficiência e do comprometimento; II - Conclusão; Referências.

RESUMO: Trata-se de Artigo apresentado em conclusão de curso de Pós Graduação *lato sensu* em Advocacia Pública que, na temática, busca analisar em termos de eficiência, o quadro existente no combate jurídico á corrupção, como meta institucional fundamental da Advocacia-Geral da União, focando, porém, dentre os mecanismos de controle, aquele que passa pela participação direta do servidor público. Assim, conceituando e compreendendo o fenômeno extrajurídico da corrupção, chega-se a verificar que não há, dentre as fórmulas jurídicas indicadas como necessárias ao eficiente combate á corrupção, maior desenvolvimento àquela que trate da relação entre o servidor público, protagonista e principal vilão, ao mesmo tempo, do mal estudado, e a Administração a que vinculado. Daí evidenciar-se o conceito do comprometimento organizacional, oriundo da ciência da Administração, como estudo de elo necessário á busca da eficiência na defesa do erário. Nesse ponto, em termos de demonstração empírica, apresenta-se estudo feito justamente em ambiente da Advocacia-Geral da União, ente republicano com constitucional atribuição de combate á corrupção, a bem demonstrar que a consideração do elo entre servidor e Administração é preocupação imprescindível na busca da eficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública. Eficiência. Combate Jurídico à Corrupção. Meta Fundamental. Advocacia-Geral da União. Mecanismos de Controle. Participação do Servidor Público. Busca da Eficiência na Defesa do Erário. Estudo de Caso.

ABSTRACT: Article presented in conclusion of a graduate degree in Public Law, which, within it's theme, tries to analyze in terms of efficiency, the existent picture in the legal combat to corruption, as a fundamental institutional goal of the Public Attorney's Office, focusing, however, within the control mechanisms, on the one that goes through

a direct participation of the public employee. Thereby, conceptualizing and understanding the extralegal phenomenon of corruption, it's verified that there isn't, among the legal formulas indicated as necessary in the efficient combat to corruption, more deployment to the one that studies the relationship between public employee, protagonist and main villain, at the same time, of the evil studied, and Public Administration. Thence evidence the concept of organizational commitment, native of the Business science, as a study of the required bond in the search of efficiency in the defense of the exchequer. At this point, in terms of empirical demonstration, is presented a study conducted precisely in the "Advocacia-Geral da União", republican being with constitutional attribution of combating corruption, properly demonstrating that the consideration of the bond between public employee and Public Administration is indispensable concern in the search for efficiency

KEYWORDS: Public Administration. Efficiency. Legal Combat to Corruption. Fundamental Goal. Advocacia-Geral da União. Control Mechanisms. Public Employee Participation. Search for Efficiency in the Defense of the Exchequer. Case Study.

INTRODUÇÃO

A história humana é marcada por periódicas constatações de corrupção, de desvios de legalidade. Até que ponto tal ocorrência atávica é fruto de aspectos subjetivos, antropológicos, humanos, e o quanto fatores sociais, políticos, econômicos e jurídicos influenciam em tais ocorrências, nos parece questionamento universal ainda não respondido.

Não é, de maneira alguma, pretensiosamente tentar responder com uma solução ao questionamento acima, nosso objetivo com o presente texto.

O que se quer é apenas contribuir, após uma análise geral e superficial dos agentes públicos e privados envolvidos no combate á corrupção, tendo foco na eficiência, com a verificação de efetividade das soluções já apresentadas no Estado Brasileiro e, sim assim parecer conveniente, apontar que uma mais seja intensificada.

No presente texto, pois, partimos da identificação de uma estrutura estatal, suas atribuições, competências e características, qual seja; a Advocacia-Geral da União, como mais uniforme representante da Advocacia Pública; para se analisar e perceber o papel de tal ente no combate á corrupção. Mas esperamos um pouco mais.

Passando pela necessária compreensão ou percepção do que é a corrupção, em suas várias facetas tangenciadas nas ciências humanas, buscamos verificar se os instrumentos jurídicos disponibilizados á Advocacia-Geral da União, e também a todos os demais entes públicos e privados solidariamente responsáveis pelo combate a corrupção (como forma mais necessária de controle estatal), são suficientes ao míster, tendo em vista a característica multidisciplinar, ou multi-conceitual do mal estudado.

Certo que o controle social, diretamente pela Sociedade e também pela mídia, tem imprescindível papel na identificação do ímprobo e na apuração de denúncias, mas é o ordenamento jurídico, pelas regras de direito como devido processo legal e ampla defesa, que concretamente poderá recompor o patrimônio público e aplicar penas restritivas de direitos, (seja de caráter Administrativo, Penal ou cível), àqueles regularmente identificados como agentes corruptos.

Daí o enfoque na atuação jurídica.

Parece-nos, de qualquer forma, tema imprescindível á melhoria da sociedade e à concreta implementação do Estado Democrático de Direito. Justifica-se, em nosso sentir, estudo do que o próprio Estado apresenta como Sistema de Combate á Corrupção, pela necessidade de se identificar o que efetivamente funciona, ou pode funcionar, e o que representa não mais que gasto público descabido, a combalir a já vitimada sanidade Fiscal, quais são os entes ou agentes que podem ou devem contribuir em tal função estatal, além dos mecanismos que detenham, passíveis ou não de reconfiguração.

Necessário, pois, o estudo para se compreender as razões e fundamentos de regras e atuações dos entes como Controladoria-Geral da União, Tribunal de Contas da União, etc, determinadas por agentes políticos de alto escalão e seu espelhamento com o que estabelecido na Carta Constitucional e em leis infraconstitucionais. Ou seja, faz-se necessário tornar claro o porquê da existência de determinados mecanismos e regramentos, para que, então, se perceba sua eficácia e sua imprescindibilidade, ou não, ao conjunto de entes de controle e suas atribuições.

Daí, em nosso sentir, justificar-se o estudo efetivo do combate á corrupção pelo próprio Estado no Brasil. E isso, de início, talvez com matérias ou cursos específicos nas graduações e pós-graduações jurídicas.

Objetivo seria, então, analisar, em termos de racionalidade e eficácia, as formas de combate á corrupção pelo Estado, com o detalhamento das atribuições dos entes com papel específico em tal seara, destacando-se a Controladoria-Geral da União, Tribunal de Contas da União e Advocacia-Geral da União.

Mais especificadamente, em tal necessidade educacional do país, poder-se-ia cogitar em:

- a. identificar, com base em ciências humanas, a corrupção como um problema antropológico, histórico, político, econômico e ou social, e apresentá-la como fenômeno do qual se deve ocupar e combater o Estado e toda a sociedade;
- b. identificar os entes públicos Estatais de controle e combate á corrupção e suas atribuições, assim como os papéis possíveis á participação social;
- c. identificar os mecanismos normativamente criados para atuação de cada um desses entes, além da justificativa de sua existência;
- d. identificar os limites, barreiras e regramentos que existem no exercício das atribuições dos órgãos previamente referidos, taxando-as de necessárias, se decorrentes de direitos e garantias juridicamente consolidadas; ou infundadas, se não firmes em razões de legalidade, razoabilidade, economia, eficiência e interesse público;
- e. identificar e analisar casos concretos de atuação dos entes;
- f. identificar os acertos, falhas, resultados positivos, negativos, a efetiva recomposição do erário e a efetiva aplicação de penas como decorrência desse conjunto de ações e atribuições;
- g. identificar e propor medidas e alternativas possíveis como formas de combate jurídico á corrupção.

Dessa forma, e a deixar mais transparente “o fundo finalístico” do presente texto, o que se percebe necessário é profissionalizar, aprofundar, a compreensão e o combate ao que é corrupção, passando pela imprescindível seara acadêmica, mas chegando, forte ainda na eficiência, na prática atuação dos órgãos constitucionalmente incumbidos de não permitir que a ilegalidade, a imoralidade, inviabilizem a efetiva concretização das bases axiológicas do Estado Democrático de Direito.

Certo, pois é retornado á limitação do estudo que se quer propor, que não podem atuar isoladamente as entidades parceiras no combate á corrupção, concretizando, até, o que se pode chamar de Sistema de combate á Corrupção.

E é tal sistema de combate a irregularidades que permitiria, teoricamente, criar-se desde inicial “barreira” ao cometimento de irregularidades, com o controle das Consultorias Jurídicas em Ministérios, órgãos da AGU, por exemplo, passando pela nacional atuação da Controladoria-Geral da União, de controle e análise, como decorre do nome, pela técnica e punitiva, mas ainda extrajudicial, manifestação do Tribunal de Contas da União, para desembocar-se, quando não suficiente a prévia tutela, na custosa e não célere demanda judicial, mas a qual busca a AGU, por seus órgãos de contencioso, dar adequada celeridade e efetividade na recomposição do erário.

Assim, todo esse sistema público de tentativa de combate á corrupção merece estudo em sua percepção, configuração, eficiência e justificativa, vez que um Estado com menor índice de malversação do que é público, e ai independentemente de a corrupção poder se enquadrar como um fenômeno antropológico, sociológico, político, econômico e mundial; é de interesse de toda a comunidade, não só a acadêmica.

Mas, após o tentarmos fazer, caminharemos a uma constatação. Mesmo se verificadas as diversas atribuições e competências dos diversos entes públicos e privados responsáveis pelo combate á corrupção, com a visualização dos diversos instrumentos á disposição, verificaremos que uma perspectiva, cara á conceituação do mal da corrupção, parece esquecida como, também, instrumento de combate á corrupção. Qual seja: a análise da relação Administração x servidor.

Ou seja, afora os diversos instrumentos de controle á corrupção, tão variados quantos são as formas desse fenômeno ocorrer, o que se propõe ao desenvolvimento de um estudo, seria a maior eficiência do controle e do combate á corrupção, se previamente considerada a relação entre o servidor e a Administração Pública. O que queremos propor é uma análise, no ambiente de controle dos atos públicos, que passe pela maior participação do servidor.

E a este ponto nos dedicaremos no capítulo final do presente texto, apresentando tal análise de elo, e o necessário incremento de preocupação com seus índices, como mais uma forma de combate á corrupção. Entretanto, tratar-se-ia de uma forma essencial, pois que prévia, não conflituosa, podendo ser utilizada como mecanismo de gestão pública e, se assim efetivamente caracterizar, eficiente.

Assim, o estímulo á participação do servidor pode se configurar instrumento prévio de inserção destes no controle dos atos da Administração, e tudo de forma não judicial, não conflituosa e, portanto, consensual. E como se daria tal estímulo?

No ponto insere-se o conceito, oriundo da ciência da Administração, do comprometimento organizacional, ou seja, o estudo do elo (que pode ser emocional, normativo, etc, como a frente se verá) da relação entre o Servidor e a Administração, Indireta ou Direta, empregadora.

Assim, o texto servirá, ou não, á comprovação do que se sugere: um aprofundamento na análise da citada relação, com significativos avanços que indiquem um maior comprometimento do servidor (no caso, para maior delimitação, do Advogado Público), contribuirá mais á sociedade quando do controle dos atos públicos, em especial no combate á corrupção, eis que prévio e participativo, do que a posterior utilização dos mecanismos jurídicos de controle e punição.

È, pois, o conceito de comprometimento organizacional e a preocupação com este, inserido na relação da Administração com o servidor público, em especial, da Advocacia Pública, que buscaremos apresentar como eficiente mecanismo de combate á corrupção.

Tudo, se tentará, demonstrado na parte final de maneira empírica, por amostragem, com a utilização de estudo, no campo da Administração, desenvolvido em unidade da Advocacia-Geral da União.

Nos parece, em suma, o que acima explicitado suficiente á introdução do que, talvez pretensiosamente, se buscou analisar. Esperamos, de qualquer forma, e nos sentiremos satisfeitos se o conseguirmos, que o destaque, o chamar á atenção para o tema, para a eficiência no combate á corrupção, mesmo que em aprofundamento limitado á Advocacia-Geral da União, já se apresente até como um mecanismo de controle ao mal mundial que, infelizmente, acompanha a história das civilizações, ou melhor, a história do homem.

I DESENVOLVIMENTO

I.A DA ADVOCACIA PÚBLICA E DA EFICIÊNCIA

Não de hoje é a eficiência que se visa em toda e qualquer atividade, pública ou privada. È mesmo nota de crítica que se faz ao serviço público: falta-lhe eficiência. E é traço que pode determinar o futuro, curto ou não, do agente privado.

Nesse contexto de busca por resultados, certo que o combate á corrupção no Brasil não tem as melhores notas. Não é exemplo de atuação efetiva, nunca foi. È a idéia de impunidade, de que o “crime”

compensa, é a sensação de injustiça, de êxito do errado e de fracasso do certo que colorem a tela do que se aqui, brevemente, propõe-se a discutir.

Pois bem.

Não há como negar-se o intróito. Mas há como reconstruir o futuro?

A Carta Constitucional Brasileira de 1988 traçou belas linhas á Advocacia Pública, alocando-a no Capítulo das Funções Essenciais á Justiça, mas sem a confundir em competências com outras instituições como Ministério Público e Defensoria Pública, o que indica atestado normativo da relevância do seu papel no intuito maior de, como encargo de todos os entes, órgãos e agentes de um Estado Democrático de Direito, concretizar os nortes axiológicos estabelecidos pelo paradigma estatal.

De fato, à Advocacia Pública se incumbiu de, além das atribuições atinentes á defesa judicial e extrajudicial do Estado e das políticas de Governo, outras, de perfil mais ativo. Aqui cabe respaldar com o sempre citado José Afonso da Silva¹ em trecho não pouco conhecido:

A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos direitos patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente, e veementemente, a defesa da moralidade pública que se tornou um valor autônomo constitucionalmente garantido. Não é que essa defesa lhe espaçasse antes do regime constitucional vigente. Mas, então, o princípio da moralidade tinha uma dimensão estritamente administrativa, quase como simples dimensão da legalidade, ligada aos problemas dos desvios de finalidade. Agora não, porque a Constituição lhe deu sentido próprio e extensivo, e abrangente da ética pública. O exercício de uma tal missão requer garantias específicas contra ingerências e contra atitudes mesquinhas de congelamento de remuneração.

Com tal relevante papel, certo que a Advocacia Pública precisará se aperfeiçoar, melhorando seu embasamento teórico, seus métodos, qualificando mais seus membros e, claro, com metas contínuas e crescentes de índices de produtividade, de resultados, ou seja, de eficiência.

É que apenas estará apta a contribuir efetivamente com a concretização do Estado Democrático de Direito, e como ente fundamental tem atávica atribuição, se atuar, agir e instigar a adoção de processos e procedimentos claros, objetivos, transparentes, pincelados interna e externamente pelo substantivo da democracia, e tendo como

1 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2006. p. 45.

norte não neblinável o respeito á legalidade, às normas jurídicas, sejam regras ou princípios.

Com tal cerne principiológico, a refletir também na vestimenta de seu agir exteriorizado, poderá, então, a Advocacia Pública ser considerada função essencial à Justiça e, também, contribuir efetivamente á consolidação do Estado que se espera por decorrência da Constituição Federal de 1988.

Ademais, cabe esclarecer que a Advocacia Pública, de Estado, não se confunde em termos conceituais da Advocacia de Governo, apesar de, como também o próprio Estado em relação ao Governo, terem traços de promiscuidade, às vezes saudável, muitas outras não.

Não por menos a legalidade é cerne, mas também as opções de políticas públicas, se dentro da moldura da jurisdição, devem ser igualmente viabilizadas no campo jurídico, ainda que aquela escolhida pelo gestor, pelo Administrador público, não fosse a mesma do procurador público.

Mas, parece-nos, também de fato, que o papel tem contornos mais delicados, multifacetados, relevante, guardando comprometimento, a Advocacia Pública de Estado, com valores permanentes a exemplo da Justiça, á dignidade, igualdade e do devido respeito à Ordem Jurídica.

I.B DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Dando ao texto contornos mais práticos, e delimitando a análise á Advocacia Pública no nível federal, certo que dentre a gama de afazeres constitucionalmente estabelecidos á essa função, perceptível a bipartição de funções básicas maiores, objetivamente consideradas: Assessorar, em papel também consultivo e Atuar em juízo, seja na defesa contenciosa ou na proatividade necessária á tutela do erário, do interesse público.

Nesse ponto, já escrevemos em texto de conclusão de especialização em Direito Público² que na função consultiva, a atividade do Advogado Público assume o papel primordial de controle prévio da legalidade, ou seja, a verificação sobre a obediência da Administração Pública ao ordenamento jurídico.

Por se tratar de uma atuação eminentemente preventiva, a atividade consultiva da Advocacia Pública possui a função de evitar o aumento do número de demandas administrativas e judiciais, uma vez que a sua atuação possui um caráter pedagógico em face ao administrador.

² SOARES, Pedro V. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Publicações da escola da AGU: Pós-Graduação em Direito Público – PUC/MG*, Brasília, 2010. Revista AGU. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>.

Assim é que ao Advogado Público compete verificar a compatibilidade das políticas sociais e econômicas em face da ordem constitucional, o que contribui para a observância dos direitos fundamentais. Em outras palavras, pode-se dizer que compete ao Advogado Público, no exercício deste relevante mister, o dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, bem como o aconselhamento dos agentes políticos, no intuito de que sejam adotados os atos destinados à afirmação dos valores jurídicos e democráticos tão pertinentes ao Estado Democrático de Direito³.

No que tange à atividade contenciosa, a Advocacia Pública também tem grandes objetivos a serem atingidos. Em sua atuação judicial, os Advogados Públicos buscam resguardar o interesse público, patrimonial ou não.

Sobre a questão, assim se manifesta Leonardo José Carneiro da Cunha⁴:

Com efeito, a Fazenda Pública revela-se como fautriz do interesse público, devendo atender à finalidade da lei de consecução do bem comum, a fim de alcançar as metas de manter a boa convivência dos indivíduos que compõem a sociedade. Não que a Fazenda Pública seja titular do interesse público, mas se apresenta como o ente destinado a preservá-lo.

A atuação dos Advogados Públicos em juízo não se orienta tão-somente pelo interesse pecuniário. Por meio dessa atuação, busca-se a manutenção e estabilidade da ordem jurídica, o cumprimento dos princípios constitucionalmente estabelecidos, bem como a viabilização das atividades administrativas.

Com efeito, ante a relevância das funções atribuídas à Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito, impõe-se que seja feita uma nova compreensão da importância dessa instituição, como um instrumento da sociedade na consagração de valores consubstanciados pela ordem jurídica, bem como no controle dos atos administrativos.

Em suma, a Advocacia Pública Consultiva colabora com a boa versação do patrimônio público e com o respeito aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da legalidade administrativa (não-criação de direitos subjetivos sem respaldo legal), além do devido processo

3 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado Revisitada – Essencialidade ao Estado Democrático de Direito. Revista Debates em Direito Público. *Revista de Direito dos Advogados da União*, Campinas, ano IV, n. 4. Millennium, 2005.

4 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 78.

e do contraditório nos atos e processos administrativos. Por outro lado, a Advocacia Pública Contenciosa defende a correta implementação dos direitos subjetivos, o que, em observância ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, garante a todos a solvência Estatal.

Assim, ambas as faces da Advocacia Pública colaborariam com o respeito à jurisdição, ou seja, com a atuação Estatal justa, razoável e principalmente legítima, não só conforme lei, mas conforme princípios fundamentais do direito, consubstanciados expressamente ou não na Carta Constitucional, o que, por evidente, leva à integração e efetivação dos valores, finalidades e objetivos do Estado Democrático de Direito.

A Advocacia Pública, pois, é legitimamente garantidora, em suas funções contenciosa e consultiva, dos princípios constitucionais e administrativos e da solvência estatal, ou seja, do interesse público primário e secundário, mostrando-se essencial à efetivação dos objetivos da República (art. 3º da CF/88), à consolidação de seus fundamentos (art. 1º, especialmente quanto à dignidade da pessoa humana) e, conseqüentemente, essencial à consubstanciação do Estado Democrático de Direito, não bastasse, como nota inicial e expresso no texto constitucional, essencial á Justiça.

Mas cabe complementar.

Nessa linha, em tentativa também de se diminuir o campo de atuação e, conseqüentemente, das palavras aqui escritas, certo que a Advocacia-Geral da União vem desenvolvendo, aos poucos, mas com rumo na meta constitucional de eficiência, atividade específica e pró-ativa na percepção, identificação e efetivo combate á corrupção no Brasil.

Ente do Estado Democrático de Direito, vinculado ao Poder Executivo como órgão mas com função diversificada, taxada de essencial á justiça pelo Texto Constitucional de 1988, a instituição, no que se percebe interna e externamente, vem se organizando e se programando, não de forma isolada, para buscar efetivamente a diminuição dos efeitos da malversação do erário, da corrupção, da improbidade, na sociedade e no Estado, seja na tentativa de impedir irregularidades em contratações, no seu atuar consultivo, de assessoramento do Poder Executivo, seja na recomposição concreta do patrimônio público dilapidado por agentes públicos e privados ímprobos, com a proativa atuação contenciosa.

A exemplo, vejamos a proposta da Advocacia-Geral da União que, através da Portaria n.º 15, de 25 de setembro de 2008, complementada pela Portaria n. 12, de 15 de dezembro de 2009⁵, criou, de forma

5 Portaria de criação

Nº 15, DE 25 DE SETEMBRO DE 2008

O Procurador-Geral da União, no uso de suas atribuições, resolve:

Art.1º Criar grupos permanentes de atuação pró-ativa no âmbito das Procuradorias-Regionais da União, Procuradorias da União e Procuradorias-Seccionais da União, no seguinte quantitativo:

[...]

Art. 2º *Compete aos Advogados da União que constituirão os grupos a que se refere o art. 1º, exclusivamente:*

I- propor e acompanhar:

- a) ação civil pública;
- b) ação de improbidade administrativa;
- c) ação de ressarcimento ao Erário decorrente de atos de improbidade ou cuja recomposição seja superior a um milhão de reais, independentemente da natureza; e
- d) ação de execução de julgados do Tribunal de Contas da União;

II- intervir no pólo ativo, se for o caso, em:

- a) ação civil pública;
- b) ação de improbidade administrativa; e
- c) ação popular.

III - atuar no âmbito extrajudicial com a instauração e acompanhamento de procedimento administrativo prévio tendente à coleta de documentos e informações indispensáveis à atuação judicial relativa aos incisos I e II;

IV - submeter às autoridades referidas na Ordem de Serviço PGU nº 10, de 25 de março de 2008, propostas de termos de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios que envolvam as situações de que tratam os incisos I e II;

[...]

Art. 3º Os Advogados da União que constituirão o grupo de que trata esta Portaria terão dedicação exclusiva, sendo as atividades desempenhadas consideradas de natureza relevante;

Portaria de Princípios

PORTARIA Nº 12 DE 15 DE DEZEMBRO DE 2009

Aprova o propósito e os princípios do Grupo Permanente constituído no âmbito da Procuradoria- Geral da União a partir da Portaria PGU nº 15/2008, publicada no Boletim de Serviço nº 39, de 26.9.2008.

A PROCURADORA-GERAL DA UNIÃO, no uso de suas atribuições legais e regulamentares, resolve:

Art. 1º Aprovar o propósito e os princípios do Grupo Permanente de Atuação Pró- Ativa constituído no âmbito da Procuradoria-Geral da União a partir da Portaria PGU nº 15/2008, publicada no Boletim de Serviço nº 39, de 26.9.2008.

Art. 2º Constitui propósito do Grupo Permanente de Atuação Pró-Ativa da Procuradoria-Geral da União: combater toda forma de corrupção e defender o patrimônio público, de modo a fomentar a honestidade e a ética na sociedade.

Art. 3º Os princípios abaixo elencados e suas correspondentes descrições devem pautar a atuação dos membros do Grupo Permanente de Atuação Pró-Ativa da Procuradoria- Geral da União:

I - Uniformidade: atuar harmonicamente, seguindo diretrizes comuns, buscando os mesmos fins e utilizando instrumentos de atuação semelhantes, sem prejuízo da capacidade criativa de cada membro do Grupo;

II- Articulação intra e interinstitucional: para atingir suas finalidades, o Grupo deverá manter instrumentos de cooperação mútua entre seus integrantes, bem como com outros órgãos e instituições com fins correlatos;

III- Comprometimento: o Grupo deve estar comprometido com a efetivação dos seus propósitos, mantendo-se leal às suas diretrizes e ao interesse público;

IV - Transparência: agir com transparência, provendo o acesso às informações sobre a atuação do Grupo (salvo as que estiverem sob reserva ou sigilo), assim como apresentar à sociedade os resultados obtidos;

V - Eficiência e efetividade: empregar, com agilidade e eficiência, todos os meios administrativos e judiciais disponíveis para combater a corrupção e defender o patrimônio público, de modo a viabilizar a execução das políticas públicas e a boa gestão administrativa;

organizada, grupo de atuação proativa no combate á corrupção, com posto por Advogados da União em exclusividade de atuação e que obteve significativos resultados nos anos de 2010 e 2011, tanto que agraciado com Premiação Especial do Instituto INNOVARE, em 2011 e ressaltado por organismos internacionais e nacionais, como ONU e Tribunal de Contas da União, como exemplo de passo firme em direção á eficiência no combate á corrupção, ás ilegalidades, contribuindo sobremaneira á construção de uma sociedade justa e solidária, objetivos da República e metas constitucionais dos entes, órgãos e agentes públicos que compõem o Estado Democrático de Direito.

Daí adequado dizer da necessidade de se aperfeiçoar, até como objetivo da República, a verificação do fenômeno da corrupção, dos males gerados e, necessariamente, dos entes e mecanismos existentes ao seu combate efetivo, razão pela qual alguns paradigmas atávicos, fruto de inércia estatal na área, deverão ser re-configurados, em prol do próprio Estado mas, principalmente, de todo o povo brasileiro.

Como visto, a Advocacia pública tem, forte no princípio da eficiência, dever de atuar no combate á corrupção.

De que forma, e se há outras, veremos á frente. Mas antes, o que é corrupção?

VI - Excelência na atuação: empregar a melhor técnica disponível no exercício de suas atribuições, buscando o constante aperfeiçoamento para o excelente desempenho das atribuições com dedicação na concretização dos propósitos do Grupo;

VII - *Interação com a sociedade: estimular a sociedade a participar das medidas de controle do patrimônio público e de combate a toda forma de corrupção.* O Grupo deve figurar como referência e destinatário natural de representações acerca de desvios e irregularidades;

VIII - Desconcentração: consiste na distribuição de poderes indispensáveis para cada membro do Grupo atuar de forma célere e eficaz, estimulando a liberdade técnica e a independência funcional dos Advogados da União;

IX - Especialização: o Grupo deve ser composto por Advogados da União com perfil proativo e capacitação específica para alcançar os objetivos propostos;

X - Exclusividade: os integrantes do Grupo devem atuar com exclusividade na realização das atribuições relativas ao Grupo, a fim de garantir a atuação coordenada, efetiva, especializada e eficiente, indispensável ao combate à corrupção e à defesa do patrimônio público;

XI - *Pró-atividade: pró-atividade significa a atuação persistente no combate à corrupção e na defesa do patrimônio público, por meio de medidas antecipativas, preventivas e construtivas, independentemente de provocação externa, e;*

XII - *Atuação responsável: a atuação do Advogado da União deve ser pautada pela consciência de sua função institucional, devendo zelar pela qualidade e pela eficiência do seu trabalho, bem como devendo evitar demandas temerárias, desproporcionais e infundadas.*

Art. 4º A presente Portaria entrará em vigor na data de sua publicação.

I.C DA CORRUPÇÃO

I.c.1 Introdução

A corrupção é assunto histórico, pré-medieval, e, ao mesmo tempo, atualíssimo, diário, cotidiano, muito mais na realidade brasileira. Tal já é, em nosso sentir, motivo para se dizer de corrupção.

E neste ponto do trabalho, para apresentar o problema, nos utilizaremos de uma série de estudos sobre o tema corrupção, em suas diversas perspectivas, sejam jurídicas, sociológicas e até semânticas, que foram colhidas de trabalhos de graduação, pós-graduação, mestrados e doutorados, ao fim um-a-um identificados⁶.

Vimos, então, rapidamente que a Advocacia Pública tem o dever de combater a corrupção. Mas o que é corrupção? E que tipo de corrupção caber-lhe-á combater, ante os mecanismos de que dispõe?

Este o desafio agora.

Ao fim, após tentarmos perceber as várias facetas da corrupção, passaremos á análise, então, da questão do comprometimento organizacional como instrumento de combate á corrupção, contribuindo, pois, ao efetivo “combate”, em respeito, finalmente, ao princípio da eficiência.

Daí, até, o título do presente artigo. Advocacia Pública e sua atuação, seu dever de combater á corrupção. Corrupção, o que é? E comprometimento organizacional do Advogado Público, como uma forma interna de combate eficiente da corrupção.

Pois bem.

Certo que, como visto, devemos despertar e fortalecer o interesse pelo combate á corrupção no ambiente universitário, além de estimular o desenvolvimento de estudos na área e conscientizar alunos e professores sobre o seu papel, como cidadãos e acadêmicos, no controle da corrupção.

Ora, pessoas são primordiais no combate á corrupção, que começa em casa, no ambiente familiar, depois no ambiente estudantil, no ambiente laboral, ou seja: É na sociedade que se começa a combater a corrupção e por ela que se o faz.

Assim, acreditamos que o presente texto já possa ser uma forma de prevenção á corrupção. É a educação, a consciência da moral e da ética

6 Utilizaremos-nos do direito de, desde já, informar que vários dos dados aqui utilizados em uma espécie de *pot-pourri* de textos e conceitos sobre corrupção, tem origem diretamente em tais estudos, cada um em sua temática, razão pela qual ao invés de se citar a referência parágrafo por parágrafo, texto por texto, já deixamos claro, de uma única vez, pois, que vários textos e ideias, com algumas exceções de textos deste Autor, pertencem aos Autores que serão, todos, devidamente referenciados ao fim.

que contribuem para a formação de cidadãos e, conseqüentemente, para a não proliferação de corruptos.

I.c.2 A idéia de Prevenção

Se se diz de corrupção, diz-se necessariamente de prevenção. Se começamos a prevenir a corrupção, começamos a combatê-la. Basta que se tenha a consciência das mazelas geradas na sociedade por tal mal para se perceber a missão a ser enfrentada. E basta que se dissemine a firme ideia de prevenir a corrupção, para que se inicie a jornada.

Certo que “o problema com as boas idéias é que elas acabam dando muito trabalho”.(Peter F. Drucker), mas “tudo na vida, mas tudo mesmo, depende de uma ideia inteligente e de uma decisão firme.” Goëthe.

Cabe, pois, ao povo brasileiro tomar essa firme decisão. E tal decisão firme devemos tomar nós, em nossas vidas, para tudo. Para escolher ser “moralmente correto”, “ético”, “probo”, a firmeza do caráter auxiliará, demonstrando-se nas pequenas coisas.

É assim, nos parece, que se previne e se combate a corrupção. Com cultura, educação, conhecimento, ou seja: crescimento moral e ético do ser humano.

I.c.3 O Custo da Corrupção?

Antes de se entranhar no emaranhado de conceitos, já nos socorreremos de estudo que menciona o custo corrupção. E tal preocupação inicial é extremamente pertinente.

Afinal, estamos a tratar de algo de pouco, ou muito impacto social e econômico?

Vejamos o que já foi escrito⁷. Para a obtenção, mesmo que aproximada, dos custos envolvidos com a corrupção, de forma que possamos perceber os impactos que traz para a concretização de ações de saúde e educação, é possível identificar na *internet* dados para alguma concretização realística do problema. Existem pesquisas que mostram, sob uma perspectiva macro, os custos decorrentes da corrupção em geral, não só da corrupção política.

O Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes – UNODC⁸ realizou pesquisas que indicam que *US\$ 1 trilhão de dólares são*

7 BOTELHO, Ana Cristina M. de P. *Corrupção política: uma patologia social*. 2008. 274 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília. p. 127

8 ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA DROGAS E CRIMES. *Corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. In: *Governança e Anticorrupção*. Disponível em: <<http://www.unodc.org/brazil/>>

gastos, anualmente, em suborno em todo o mundo, o que gera pobreza, atrapalha o desenvolvimento e afugenta investimentos. Observou-se que o quadro de corrupção é ainda mais acentuado em razão do constante desrespeito à legislação, da falta de transparência nos contratos e de um sistema judiciário falho e ineficiente.

Outra pesquisa relacionada com custos de corrupção foi feita pelo professor Marcos Fernandes⁹, Coordenador de Economia da Fundação Getúlio Vargas – FGV e autor do livro “A Economia Política da Corrupção no Brasil”. O estudo mostra que o impacto da corrupção nas contas públicas corresponde a 0,5% do PIB, que em 2005 atingiu R\$ 1,93 trilhão, o que fez com que recursos da ordem de R\$ 9,68 bilhões do PIB brasileiro, ou seja, quase a metade do valor orçado para investimentos no exercício de 2006, fossem destinados ao custeio da corrupção. O estudo mostra que se esses quase 10 bilhões de reais estivessem nos cofres públicos seria possível suprir, por exemplo, parte significativa do déficit habitacional, com a construção de aproximadamente 538 mil casas populares.

O IBOPE¹⁰ investigou, sob outro ângulo, não diretamente vinculado a custos, a corrupção política (Corrupção na Política: Eleitor Vítima ou Cúmplice), observando se os desvios estariam concentrados nas elites ou se teriam efeitos difusos sobre toda a sociedade. As principais conclusões advindas dos resultados da pesquisa foram as seguintes: *69% dos eleitores brasileiros já transgrediram alguma lei ou descumpriram alguma regra contratual; 75% cometeriam pelo menos um dos 13 atos de corrupção relacionados pela pesquisa, se tivessem oportunidade*. Não bastassem essas assustadoras conclusões, a pesquisa mostrou também que muitos desvios de conduta dos governantes, como contratação de parentes e transformação de viagens de serviço em lazer, são considerados normais pelos eleitores.

Assim, e como visto resumidamente no estudo desenvolvido, é a corrupção um fenômeno de grande impacto social, econômico e político mundial, o já indica que o fato de não existir, por exemplo, módulos ou matérias específicas nos cursos de graduação de direito dedicados a aprofundar do tema, bem demonstra uma despreocupação perigosa, irresponsável, e também causal do mal em si, quanto ao tema.

Daí, pois, o que se quer aqui desenvolver.

pt/programasglobais_corrupcao_publicacoes.html>. Acesso em: 23 ago. 2008.

9 SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *A Economia Política da Corrupção*. São Paulo: SENAC, 2005. p. 138.

10 INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA, PESQUISA E ESTATÍSTICA. Corrupção na Política: Eleitor Vítima ou Cúmplice. In: *Congresso Brasileiro de Pesquisa*, 2, 2006, LOCAL. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=3&proj=PortalIBOPE&pub=T&nome=pesquisa_opp_2006&db=cald>. Acesso em: 26 ago. 2008

I.c.4 Combater á corrupção é elemento essencial á concretização do Estado Democrático de Direito

Já escrevemos, e o fazemos inclusive nas peças judiciais, até para chamar á atenção do judiciário para a questão, que o combate á corrupção, o combate ás imoralidades administrativas, às ilegalidades e ilícitos de servidores públicos como de todo e qualquer um que receba verbas públicas, *é princípio fundamental que se impõe na substanciação de um Estado de Direito Democrático.*

A manutenção da ordem pública, a manutenção da legalidade, a boa gestão do patrimônio público são valores que se impõem ao Estado, á Administração, mas também a toda aquele que possa de alguma maneira efetuar o controle de tais situações, o que, no Brasil, ante o princípio republicano e o democrático, indicam desde os órgãos públicos especializados, como Ministério Público e Advocacia-Geral da União, os Tribunais de Contas, Controladorias, como também as esferas sociais como ONGS e, principalmente, o cidadão, o particular, o administrado, o servidor, que cientes desse dever cívico, vêm cumprindo, apesar de todas as ameaças, limitações e restrições, o papel de colaboradores da manutenção da moralidade, seja com ações populares, movimentações sociais, protestos e denúncias, ainda que anônimas, além das representações aos próprios órgãos de controle.

Percebe-se, pois que o combate á corrupção, ás ilegalidades é inerente ao Estado Democrático e deve ser entendido como direito e dever de todos.

Tal se dá por determinação constitucional:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ora, não há como implementar praticamente nenhum dos objetivos fundamentais da República sem o combate á corrupção, sem a atuação dos órgãos de controle, sem o controle social e, principalmente, sem se

evitar a impunidade, pelos vários motivos formais e temporais que por vezes surgem.

É justa a República com altos índices de corrupção e com elevado grau de impunidade? Desenvolve-se econômica e socialmente a República que não zela pela defesa de seu patrimônio? Pelo cumprimento das leis? Erradica-se a pobreza e a marginalização, reduzindo-se desigualdades sociais e regionais o Estado descumpridor de leis? O Estado sem controle, o Estado mal gerido e sem autocontrole, sem autotutela diminui desigualdades sociais? Diminui marginalização? O Estado corrupto, a Administração sem poder de fiscalização interna e externa contribui de alguma maneira com a diminuição da desigualdade social? Que bem de todos pode ser promovido sem o combate á corrupção? Como fazer prevalecer o bem de todos sem ferramentas para impedir a supremacia do interesse egoístico?

Sobre o fenômeno da corrupção e seus maléficos efeitos no Brasil, vale citar estudioso do tema, Dr Emerson Garcia, Doutorando e Mestre em Ciências jurídico- Políticas pela Universidade de Lisboa, Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa, quando, em sua tese *Repressão à Corrupção no Brasil: entre realidade e utopia*¹¹, melhor evidencia o que aqui se tenta demonstrar: Corrupção no Brasil:

A corrupção, por certo, não é invenção brasileira. Pode ser vista como efeito praticamente inevitável *de uma organização estatal deficiente*, qualquer que seja o país objeto de análise. É o que ocorre quando verificamos a presença de (a) *falhas no recrutamento de pessoal*, (b) *excessiva liberdade valorativa outorgada a agentes públicos, limitando a possibilidade de controle de suas decisões*, (c) *carência de estrutura material e humana nos órgãos administrativos, tornando-os ineficientes*, (d) *nítida precariedade dos instrumentos de controle* e (e) *entraves processuais que dificultam a aplicação das sanções cominadas*.

Contextualizando as características anteriormente referidas na realidade brasileira, observa-se, *inicialmente, em todas as esferas de governo, um excessivo quantitativo de cargos administrativos providos sem a prévia aprovação em concurso público*, fenômeno verificado a partir da década de sessenta do século passado, durante a ditadura militar. Esses cargos são rotineiramente utilizados para premiar

11 GARCIA, Emerson. *Repressão à corrupção no Brasil: entre realidade e utopia* = Repression of Corruption in Brazil : between reality and utopia / Emerson Garcia. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

apadrinhados políticos, nem sempre comprometidos com o evolover do serviço público. O pior é que o servidor de carreira, não raras vezes, passa a ser comandado pelos ocupantes desses cargos, o que, não bastasse o mau exemplo, se erige como nítido desestímulo ao seu empenho. *A ideia de liberdade valorativa, apesar de inerente a qualquer regime democrático, é constantemente deturpada.*

[...]

Entre os demais servidores públicos, a corrupção tende a ser maior, ou menor, conforme a amplitude do seu poder de decisão. Escândalos de corrupção envolvendo policiais e fiscais de tributos, especialmente aqueles vinculados aos estados-membros, são frequentes, o que certamente decorre da baixa remuneração oferecida e do fato de estarem na linha de frente no combate à ilicitude, o que lhes oferece uma ampla possibilidade de se envolverem em práticas corruptas.

[...]

Embora a corrupção seja uma prática conhecida por todos, sua repressão, apesar de todos os esforços, também é comprometida pela precariedade dos instrumentos de controle. A começar pelos órgãos policiais, passando pelo Ministério Público, avançando pelos Tribunais de Contas e culminando com o Poder Judiciário, isso sem olvidar os mecanismos de controle interno afetos a cada estrutura de poder, todos apresentam deficiências orgânicas. Mesmo aquelas unidades que apresentam estrutura mais avançada no âmbito da Federação brasileira não se mostram aptas a superar o volume de casos a serem resolvidos, o que procrastina a sua resolução e, por vezes, os relega ao esquecimento. *Não bastasse isso, os instrumentos de investigação, não obstante honrosas exceções, não têm acompanhado o aprimoramento das práticas ilícitas, a cada dia mais refinadas. Nem todos os órgãos dispõem de ferramentas e tecnologia adequadas ao seu objetivo.*

[...]

Por último, merece referência *a prodigiosa lei processual brasileira*, permitindo que um único processo passe por quatro instâncias diferentes, sendo disponibilizado um extenso leque de recursos

a tantos quantos pretendam subtrair-se ao alcance da Justiça. Além disso, um elevado quantitativo de agentes públicos goza do denominado “foro por prerrogativa de função”. Enquanto o cidadão comum deve ser julgado por um juiz, eles são submetidos originariamente a um tribunal. Como os tribunais não dispõem de estrutura adequada para conduzir um processo dessa natureza paralelamente à sua competência recursal, é *natural que a impunidade* seja a tônica, máxime com a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Considerando que as debilidades do sistema são mais bem exploradas pelos advogados mais talentosos, que normalmente só estão ao alcance das classes mais favorecidas, popularizou-se o adágio popular de que “rico não vai para a cadeia”.

A resultante dessa variada gama de aspectos negativos é um elevado custo social. As políticas públicas são sensivelmente atingidas pela evasão fiscal, que consubstancia uma das facetas dos atos de corrupção. Com a diminuição da receita tributária, em especial daquela originária das classes mais abastadas da população, diminui a redistribuição de renda às classes menos favorecidas e aumenta a injustiça social. Esse ciclo conduz ao estabelecimento de uma relação simbiótica entre corrupção e comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos sociais. Se os recursos estatais são reconhecidamente limitados, o que torna constante a invocação da “reserva do possível”, ao se tentar compelir o Poder Público a concretizar determinados direitos consagrados no sistema, essa precariedade aumentará na medida em que os referidos recursos, além de limitados, tiverem redução de ingresso ou forem utilizados para fins ilícitos”. (Grifos nossos)

Em verdade, tal percepção jurídica e sociológica é praticamente notória: A corrupção faz mal ao país. Todos devem combater a corrupção e o Estado depende, para sua regular concretização como de Direito, Democrático, de tal embate.

I.c.5 Corrupção e seus efeitos na Representação Política

Na linha de tentar desenvolver rapidamente os diversos enfoques da corrupção, nos utilizamos de relevante estudo que trata dos reflexos da corrupção na Representação Política, ou seja, os efeitos do mal no

Poder Legislativo e, mais especificadamente no Brasil, no Congresso Nacional¹².

Diz-se, então¹³:

Na medida em que a democracia representativa exige um patamar mínimo de igualdade material dos indivíduos para que tenham meios de formular opções políticas convictas, expressas na escolha de seus representantes, sem sucumbir às influências de uma dominação patrimonialista e, portanto, a práticas como “compra de votos” e “voto de cabresto”, a manutenção da pobreza de informações e de recursos financeiros da maior parte da população de uma sociedade configura um empecilho concreto para sua afirmação.

Além disso, diante dessa diminuta possibilidade de defesa que tem o instrumento da representação política em face do poder econômico, é indispensável, para que as engrenagens do sistema funcionem, que haja transparência na tomada das decisões políticas (seja pelo voto aberto dos representantes em todas elas, seja pela prestação de contas ou outros instrumentos). São imprescindíveis, ainda, e pelas mesmas razões, os mecanismos de controle e punição dos desvios de conduta dos mandatários do poder político.

Em especial, a crise da representatividade do Parlamento Nacional brasileiro é, de fato, potencializada por um dos aspectos que se considera emblemático de todo o cenário exposto: a corrupção política. E tal corrupção se dá tanto no processo eleitoral, nas eleições, como durante o exercício do mandato parlamentar. Em ambos os casos, como se verá, a corrupção assume a feição “bi-setorial”, pois depende da colaboração do poder econômico advindo da esfera privada.

Percebe-se, hoje, claramente com as diárias notícias da mídia, que a corrupção na representação política significa desvio dos recursos materiais (imprescindíveis à promoção da democracia, à afirmação da dignidade humana e à redução das desigualdades sociais) e; desvio de foco do debate político, afastando a necessária discussão das matérias mais relevantes e urgentes à população.

A corrupção política, pois, trava os mecanismos de atuação do Congresso Nacional, restando a este limitado ao embate de grupos, ou facções políticas (aqui em sentido negativo) com acusações recíprocas

12 LAUANDOS, Artur R. *O congresso nacional no século XXI: os efeitos da corrupção sobre a representação política*. 2009, 279 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

13 Idem, p. 12.

de irregularidades administrativas, infrações político-administrativas, subornos, mas comum ímpeto realmente punitivo. Tudo contribui para o absoluto descrédito social, com a desconfiança popular, ferindo de morte a própria representação política democrática, pois não há mais representatividade possível com a ruptura da comunicação entre mandatários e mandantes.

Não custa reforçar que na função representativa, a corrupção gera reflexos profundos, atingindo núcleo inafastável de todas as funções parlamentares. Em sua concretização, insere na representação elos utilitários, particularizados, em atendimento a interesses privados, em claro detrimento ao interesse geral, público.

A corrupção, pois, inverte a lógica do mandato representativo, retrocedendo ao período medieval, eis que se lá se representavam interesses de grupos sociais limitados, mas pelo menos conhecidos; com a corrupção, insere-se na representação o elo oculto do poder, principalmente econômico.

Com a corrupção eleitoral, então, o Parlamento acorrenta-se a poderes ocultos que se utilizam de “Representantes” como marionetes, até como forma de retribuição ao suporte econômico à campanha, mas principalmente no intuito de se atingir interesses estritamente privados.

Vale ressaltar¹⁴ que os reflexos desse mal ultrapassam o campo da normatividade ou da legalidade, incidindo sobre campos como a economia. A corrupção traz efeitos perversos nessa área, pois: reduz o desenvolvimento econômico por representar riscos ao investimento externo e contribui para a manutenção do subdesenvolvimento institucional, trazendo ciclos de má-administração pública.

Não bastasse, a corrupção gera profundos impactos institucionais¹⁵, pois cria grave risco à manutenção da democracia. Ora, ao se enfraquecer pilares como transparência, igualdade e a “responsabilização”, a corrupção serve como catalisador ao desvirtuamento de valores democráticos, podendo levar a rupturas e “soluções” autoritárias.

Conclui LAUANDOS¹⁶, então, que:

a democracia (compreendida, dentre suas diversas acepções, como forma de organização social) caracteriza-se, essencialmente, por sua sujeição ao constante câmbio de valores e quebra de paradigmas, ou seja, pelo processo de secularização. Assim, na sociedade democrática, as condutas individuais seriam norteadas por critérios

14 LAUANDOS, op. cit., p. 16.

15 Ibid. p. 265

16 Ibid. p. 265-267

eletivos muito instáveis, de modo que as condutas, no meio político, estariam sujeitas às investidas de outros sistemas sociais, como, por exemplo, o sistema econômico.

E mais:

A corrupção atua, pois, como um fator catalisador na quebra do código democrático que orienta o sistema político, na medida em que interesses privados de outros sistemas introduzem-se no meio político. Em suma, cada vez mais interesses privados e públicos misturam-se, gerando uma re-confusão entre a coisa pública e a privada, ocasionando retrocessos ou rompimentos institucionais. Os riscos à democracia, assim, são potencializados pela corrupção.

Visto, pois, uma das principais preocupações que se deve ter em Estado contaminado pelo mal da corrupção, como o Brasileiro, qual seja, o presente e constante risco à Democracia.

I.c.6 Conceituação de corrupção

Mas o que é corrupção?

Na necessária conceituação, até para que tornemos o mal mais tangível, menos abstrato, dois ou três textos se dedicam com a profundidade que aqui se entendeu adequada.

Assim, em tais referências, a expressão corrupção^{17 18} se origina do latim *corruptione* e significa a ação ou efeito de corromper – decomposição, putrefação, depravação, desmoralização e devassidão¹⁹.

Quanto ao seu conceito, estes são inúmeros e variam de acordo com a perspectiva de cada estudioso, não lhes faltando, claro, um elemento comum, qual seja: interação entre indivíduos que corrompe as regras habituais.

Também a participação de agentes públicos para se obter fins privados, a co-participação entre o setor público e a iniciativa privada, o tráfico de influências entre esses dois grupos, são elementos do

17 GHIZZO NETO, Affonso. *Corrupção, estado democrático de direito e educação*. 2008, 293 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. p. 100.

18 CHRISPIM, Raquel. *Responsabilidade Social Empresarial na prevenção e combate à corrupção: uma iniciativa que pode reformular a relação entre empresas e estados?* 2007, 104 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas: Sociologia) – Instituto de Pesquisa do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p.33

19 Dicionário Michaelis: cor.rup.ção sf (lat corruptione) 1 Ação ou efeito de corromper; decomposição, putrefação. 2 Depravação, desmoralização, devassidão. 3 sedução. 4 Suborno. Var: corrupção” (MICHAELIS..., 1998. p. 595).

fenômeno, considerado pela ONG Transparência Internacional²⁰, que se retira de seu site, como o “*desvios de funções públicas para fins privados*”.

Certo que a corrupção tem tipologia penal: Código Penal, arts. 271, 272 e 218. Pode ser ativa, quando se oferece a agente público vantagens (ofertas, promessas, propinas), para que este retarde, pratique ou omita ato de ofício, de forma a trazer benefícios ao subornante; ou passiva, quando o agente público solicita ou recebe para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem indevida, ou aceita promessa de tal vantagem, desde que tais fatos ocorram em razão da função, ainda que fora dela ou antes de assumi-la (Código Penal, arts. 317 e 333).

Mas é muito mais que isso.

Pode ser do político, quando praticada especificamente por agentes políticos, individualmente considerados; ou na política, quando se dissemina por toda a atividade política, ou seja, é a que penetra o próprio sistema político, sendo, pois, sistêmica

Para o *Banco Mundial*²¹: “*corruption is the abuse of public office for private gain*”, ou abuso de cargo público para ganho privado.

O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa descreve o termo como “*a disposição apresentada por funcionário público de agir em interesse próprio ou de outrem, não cumprindo com suas funções, prejudicando o andamento do trabalho*”²².

Daí a riqueza conceitual da expressão corrupção, o que bem demonstra a dificuldade de sua percepção como fenômeno em um dado caso concreto, até porque pode vestir-se de elementos das mais variadas ciências, e, como consequência lógica, indica que não há êxito em tentar-se seu combate apenas como um fenômeno mono-disciplinar, devendo ser atacado na esfera política, social, ética, moral, econômica e, claro, jurídica.

I.c.7 As abordagens teóricas sobre corrupção²³

Também importa a adequada conceituação do fenômeno estudado, tangenciar as abordagens teóricas que podem influenciar ou ter influenciado na compreensão da corrupção.

20 TRANSPARÊNCIA BRASIL e BANCO MUNDIAL. *Corrupção na municipalidade*. São Paulo: levantamento de percepções, experiências e valores. Realizada em 2003 em parceria com a Vox Populi. Acesso: <<http://www.transparencia.org>>.

21 BANCO MUNDIAL. Disponível em: <<http://www.obancomundial.org>>.

22 HOUAISS; VILLAR; FRANCO, 2001

23 LOPES, Marcos Felipe M. *Corrupção: estudo sobre as formas de mensuração, seus determinantes e perspectivas sobre formas de combate*. 2011, 107 f. Dissertação (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. p. 19.

Não por menos as fontes indicadas salientam que os estudos sobre o fenômeno da corrupção evoluíram de maneira significativa ao longo das últimas quatro décadas sem, no entanto, desenvolver recomendações específicas de políticas públicas que viessem a lidar com o problema de maneira definitiva. Devido às diferentes abordagens utilizadas pelos pesquisadores da área, as diversas conclusões teóricas sobre as causas e consequências do fenômeno encontraram adeptos, e proporcionaram diferentes abordagens empíricas.

O primeiro trabalho teórico que se identifica a lidar com a questão da corrupção trata o tema de maneira indireta, em linha com os estudos de *Law and Economics*, abordando a corrupção como um tipo de crime: o objetivo era identificar políticas ótimas de combate às ilegalidades de forma a minimizar as perdas sociais (BECKER, 1968)²⁴.

Os trabalhos teóricos seguintes, como historia LOPES (2011), com as referências que se seguem, utilizaram a teoria da agência de forma a modelar o comportamento dos agentes: o agente seria o Estado (representado por um oficial de governo eleito e pela burocracia estatal, com os dois constituindo entre si também uma relação de agência), e o principal seria o cidadão-eleitor. (BECKER; STIGLER, 1974; ROSEACKERMAN, 1975; BANFIELD, 1975; ROSE-ACKERMAN, 1978)²⁵.

Detalha LOPES:

Partindo desta abordagem, buscou-se entender os impactos da corrupção sobre a alocação de recursos, obtendo-se resultados diversos. Primeiramente, a existência de várias agências governamentais ou servidores públicos prestando um mesmo tipo de serviço ou provendo um mesmo bem público poderia levar à redução da corrupção, devido à competição entre esses agentes públicos pela quantidade de renda disponível (ROSEACKERMAN, 1978). De maneira antagônica, adicionando-se ao quadro um governo central fraco, a existência de “múltiplas burocracias não coordenadas” geraria excesso de extração, com efeitos negativos sobre os investimentos e, indiretamente, sobre o crescimento econômico. Adicionalmente, por se tratar de atividade ilegal e demandar confidencialidade, as atividades corruptas acabariam por distorcer ainda mais a alocação de recursos, em direção a investimentos em que a apuração de

24 Obra citada em LOPES como BECKER, G. Crime and Punishment. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

25 Idem., p. 20

custos e a detecção da corrupção fossem mais complexas (ao fim. SHLEIFER; VISHNY, 1993; MAURO, 1998).

Há, ainda, linha teórica que compreende a corrupção com base na “teoria dos jogos”²⁶, em que agentes públicos e privados interagem, em modelos de informação perfeita, assimétrica ou imperfeita em ambos os lados, na definição de um pagamento ilegal em troca de um bem ou serviço público. Como resultado, por exemplo, são evidenciadas as relações entre o salário dos agentes públicos e seu poder decisório (CADOT, 1987), e entre o número de agentes privados demandando vantagens e a ocorrência de corrupção (MACRAE, 1982).

É de se destacar que o momento histórico, e até os acontecimentos locais, influenciam e devem influenciar na conceituação do fenômeno. Porém, certo que as abordagens singelamente mencionadas bem demonstram que a complexidade das relações humanas e os avanços sociais induzem ao aprofundamento do instituto, até porque também se desenvolvem, ainda que não suficientemente, alguns mecanismos de controle.

Nesse crescente de complexidade de relacionamentos públicos e privados, teríamos, teoricamente, maior desenvolvimento na detecção da corrupção.

Entretanto, tal não é necessariamente verdadeiro, cabendo mencionar, como abaixo se verá, que pensadores seculares aprofundaram-se mais na conceituação do mal social do que hoje se percebe na maioria dos ambientes acadêmicos, em especial jurídicos.

I.c.8 A abordagem de Maquiavel

Na linha da compreensão histórica do fenômeno da corrupção, como mencionado no tópico anterior, vale retirar de prodigiosas fontes textuais colhidas, passagens de interessantes estudos sobre o pensamento de *Maquiavel*, aproximando-o até de *Montesquieu*, justamente pela identificação conceitual do instituto “corrupção” como um mal.

De fato, em interessante tese tendo como objeto a obra da Maquiavel, em especial *DISCURSOS* e *O PRÍNCIPE*²⁷, o Autor, José Antônio MARTINS, identificou que, para aquele, no campo da política, os Estados, na medida em que são corpos políticos, estão submetidos à ação da natureza:

²⁶ Idem, p. 20

²⁷ MARTINS, José Antonio. *Os fundamentos da república e sua corrupção nos Discursos de Maquiavel*. 2007. 196 f. Dissertação (Doutorado em Filosofia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 182

No caso das repúblicas, a corrupção ocorrerá em algum momento, pois não é possível que permaneçam em pé diante de tantas tribulações e sem o conflito elas não tem força e vigor. Maquiavel primeiramente destaca a impossibilidade do “girar-se infinitamente”, do transforma-se sem fim de uma república; ela não pode passar por tantas transformações em seus fundamentos e permanecer com vigor e força. Logo, não é possível à república modificar-se tanto, precisa conservar uma certa estabilidade. Por outro lado, os conflitos políticos, motor e força para a criação de novas leis e ordenamentos da cidade, não podem ser abolidos simplesmente. Então, seja como for, por qualquer uma das alternativas expostas, a corrupção nas repúblicas chegará em algum momento, obrigando a tomada de alguma decisão. No limite, sendo a corrupção um evento certo para todo corpo natural, tudo indica que ela certamente agirá sobre a república, implicando um novo movimento, uma mudança na sua constituição política.

Todavia, aqui termina a esfera necessária da força da natureza: a corrupção é o dado certo do movimento natural do corpo político. A partir desse ponto é que se abre a esfera humana do processo. Defronte à corrupção, cabe aos homens escolher qual o melhor remédio, construir sua alternativa. A natureza não rege todo o processo, os homens podem exercer seu poder sobre a metade dos destinos, como nos lembra o Príncipe²⁸.

Veja-se, pois, que em se estudar alguma obra de Maquiavel, o fenômeno da corrupção não só se identifica como presente, mas também merece tratamento aprofundado, como elemento negativamente constante no desenvolver do “Estado”.

À interessante análise cabe acrescentar outra fonte, que relaciona Maquiavel á Montesquieu, tendo cerne na preocupação com a corrupção. É que, e como supra referido, para os seculares pensadores, importa estudar a corrupção. E não só isso, dar-lhe adequada conceituação é pressuposto ao correto tratamento do problema.

De fato, se bebe em TELES²⁹ passagens questionadoras como as RENATO JAIME RIBEIRO³⁰, quando pondera: *Qual é a sua idéia de corrupção? [...] a corrupção era termo mais abrangente, designando a*

28 MARTINS, op. cit., p. 183

29 TELES, Idete. *Poder, paixão e corrupção no Estado*. 2008. 111 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

30 Idem, p. 13

degradação dos costumes em geral [...] Como a corrupção veio a se confiar no furto do bem comum? Talvez seja porque, numa sociedade capitalista, o bem e o mal, a legalidade e o crime acabam referidos à propriedade. Por analogia com a propriedade privada, o bem comum é entendido como propriedade coletiva - e até como bem condominial, aquele do qual cada um tem uma parcela, uma cota, uma ação [...] há certos “bens” que só ela produz e que não podem ser divididos: virtudes, direitos e uma socialização que não só respeita o outro como enriquece, humanamente, a nós mesmos [...]. Pensar o mau político como corrupto e, portanto, como ladrão simplifica demais as coisas. É sinal de que não se entende o que é a vida em sociedade. O corrupto não furta apenas: ao desviar dinheiro, ele mata gente. Mais que isso, ele elimina a confiança de um no outro, que talvez seja o maior bem público. A indignação hoje tão difundida com a corrupção, no Brasil, tem esse vício enorme: reduzindo tudo a roubo (do “nosso dinheiro”)

Como se observa nas obras citadas, há, atualmente, uma concepção de corrupção reduzida, restrita ao termo ROUBO e que se distânciava das concepções de Maquiavel e Montesquieu, em que a corrupção no Estado atinge proporções bem mais vitais e profundas na vida do cidadão e do Estado.

Veja-se, pois, que quanto á compreensão da corrupção, tanto Maquiavel como Montesquieu, apesar do distanciamento ideológico que lhes é notório, entendiam muito mais que simples desvio patrimonial, pois, para ambos, a corrupção “*abala, aniquila e pode até destruir completamente o Estado vigente*”³¹.

Assim, a corrupção lhes seria mal político, pois são os valores de mesma natureza que se põem em risco. Comunidade, coletividade, confiança, respeito, esperança, *virtù*/virtude e justiça são bens políticos, bens do cidadão e justamente tal é usurpado pela corrupção.

TELES ressalta ainda³² que Montesquieu atribuiu a corrupção do povo à corrupção primeiramente dos princípios, daquilo que mantém o governo, pois os princípios são a base do governo e a corrupção se afastará à medida que tais princípios forem preservados. Em uma mesma direção, Maquiavel atribuiria as “falhas” à corrupção do povo, a partir da corrupção daquilo que corresponderia aos princípios em Montesquieu, ou seja, aos príncipes, ou governantes. Teríamos, assim, outra nota de semelhança no estudo da corrupção pelos notórios pensadores.

Veja-se: *As falhas dos povos têm origem nos príncipes. Os reis não se devem queixar das faltas cometidas pelo povo que governam, as quais sempre se originam, na sua negligência, ou refletem uma falha do próprio soberano. Se*

31 TELES, op. cit., p. 13.

32 Idem, p. 101.

*percorreremos a história dos povos que estão hoje marcados pelos furtos e outros vícios semelhantes, veremos que responsabilidade é sempre de quem governa, cujo caráter se parece ao dos súditos [...]. Os povos têm os olhos sempre voltados para os governantes; o seu exemplo é para eles uma lei*³³.

Por outro lado, se aproximam também os Autores ao perceber que o ser humano também é peculiarmente vulnerável às “facilidades” da corrupção:³⁴

É preciso desconfiar dos homens. Esse é um imperativo que certamente se aplica a Maquiavel e a Montesquieu. Ambos vêem o homem enquanto um ser frágil, vulnerável e com sérias inclinações à corrupção, devido às suas imperiosas paixões negativas. Assim, a política deve partir do pressuposto de que o homem está sempre sob suspeita, representa um perigo potencial à estabilidade do Estado e esse último deve sempre desconfiar do homem e criar antecipadamente os diversos mecanismos capazes de abrandar a natureza humana corruptível.

Em suma, o poder, as paixões e a corrupção são três faces da mesma moeda: a da política. E para enxergar verdadeiramente a política em sua amplitude máxima é necessário perceber, conhecer e prudentemente conduzir, canalizar ou educar essas faces da política. Essa é uma tarefa que foi reservada justamente à face do poder e, conseqüentemente, àquele que tem o poder. Sem esquecer que o que tem o poder também tem as paixões, sendo profundamente vulnerável à corrupção.

Na mesma linha, e de maneira geral, certo ainda que se faz, na obra base, comparativo do tratamento que os dois pensadores dão, também à moral e religião e à paixão, tudo conceitualmente relacionado à corrupção e à política.

Sucintamente, moral e religião só fariam parte da política enquanto instrumentos de poder, isto é, a religião e a moral não estão *na* política, mas estão *para* a política e servem ao poder.

Já o homem não seria definitivamente um ser político, mas tornaria-se um pelo simples fato de ser humano. Ou seja, por ser o homem resultante de condições externas e internas que vão desde sua posição geográfica e climática até sua permanente tensão entre paixões, conclui

³³ Idem, p. 102.

³⁴ TELES, op. cit., p. 103.

para si mesmo que o melhor é ser um cidadão político, pois é a política que possibilita e/ou facilita a vida do homem em sociedade.

Paixão seria um paradoxo da política³⁵. Nela a política encontraria seu elemento movente, mas é a mesma que corrompe aquilo que se visa com a política. Portanto, a paixão é inerente à política, em relação de simbiose. E o equilíbrio, a justa medida, a ponderação que os seres políticos buscam entre a política e a paixão é um infinito desejo que por vezes encontra êxito e por outras tantas encontra fracasso, e um dos mais destruidores certamente é a corrupção.

Então³⁶, o que é próprio da política? O conflito ou o consenso? A paz ou a guerra? A razão ou a paixão? O que se conclui, especialmente a partir de Maquiavel e Montesquieu, é que no cerne da política está certamente o enfrentamento, a tensão constante. Seja o enfrentamento de ideias, de ideais, de interesses, de paixões, de sonhos ou de utopias. O que está no cerne da política é o que a paixão e o poder, acompanhados inevitavelmente da corrupção, podem, impelem, obrigam ou direcionam.

A política, pois, é o espaço da contradição própria de homens, ávidos de poder, impelidos por paixões e substancialmente susceptíveis à corrupção.

Em suma, e para não nos alongarmos sobremaneira na percepção histórica da corrupção, veja-se que até pensadores ideologicamente tidos como distantes na análise e concepção do Estado, podem ser aproximados na uníssona preocupação com a corrupção, principalmente em suas causas e efeitos na condição humana.

É isso que se quis demonstrar aqui, além da necessária relação, natural ao ambiente político, de moral, religião, paixões e Estado, tudo a bem demonstrar que o fenômeno da corrupção está longe de ser meramente jurídico e, conseqüentemente, longe de ter na ciência jurídica todas as suas soluções.

De qualquer forma cabe, ainda, a contribuir com a maior abrangência possível da percepção e conceituação da corrupção, tratá-lo, sucintamente, em alguma perspectiva sociológica.

1.c.9 A Corrupção como fenômeno sociológico³⁷

Extremamente importante é a compreensão de que o mal estudado pode ter sua percepção alterada conforme elementos sociais, dados culturais, geográficos e históricos.

35 TELES, op. cit., p. 106.

36 TELES, op. cit.

37 GRANOVETTER, Mark. A construção social da corrupção. *Política & Sociedade*. Florianópolis, v.5, n.9, out. 2006.

De forma ainda limitada, tentar-se-á, forte em interessante tese de MARK GRANOVETTER, perceber, pelo menos, que o *status* social relativo às partes na troca social tem papel relevante na compreensão da corrupção.

Assim, e por exemplo, pode ser considerado inadequado retribuir apressadamente um convite para jantar ou fazê-lo numa modalidade errada (por exemplo, em dinheiro). Embora a maior parte dos indivíduos normalmente socializados saiba disso, é interessante analisar por que estas ações ofendem. Tais casos, na verdade, dizem respeito à mesma questão: gestos tal como um convite para jantar implicam uma pretensão de igualdade social, e traduzem a intenção de que façam parte de futuras relações sociais e troca de favores. Uma retribuição muito apressada ou formatada em dinheiro sugere rejeição desta relação continuada e de igual status. Isto leva a algumas discussões gerais sobre as circunstâncias nas quais as trocas são consideradas corruptas.

LARISSA LOMNITZ³⁸ discorre sobre o sistema refinado de troca de favores da classe média chilena em meados do século XX (LOMNITZ, 1971; 1988). As regras de reciprocidade eram complexas e sutis, restando nítidos, porém, limites em relação a como os favores deveriam ser retribuídos: “[...] propostas sexuais feitas por um homem como resultado de um favor feito a uma mulher eram vistas como um comportamento extremamente grosseiro”, e a reciprocidade “[...] não inclui presentes tangíveis, e definitivamente exclui dinheiro”. A razão é que “[...] oferecê-los seria considerado uma ofensa pessoal entre iguais sociais” (1971, p. 96). E conclui: *Aceitar um suborno é um reconhecimento de inferioridade social, tal como aceitar uma gorjeta ou uma gratificação* (1988, p. 44).

Daí que, para GRANOVETTER³⁹, se aceitar um suborno é reconhecer inferioridade social, então um fator que afeta a extensão da corrupção é o padrão de diferenciais de status existente entre grupos cujas trocas estão tipicamente implicadas na corrupção, como, por exemplo, entre servidores do governo e atores econômicos privados.

Ressalta-se no estudo, ainda, que o acima referido não limita o suborno apenas entre desiguais socialmente. Entre iguais socialmente também ocorre, mas iria contra a natureza da interação social normal, exigindo maior gerenciamento, amortecimento extensivos, com maior custo, complexidade e habilidade. LOMNITZ exemplifica com o México⁴⁰, no qual se verificou que quando indivíduos de igual status precisam

38 GRANOVETTER, op. cit., p. 18.

39 Idem. p. 19.

40 Idem. p. 20.

corromper, a “troca” era conduzida por intermediários chamados *coyotes*, poupando os iguais socialmente de terem de se encontrar pessoalmente.

Parece-nos, no entanto, limitada a análise feita. Porém, certo que as passagens acima visaram apenas trazer á discussão a configuração das redes sociais e das diferenças de status social como outros elementos que influenciam na configuração da corrupção.

Isso porque, de fato, as diferenças entre os que precisam de favores e os que estão em condição de oferecê-los, numa economia, pode determinar as modalidades, os custos e a probabilidade de estes favores serem oferecidos. Estudar estes processos sem a compreensão destas forças é se privar dos determinantes causais mais importantes do corromper.

A toda evidência o estudo da corrupção na perspectiva sociológica poderia ser muito melhor desenvolvido e exemplificado, não comportando, porém, o presente texto, a abrangência horizontal e vertical necessárias.

De qualquer forma, mencionada a faceta sociológica da corrupção, caminhemos, partindo para a verificação conceitual de elementos necessariamente próximos ao estudo da corrupção.

I – C - 10 Noção de Accountability e de Improbidade

Na conceituação do fenômeno da corrupção, um termo relaciona-se á noção de responsabilidade na gestão de bens públicos: *Accountability*.

*Accountability*⁴¹ é, pois, entendida, como a capacidade de prestar contas e de assumir a responsabilidade sobre o uso de recursos, podendo ser classificada em três tipos no ambiente Estatal: política, administrativa e social.

Mas cabe observar que tal não afasta sua verificação em corporações empresariais (principalmente quando tem responsabilidade social), com utilização dos mecanismos da *accountability* em seus modelos de gestão, tanto para o controle interno, quanto para o controle nas relações entre Estado e sociedade civil.

Voltando aos tipos, teríamos:

- *Accountability política*, ligada ao exercício dos direitos políticos, como as eleições, também conhecida por *accountability* vertical;

- *Accountability administrativa*, utilizada como forma de controle do Estado perante as informações e ante o poder dos burocratas. Esse é mais um mecanismo interno do Estado, também podendo ser classificada

41 CHRISPIM, Raquel. *Responsabilidade Social Empresarial na prevenção e combate à corrupção: uma iniciativa que pode reformular a relação entre empresas e estados?* 2007. 104 f, Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas: Sociologia) – Instituto de Pesquisa do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 49.

como *accountability* horizontal, pela interação entre os entes Estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário). Alguns mais especificam o termo em “*accountability horizontal designada*”, por ser a que cria mecanismos como *ombudsman*, auditorias, controladores, conselhos e funções similares, legalmente encarregadas de supervisionar, prevenir, delatar e promover sanção de ações ilegais das agências do Estado;

- *Accountability social*, voltada, especialmente, para a relação entre atores sociais e políticos, mas não exclusivamente no processo eleitoral. São ações individuais e coletivas da sociedade, como denúncias de irregularidades a ativar organizações sociais e a imprensa. Porém, nota diferencial seria a inexistência de meios diretos para aplicar sanções.

Não há dúvida, pois, que o fomento á *accountability*, sua percepção e sua cobrança, contribuem á inibição da malversação do erário, no que pode ser entendido como mais uma das facetas da corrupção.

De outro lado, conceito também umbilicalmente relacionado á corrupção é o de *improbidade*⁴², ou melhor, da falta de probidade na Administração.

Trata-se, forte ainda nas citadas referências bibliográficas, de uma percepção do mesmo fenômeno comportamental, mas na perspectiva jurídica.

E, dentro dessa seara, com viés político-administrativo, também administrativo-disciplinar e, em ambos os casos, diferente da conceituação criminal. Frise-se que diferente não quer dizer completamente afastado, razão pela qual o conceito em si, ou melhor, a identificação das condutas em si, na análise jurídica, passa e tangencia áreas diversas

Importa acentuar, *ab initio*, que o ímprobo é desonesto, age sem a moralidade necessária. Um agente público é ímprobo quando age fora dos padrões da ética da responsabilidade a ele impostos em virtude do cargo que ocupa e das atribuições públicas a ele conferidas.

FÁBIO MEDINA OSÓRIO (*Teoria Da Improbidade Administrativa: Má Gestão Pública - Corrupção - Ineficiência*. RT) parte do conceito de moralidade para chegar ao de improbidade, asseverando que a moralidade administrativa, dentro de uma concepção mais objetiva, é um princípio constitucional que guarda autonomia em relação à legalidade *stricto sensu*, com caráter plenamente vinculante, que direciona os agentes públicos aos deveres, dentre outros, de probidade, honestidade, lealdade às instituições, preparo funcional mínimo no trato da coisa pública, prestação de contas, eficiência funcional, economicidade.

42 BOTELHO, Ana Cristina M. de P. *Corrupção política: uma patologia social*. 2008. 274 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília. p. 222

MARCELO FIGUEIREDO⁴³ toma por base as raízes etimológicas, nos seguintes termos: “*Do Latim improbitate. Desonestidade. No âmbito do Direito, o termo vem associado à conduta do administrador amplamente considerado. Há sensível dificuldade doutrinária em fixarem-se os limites do conceito de „improbidade”.* Assim, genericamente, comete maus tratos à probidade o agente público ou particular que infringe a moralidade administrativa.

Cabe perceber que o Texto Constitucional apresenta o conceito de improbidade administrativa diferente do de imoralidade administrativa, estando o primeiro contido nos arts. 15, V, e 37, § 4º, e o segundo nos arts. 5º, LXXIII, e 37, caput.

O professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, no notório Curso de Direito Constitucional Positivo, ensina que moralidade administrativa é definida como princípio da Administração Pública (art. 37 da CF/88), não podendo ser considerada moralidade comum, mas moralidade de feição jurídica. A probidade administrativa, por sua vez, é espécie do gênero, vez que é forma de moralidade administrativa, que mereceu especial consideração pela Constituição de 1988, que prevê a punição do ímprobo com a suspensão dos direitos políticos (art. 15, inciso V da CF/88), dentre outras sanções. Destarte, consiste a probidade administrativa no dever de o agente público servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem, a quem queira favorecer.

Daí, em nosso sentir, a clara aproximação axiológica dos conceitos de corrupção e de improbidade, além de *Accountability*, o que justificaria os presentes parágrafos.

Isso porque, e tal pode ser tido como aspecto cognitivo essencial do presente texto, o que se quer e ter uma melhor dimensão do fenômeno da corrupção para melhor se viabilizar, no futuro, os mecanismos adequados a seu combate.

I – C – 11 Corrupção e a Tolerância Brasileira⁴⁴

Minimamente compreendido o fenômeno da corrupção, inegavelmente algo histórico e constantemente presente no desenvolver das relações humanas entre si e entre estes e as instituições, criadas

⁴³ Idem. p. 223.

⁴⁴ FILGUEIRAS, Fernando. *A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social*. Opinião pública, Campinas, v.15, n.2, nov. 2009.

por estes, certo que já cabível tentar compreender a gravidade do tema quando se fixa como *locus*, o Estado Brasileiro.

É que, forte não só nas teses referidas, mas também em toda e qualquer Revista semanal de informações ou Jornais diários, casos de malversação de recursos públicos, uso indevido da máquina administrativa, redes de clientelas e tantas outras mazelas configuram uma sensação de mal-estar coletivo, em que sempre olhamos de modo muito cético os rumos que a política, no Brasil, tem tomado. Clamor moral, instabilidade, não utilização do Parlamento, do Executivo e do Judiciário para questões senão os escândalos surgidos, precocemente aparecem como temporárias barreiras à efetiva implementação de políticas públicas.

Porém, logo tudo se esquece, contribuindo á sensação de impotência por parte da sociedade; a corrupção é, pois, tolerada.

E essa sensação gera concepções de senso comum acerca de uma natural desonestidade do brasileiro, com caráter duvidoso e que, a princípio, não se nega a levar algum tipo de vantagem no âmbito das relações sociais ordinárias.

Em verdade, pesquisa aqui já referida indicou que há, pelo menos, certa despreocupação com a desonestidade de maneira geral.

Culpa-se, em regra, nossa construção estatal histórica, de colônia portuguesa, com o não incentivo ao desenvolvimento cultural e o viés explorador do agente político.

Para FILGUEIRAS⁴⁵, toda essa visão representaria um “*projeto de interpretação do Brasil fornecido pela vertente do patrimonialismo*”, que tenderia a tomar esse pressuposto como característica antropológica.

Diz ainda que essa posição contraditória do cidadão comum em relação à corrupção acarreta um contexto de tolerância, fazendo com que indivíduos tomem atitudes em que preferiram aderir a esquemas de corrupção a afirmar valores. De outro lado, dados mostrariam⁴⁶ que esse mesmo cidadão comum é capaz de reconhecer valores morais fundamentais e, consensualmente, reconhecer que esses valores são importantes na dimensão da sociabilidade e da política.

Concluiu o citado Autor, então, que⁴⁷:

Isso ocorre, do ponto de vista normativo, pela cisão entre valores e necessidades, configurando juízos muitas vezes assentados em uma

45 FILGUEIRAS, op. cit., p. 2.

46 Idem. p. 33.

47 Idem.

visão agonística da vida, sem perceber a necessidade de concepções mais amplas de vida republicana. Essa posição da cidadania, tendo em vista o problema da corrupção, tem por consequência reduzir a accountability do sistema político, ao enfraquecer o sistema de fiscalização em relação às atividades das instituições políticas. Falta, nesse sentido, uma noção mais ampla de público a partir da qual se deve pensar o tema da corrupção não apenas no plano das instituições formais da democracia, mas na ideia de vida democrática.

No que diz respeito à corrupção, constata-se que não basta uma mudança do aparato formal ou da máquina administrativa do Estado propriamente dita, mas reforçar os elementos de uma cultura política democrática que tenha no cidadão comum, feito de interesses, sentimentos e razão, o centro de especulação teórica e prática para uma democratização informal da democracia brasileira. Os avanços das reformas da máquina pública, nas duas últimas décadas, são inegáveis, com o reforço da transparência. Contudo, falta, à democracia brasileira, um senso maior de publicidade, pelo qual a transparência esteja referida a uma ativação da cidadania, à accountability e à participação, sem os quais os esforços de combate e controle da corrupção ficarão emperrados em meio a uma cultura política tolerante às delinquências do homem público.

Dáí, e buscando desenvolver a passos mais largos o estudo, necessitamos, na realidade brasileira, de melhor discutir, construir, divulgar e utilizar mecanismos de *controle*.

I – C – 12 O Controle Social da Corrupção

Ultrapassada, minimamente a questão da conceituação e percepção do fenômeno da corrupção, cai-se, como lógico, no campo de sua prevenção e combate.

De fato, é o efetivo controle, combate de tal mal, que se espera e se impõe ao Estado democrático de Direito. No que aqui se propõe, caminharíamos para o estudo do papel do servidor, sua efetiva participação nessa função, que é de todos. E para tanto, como já indicado, pretende-se analisar a relação Servidor x Administração, através do que se denomina em outra ciência humana de comprometimento organizacional.

Porém, antes, cabe indicar o que se compreendeu, no âmbito específico da corrupção, como forma de controle. Na área, importa, sobremaneira, entender o que é controle, e suas várias maneiras e atores.

Ou seja, se previne e se combate a corrupção pelo exercício de controle, que pode ser prévio ou posterior, público ou privado.

Novamente nos socorrendo de estudos já desenvolvidos na área⁴⁸, cabe dizer que findo o período autoritário, vigente de 1964 a 1985, estabeleceu-se proposta de elevar o nível de transparência do Estado Brasileiro, a qual foi incluída na agenda política de controle social. Com a redemocratização, previram-se, constitucionalmente, algumas formas de controle social, tais como as descritas no artigo 31, §§ 2º e 3º e no artigo 74 da CF/88, respectivamente.

Nesse contexto, transparência estatal significava dar ao cidadão possibilidade de acesso às informações governamentais. Parte-se do fundamento de que a maior eficiência advém de um regime político democrático e transparente, no qual a cobrança da ética e da transparência na condução dos negócios públicos torne-se essencial.

Assim, no intuito de atender as demandas de ética, transparência e probidade na administração pública, a Constituição Federal de 1988 atribuiu maiores competências aos órgãos de controle já existentes, bem assim ao Ministério Público, instituindo a moralidade como princípio norteador das ações de todos aqueles que administram ou gerenciam recursos públicos.

O controle social surge, também, como esperança de que, por meio de organizações formais ou informais, a fiscalização das organizações públicas seja efetivamente exercida. Para isso, o acesso à informação mostra-se essencial. Observa-se, no entanto, que fatores como deficiências no nível educacional da população, dificuldades de acesso a dados e informações da esfera pública, insuficiente proteção dos denunciadores, legislação complexa e pouca confiabilidade nos órgãos de controle podem ser causadores de embaraços ao controle social.

Não há dúvida, porém, que melhor desenvolver os mecanismos de controle é melhor se prevenir e se combater a corrupção.

E várias são as formas e os entes que participam da função de controle. Públicos ou privados, tentaremos tangenciar os aspectos que entendemos mais relevantes de cada um dos selecionados à análise.

48 BOTELHO, Ana Cristina M. de P. *Corrupção política: uma patologia social*. 2008, 274 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília. p. 178.

I – C – 13 CONTROLE SOCIAL EXERCIDO POR ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS - ONGS⁴⁹

Certo, pois que as entidades não-governamentais (ONGs) vem se destacando nesse papel de controle e transparência da atuação Estatal.

Cabe-nos citar a Transparência Brasil (www.transparencia.org.br); Movimento pela Ética na Política (www.grupos.com.br/group/mepcuritiba) e o Instituto Ethos (www.ethos.org.br); etc.

A Transparência Brasil é, pois, organização não-governamental fundada em abril de 2000 por um grupo de indivíduos e organizações comprometidos com o combate à corrupção. Um dos seus principais objetivos é ajudar as organizações civis e os governos a desenvolver metodologias e atitudes voltadas ao combate à corrupção. Para tanto, tem como diretriz fundamental ampliar a transparência, além de priorizar ações como levantamentos empíricos sobre a incidência do problema da corrupção em diferentes esferas; criação de instrumentos, disponíveis na internet, que propiciam o monitoramento do fenômeno corrupção; condução de programas de combate à corrupção em parceria com entes públicos.

O Movimento pela Ética na Política é um grupo apartidário, sem fins lucrativos, composto por cidadãs e cidadãos voluntários que têm por objetivo geral contribuir para melhorar a prática da política. Da mesma forma o Instituto ETHOS.

Em termos internacionais, cumpre destacar a atuação da *Transparency International*, com sede em Berlim, na Alemanha⁵⁰. Tem como objetivos aumentar a *accountability* governamental e combater a corrupção nacional e internacional. Tornou-se reconhecida mundialmente por publicar, com periodicidade anual, o Índice de Percepção da Corrupção, que toma por base várias fontes de pesquisa para listar os países mais corruptos do mundo. A *Transparency International* publica também relatório para orientar países a implementar “*Sistemas de Integridade Nacional*” para combater a corrupção.

O trabalho realizado pelas ONGs é de extrema importância para o controle social, mas ainda não ganhou a dimensão que pode atingir. Além de não se conseguir arregimentar colaboradores voluntários em número suficiente, as informações disponíveis ainda não permitem um controle efetivo e consistente.

49 BOTELHO, op. cit., p. 188.

50 BOTELHO, op. cit., p. 189.

Aqui o texto, de imprescindível menção às ONG's, serve também ao estímulo dos interessados a integrar-se á rede de pessoas e entes compromissados com o combate á corrupção que pode partir, por vezes, da simples constatação do mal gerado a toda sociedade.

Como visto, e mais se verá, a corrupção é fenômeno de tantas e tão sérias facetas, que não há falar em solução que não busque compreender cada uma das percepções em seu campo próprio, com auxílio de todos os agentes, públicos ou privados, possíveis.

I – C - 14 Responsabilidade Social Empresarial⁵¹

Na mesma linha do até aqui desenvolvido cabe transcrever passagens de interessante estudo doutrinário que aponta para o papel das entidades empresariais no combate á corrupção, até porque, como exordialmente visto, trata-se de fenômeno bi-setorial, a envolver não só os agentes públicos, por vezes corrompidos, mas também corruptores, como os agentes privados, mais vezes corruptores.

Assim, pois, denomina a Autora o fenômeno da *Responsabilidade Social Empresarial-RSE*⁵² como algo que se desenvolveu no Brasil como uma proposta do empresário como ator social, envolvido nas questões críticas do país, como educação, saúde, cultura, esporte e meio- ambiente.

Não difícil imaginar, pois, que a corrupção surgiria como campo de atuação desse responsável empresariado. E tal Responsabilidade Social se concretiza por modalidades de auto-regulamentação⁵³, até porque estamos a tratar de entes privados, dentre as quais se destacam o Princípio Anti-corrupção do Pacto Mundial e as Ferramentas da Transparência Internacional.

Em 1999, o Presidente nas Nações Unidas, Kofi Annan, lançou, no Fórum Econômico Mundial de Davos, o Pacto Mundial das Nações Unidas. Um instrumento de livre adesão das empresas e organizações civis, para a implantação voluntária de nove princípios de conduta sobre os direitos humanos, trabalho e meio ambiente. Em 2004, foi incorporado o décimo princípio referente à corrupção. Nele, as empresas trabalham de todas as formas contra a corrupção, incluindo extorsão e suborno.

Segundo o estudo base, com a globalização, as agências mundiais começaram a organizar o mercado. Até então, a cooperação internacional

51 CHRISPIM, Raquel. *Responsabilidade Social Empresarial na prevenção e combate à corrupção: uma iniciativa que pode reformular a relação entre empresas e estados?* 2007. 104 f, Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas: Sociologia) – Instituto de Pesquisa do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

52 CHRISPIM, op. cit., p. 8.

53 Idem. p. 63

não era tema de suas agendas e o setor privado olhava displicentemente para esse assunto. Logo após o fim da Guerra Fria, se tornou eminente a promoção de organismos internacionais, até porque, em menos de uma década, as “democracias de mercado” aumentaram em mais de 60%, ampliando significativamente os mercados externos. Os organismos internacionais, a exemplo do Bando Mundial, perceberam que no contexto da globalização, a transparência e as ações anticorrupção poderiam contribuir para o desenvolvimento de um país e para a efetiva organização de seu mercado, principalmente no que se refere à competitividade.

Prova disso estaria em uma pesquisa realizada em 1997 pelo Fórum Econômico Social, denominada “*Global Competitiveness Survey*”⁵⁴, na qual participaram três mil empresas de 59 países. A pesquisa revelou que as empresas afetadas pela corrupção tendem a investir muito tempo e recursos negociando permissões, licenças e impostos.

Como em qualquer reforma institucional, o desafio está em implantar e associar a transparência com a *accountability*. Os benefícios da transparência ou da “livre informação” são evidentes quando realizados com eficiência, assegura Kaufnam (ao fim. 2002). Ela pode reforçar a independência e a integridade financeira institucional, promover debate público e facilitar a identificação dos pontos fortes e fracos dos governos e empresas. A transparência pode também prevenir abusos, má administração e corrupção. Conseqüentemente, mídia e sociedade civil também ficam hábeis para abraçar a *accountability* e as práticas das instituições governamentais e privadas. “*Por instância, se o público pode entender o que faz uma instituição, desenvolve-se uma confiança democrática*”, assegura Kaufmann.

Assim, resultados de pesquisas de impacto da corrupção levaram agências mundiais a enfrentarem o problema em parceria com as empresas. Além disso, na medida em que os sistemas se mostram frágeis, ineficientes e os custos financeiros advindos da corrupção, mostram-se impeditivos ao próprio desenvolvimento econômico, alguns organismos internacionais, a exemplo do Banco Interamericano de Desenvolvimento, passam a dar apoio logístico aos países que se mostram dispostos a enfrentar a corrupção, promovendo alocação de recursos para programas especiais com tais finalidades.

Daí se compreender e se justificar a responsabilidade social empresarial.

Porém, mas ainda na perspectiva empresarial, alterando-nos

54 Idem. p. 95.

de fonte, cabe mencionar curiosa reportagem pública na *Revista Época*⁵⁵ da semana de 18.11.2012, da qual se retira que, a partir desse estudo da Transparência Internacional, há vínculo entre a maior percepção de corrupção e o grau de intervenção do Estado na economia.

De início parece-nos lógica a percepção, agora empiricamente auferida, ainda que o próprio texto indique que existem relevantes exceções. É que se menos Estado há, menos corrupção com algo público pode ocorrer, o que está longe de significar ética na atividade econômica.

Nesse ponto cabe mencionar, fazendo contraponto o estudo de doutoramento de ARY RAMOS DA SILVA JÚNIOR⁵⁶, para o qual as ideias neoliberais acreditavam que o centro das crises do capitalismo era o excessivo papel dos Estados Nacionais, que ao intervirem no sistema econômico acabavam criando instabilidade e inibindo o investimento, gerando ineficiência e reproduzindo crises constantes.

Segundo a concepção neoliberal questionada por SILVA JUNIOR, o Estado seria, por natureza, ineficiente. E essa ineficiência se apresentaria através de um protecionismo exacerbado, que punia os consumidores em detrimento dos empresários, que tinham no Estado um agente para protegê-los da concorrência internacional. O Estado, ao intervir na sociedade, criava uma burocracia ineficiente e com inúmeros trabalhadores, criando uma massa de funcionários públicos improdutivos e ineficientes, cujos custos financeiros eram imensos, o que agravava a crise fiscal e financeira do Estado Nacional. A solução preconizada pelo neoliberalismo era, então, a retirada do Estado da economia, abrindo espaço para a atuação do mercado, que segundo sua visão, pela racionalidade, era o agente fundamental e imprescindível para conduzir as economias para o crescimento da economia e, para um posterior desenvolvimento econômico que traria melhoria nos indicadores sociais.

Porém, diz SILVA JUNIOR⁵⁷ que a adoção dos princípios neoliberais na América Latina teria trazido resultados parecidos entre as economias da região, sendo um dos mais inquietantes a relação entre as políticas liberalizantes e a corrupção.

Isso porque nos países que sabidamente implantaram as medidas neoliberais, presidentes terminaram seus mandatos acusados e investigados por corrupção; outros sequer terminaram, como o brasileiro Fernando Collor de Mello e o venezuelano Carlos Andrés Perez e outros

55 Periódico Semanal – 18.11.2012.

56 SILVA JÚNIOR, Ary R. da. *Neoliberalismo e corrupção: análise comparativa dos ajustes neoliberais no Brasil de Fernando Collor (1990-1992) e no México de Carlos Salinas (1988-1992). O incremento da corrupção e seus custos sociais.* 2006. 308 f. Dissertação (Doutorado em Sociologia) – UNESP, Araraquara

57 SILVA JÚNIOR, op. cit., p. 13

afastados da vida pública, como Carlos Salinas de Gortari, no México, Alberto Fujimori, no Peru e Carlos Menem, da Argentina.

Dáí concluir que:

No período da Guerra Fria, conflito entre os dois grandes blocos mundiais, capitalistas e comunistas, as preocupações com a corrupção eram praticamente inexistentes, tanto do lado dos Estados Unidos como do lado da União Soviética, países líderes do conflito ideológico em curso. Isso porque estes países se utilizavam de todos os instrumentos disponíveis para ganhar do oponente, mesmo que os métodos não fossem os mais honestos, crimes, violência, assassinatos, golpes de Estado e corrupção era largamente utilizada como forma de manter seus opositores afastados e com isso, garantir seus interesses.

[...]

Com o desmoronamento da União Soviética, o fim da Guerra Fria e a posterior adesão dos países comunistas ao regime capitalista, somados ao processo em curso de globalização dos mercados, onde a concorrência assume um papel fundamental dentro da sociedade e as economias passam a intensificar a luta de preços para ganhar mais espaço do concorrente, a corrupção passou a ser vista de forma diferente, como um entrave ao processo de expansão dos mercados, foi a partir daí, que os países e organizações multilaterais passaram a colocar o combate à corrupção como uma das medidas prioritárias para o melhor funcionamento do sistema econômico.⁵⁸

Dáí o contraponto á citada reportagem do periódico semanal, embasada em pesquisa de âmbito supranacional, já que acreditar que a corrupção estaria diretamente ligada ao excesso de intervenção na economia dos Estados Nacionais e que a solução seria a privatização, a abertura econômica e a desregulamentação de suas estruturas produtivas, seria insuficiente.

As políticas neoliberais, constatou o Autor, não diminuíram a corrupção, como pregava o Banco Mundial, mas, de fato, mudou muito os países latino-americanos, principalmente Brasil e México, evidenciando a pobreza de suas populações e a corrupção generalizada.

Veja-se, pois, que a perspectiva empresarial do combate á corrupção está umbilicalmente relacionada á própria postura Estatal na seara econômica e, ainda que não se concorde com a direta relação entre intervenção e maior ocorrência do fenômeno da corrupção (caberia

⁵⁸ SILVA JÚNIOR, op. cit., p. 289.

distinguir ocorrência de percepção, porém cansaria o leitor), certo que tem o empresário imprescindível papel, até como causador ou não, e respectivamente, responsável ou não, pelas mazelas sociais decorrentes do mal estudado.

I – C – 15 A Imprensa e o Combate à Corrupção

Até porque mencionada Reportagem de periódico como forma de se discutir a corrupção, suas causas e conseqüências, cabe aqui tangenciar o relevantíssimo papel que a mídia exerce no efetivo combate daquela.

“Bebendo” ainda nas referidas fontes⁵⁹, resta mencionar que em março de 2006, no transcurso do “Seminário Internacional: Corrupção e Sociedade”, realizado em Florianópolis/SC, destacou-se o papel da Imprensa no Combate à Corrupção, oportunidade em que se defendeu a ampla disponibilização das informações públicas obtidas pela Imprensa, para subsidiar o controle social das gestões governamentais.

Salientou-se, na ocasião, que não se deve focar a atuação da Imprensa tão-só na denúncia de casos que envolvam corrupção, mas também no apontamento de soluções, na motivação e na mobilização da sociedade no combate às irregularidades com dinheiro público. Mencionou-se que o jornalismo deve informar os cidadãos dos seus direitos, mas, também, dos seus deveres, ocasião em que se frisou que o livre acesso às informações é o melhor remédio contra a corrupção. Nesse contexto, o que se deseja é que cada vez mais a sociedade exija dos entes públicos o cumprimento eficiente de suas funções institucionais e sociais e que a Imprensa exerça papel destacado nesse contexto, pelas amplas possibilidades informativas de que dispõe.

Destarte, a atuação da Imprensa exerce papel de destaque, quando se fala em controle social da corrupção. Mas, como visto, muito há de se evoluir em termos de trato da informação e compromisso com a verdade, talvez fruto de um necessário distanciamento entre o empresariado da mídia e os grupos políticos dominantes.

Cabe reforçar que ultrapassado período limitador vivido no Brasil, principalmente quanto ao exercício das liberdades públicas, o constituinte conferiu ampla proteção à prerrogativa da expressão dos pensamentos, opiniões e práticas religiosas, livremente e por qualquer meio, como forma de manter a dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, para exercer seu relevante papel de controle social, a Imprensa dispõe de um instrumento poderoso a seu favor, que é a previsão constitucional de 1988, contida no art. 220, *caput*, qual seja:

59 BOTELHO, Ana Cristina M. de P. *Corrupção política: uma patologia social*. 2008. 274 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília. p. 200.

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

E mais, diz §1º do mesmo artigo: *Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social.*

Daí, pois, ter a Imprensa, de maneira geral, protagonismo no combate à corrupção não passando ao Constituinte despercebida a necessidade de se contar com tal agente nessa meta Republicana, tanto que a armou de garantias de defesa das mais relevantes e menos excepcionadas no ambiente democrático.

Resta, porém, que tal papel seja exercido de forma consciente e responsável pelos seus próprios componentes o que, infelizmente, parece não ocorrer em algumas situações, eis que utilizada como forma de imposição de entendimento político, até porque exatamente tais instrumentos de controle social, tem gerenciamento e até propriedade pelos mesmos grupos políticos que deveriam ser, por aqueles meios midiáticos, controlados.

I – C – 16 Sistema Público de Combate à Corrupção

No presente tópico, iniciaremos rápidas considerações acerca dos entes públicos diretamente envolvidos no dever agir estatal de combate à corrupção.

Antes, porém, um único parágrafo para explicar que o cidadão, individualmente considerado, participa de todas as formas de controle já delineadas, tendo também papel provocador de atuação dos entes públicos envolvidos, além de mecanismos próprios de controle como voto e ação popular, á frente discriminados. Assim, se não terão no presente estudo um tópico próprio, certo que, em verdade, está o cidadão, em todos facultado a atuar.

Voltando, então, ao que podemos chamar de Sistema público de Combate à Corrupção, temos especialmente considerados entes cuja atribuição constitucional se coadunam com a necessidade apresentada á sociedade, ou seja, controle e responsabilidade dos atos Estatais.

Diversos são os entes envolvidos sendo, de forma genérica, combater a corrupção, dever de todos. Como similute nas demais esferas da federação, tanto a Advocacia-Geral da União –AGU - como a Controladoria-Geral da União – CGU – como o Tribunal de Contas da União – TCU - como o Tribunal de Conas da União – TCU – como, por fim, o Ministério Público da União têm o dever, decorrente da necessária implementação do paradigma do Estado Democrático de Direito de não

só atuar em suas competências constitucionais e legais, que às vezes se misturam, mas também de internamente em seus atos e procedimentos, obedecer e fazer obedecer os ditames da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, tudo com o fim máximo de adimplir os objetivos da República.

Certo que, como citado, nesse sistema público de combate à corrupção alguns papéis se misturam, existindo sim áreas comuns de atuação, o que hoje é positivo ao combate à corrupção ante carências diversas dos mesmos entes, mas que, nos parece o ideal, venham a ser melhor delineadas, especificadas, pois é a especialização, com interlocução e diálogo, que permitirá aprofundamento e melhoramento nas atuações, evitando-se gastos desnecessários e repetição de trabalho.

De qualquer forma, e ainda, nesse tópico, sem se utilizar de qualquer fonte a não ser normativa, poderíamos dividir os papéis dos entes públicos da seguinte forma:

A – Administração diretamente envolvida com a verba pública. Através de Auditorias internas, até por decorrência do princípio da autotutela. Essencialmente preventiva, de acompanhamento da concretização do gasto público. Aqui ganham relevo as atribuições das Consultorias Jurídicas e Órgãos de Assessoria, melhor desenvolvidos quando do estudo da AGU.

B – Administração diretamente envolvida com a verba pública e sua relação com outras administrações receptoras, por exemplo, de repasses de verbas. Trata-se de relação entre os diversos Ministérios da Administração Federal e as diversas Prefeituras, Municípios receptoras de repasses de verbas federais. Da mesma forma aqui ganham relevo as atribuições das Consultorias Jurídicas e Órgãos de Assessoria, seja na análise documental, em notificações para informações e prestações de contas. Não nos parece necessariamente interna, pois a relação se dá entre entes de estrutura federalista diversa.

C – Controladoria-Geral da União – CGU.

Aqui cabe-nos desenvolver um pouco melhor o sub-tópico, forte nos estudos já referidos.

É que, de fato⁶⁰, o Sistema de Controle Interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário está previsto no art. 74 da Carta Magna e suas competências encontram-se traçadas nos incisos de I a IV do mesmo artigo.

Assim, no âmbito do Poder Executivo, o Controle Interno é desempenhado pela Controladoria-Geral da União - CGU, criada pela Medida Provisória nº 103, de 01/01/2003. A partir de então, alteradas sua orientação e metodologia de trabalho, de forma a promover a integração

60 SILVA JÚNIOR, op. cit., p. 170.

das áreas de Fiscalização e Auditoria com as de Correição e Ouvidoria, bem assim da Controladoria com os órgãos que têm interface com as suas funções, a exemplo TCU, AGU e Ministério Público.

Assumiu a Controladoria-Geral da União, então, a função de Órgão Central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, restando responsável por assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no que concerne aos assuntos relativos à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão.

Incluem-se, portanto, em suas atribuições a promoção da transparência, o combate à corrupção e à impunidade, atuando, assim, nas seguintes áreas: 1) controle interno dos recursos públicos; 2) atividade correicional; 3) atividade de ouvidoria-geral. Essas áreas compõem o núcleo central da proposta política e do programa de metas fundamentais do Governo Federal.

Por tudo isso, a implantação da Controladoria-Geral da União no âmbito da Presidência da República representou o reconhecimento da importância do Controle Interno e da necessidade do seu fortalecimento.

Além da observância dos aspectos legais dos gastos públicos, a CGU tem atuado na verificação da eficácia, eficiência, efetividade e economicidade dos programas de governo, o que significa uma atuação preventiva, uma vez que um controle com enfoque em meras formalidades legais não atinge os objetivos para os quais foi criado, e causa descrença no seio da sociedade a respeito da vontade efetiva de se combaterem os desvios, a corrupção.

Atuação Preventiva⁶¹

A CGU também fiscaliza e busca detectar fraudes relativas ao uso do dinheiro público federal, sendo responsável por criar mecanismos de prevenção, de forma a antecipar-se à concretização de práticas corruptas, prevenindo a sua ocorrência. Para isso, criou-se a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Ações Estratégicas (SPCI), por meio do Decreto nº 5.683/2006, em 24/01/2006, para possibilitar a implementação de ações de inteligência e prevenção da corrupção.

Incentivo ao Controle Social⁶²

O Portal da Transparência é um exemplo de incremento da transparência pública, por permitir aos cidadãos acompanhar a execução financeira de programas e ações do Governo Federal. Além disso, os

61 Idem. p. 172.

62 Idem. p. 174.

cidadãos podem acompanhar os gastos públicos federais por meio das páginas da Transparência Pública de cada órgão da administração direta e indireta do Poder Executivo Federal, instituídas pelo Decreto nº 5.482, de 30/06/2005, e disciplinadas pela Portaria Interministerial nº 140/2006.

Sorteios Públicos – Fiscalização por Amostragem⁶³

Importante iniciativa da Controladoria-Geral da União para prevenir a corrupção política vem se mostrando a implantação do Programa de Fiscalização, a partir de sorteios públicos, efetuados para permitir fiscalização por amostragem, relativas aos recursos federais aplicados via, em regra, repasses a estados e municípios.

O sorteio, objetivo e impessoal, permite efetiva fiscalização, ainda que por amostragem, pois gera expectativa de controle naqueles que gerenciam recursos públicos federais, fazendo com que atuem com mais cautela na administração dos valores que lhe foram repassados. Assim, atinge seus objetivos ao garantir a observância do princípio constitucional da impessoalidade; conscientizar e estimular a sociedade para o controle dos gastos públicos; inibir e dissuadir a corrupção; coletar dados que indiquem tendências a respeito da execução dos programas de governo.

Ouvidoria-Geral da União⁶⁴

Cabe mencionar, ainda, o imprescindível canal de comunicação social ligada à Controladoria-Geral da União (CGU), que tem a responsabilidade de receber, examinar e encaminhar reclamações, elogios e sugestões referentes a procedimentos e ações de agentes, órgãos e entidades do Poder Executivo Federal.

Nessa linha, a Ouvidoria-Geral tem competência de coordenar tecnicamente o segmento de Ouvidorias do Poder Executivo Federal, organizando e interpretando o conjunto das manifestações recebidas e produzindo indicativos quantificados do nível de satisfação dos usuários dos serviços públicos prestados no âmbito do Poder Executivo Federal.

Em suma, e de forma objetiva, não justa á ampla gama de atribuições dessa importante instituição republicana, estaria explicitado o papel da CGU no efetivo combate á corrupção, principalmente na modalidade preventiva.

D – Tribunal de Contas da União – TCU

63 Idem.

64 Idem. p. 178.

Da mesma forma merece o TCU subtópico melhor desenvolvido e também embebido das fontes textuais ao final mencionadas, eis que aqui receberam transcrições diversas⁶⁵.

Certo, pois, que no presente paradigma Estatal, essencial o estabelecimento de uma estrutura formal de controle das finanças públicas, de forma a possibilitar o melhor desempenho possível das atividades desenvolvidas pelo Estado, sempre visando ao interesse público.

Dáí o constituinte ter atribuído ao Tribunal de Contas, em especial da União, competências bem mais amplas que as delineadas nos textos constitucionais anteriores. Recebeu a Corte de Contas poderes para, no auxílio ao Congresso Nacional, exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade e à fiscalização da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas. Assim, qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, tem o dever de prestar contas ao TCU (art. 70 da CF/88).

Negócio, Missão e Visão do TCU são assim definidos: Negócio – controle externo da Administração pública e da gestão dos recursos públicos federais; Missão – assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos, em benefício da sociedade; Visão – ser instituição de excelência no controle e contribuir para o aperfeiçoamento da administração pública.

As competências e atribuições estão previstas nos artigos 71 a 73 da CF/88, na Lei Orgânica (Lei nº 8.443/92) e no Regimento Interno (Resolução nº 155, de 04/12/2002), assim, como outras previstas em leis esparsas como a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000, arts. 56 e 59, §3º, dentre outros), a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93, art. 113, §§ 1º e 3º), a Lei de Diretrizes Orçamentárias, dentre outras.

Na função de Controle Externo, julga as contas dos administradores públicos, quando então verifica a legalidade, regularidade e economicidade dos atos dos gestores ou responsáveis pela guarda e emprego dos recursos públicos (art. 1º da Lei nº 8.443/92). Nessa função, constatando irregularidades graves, atua ora imputando débito ao responsável, condenando-o à devolução dos recursos não aplicados ou mal aplicados (art. 12, inciso II, §1º, da Lei nº 8.443/92); ora lhe aplicando multa, que

65 Idem. p. 143

pode ser cumulada com o débito (art. 57); ora inabilitando-o, por período que varia de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública (art. 60), dentre outras cominações legais.

O mesmo TCU, ao verificar dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico ou desfalque e desvio de dinheiros, bens e valores públicos (art. 16, inciso III da Lei nº 8.443/92), pode, também, fixar a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado (art. 16, § 2º). Nesses casos, determina a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público e à AGU, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis (art. 16, § 3º).

Nesse contexto, vê-se que a atuação central do TCU é julgar contas dos administradores públicos, agentes políticos ou privados, que utilizam recursos federais. O julgamento das contas se dá após a utilização dos recursos, significando que se houver desvios ou danos ao Erário, esses já foram perpetrados, cabendo tão-só ao TCU a atuação corretiva, buscando recuperar valores desviados ou mal aplicados.

Atuação Preventiva e Medidas Cautelares

Importante verificar, porém, que tem o TCU necessária atuação preventiva, obtendo avanços significativos quando atua na área de auditoria de obras públicas, detectando desfalques, desvios, sobrepreços, superfaturamentos, ainda no nascedouro da aplicação dos recursos públicos.

Não por menos que a partir da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 1997, vem sendo determinado ao TCU que realize fiscalizações nas principais obras contempladas no Orçamento Geral da União. Assim, torna mais transparente e eficiente a execução de obras públicas, por decorrência de atuação preventiva e orientadora, fortalecendo a importância do controle, da responsabilidade social e do desenvolvimento sustentável.

Nessa linha, cabe destacar a importância da expedição de medidas cautelares, que podem evitar futuros prejuízos ao Erário e ganharam maior volume a partir da sua previsão no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, art. 276 do RI/TCU:

Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da

decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação adotar medida cautelar, com ou sem prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.

Não há dúvida, pois, sobre o cabimento e pertinência de tais medidas, até porque o E. Supremo Tribunal Federal, em MS 26.457, já se posicionou no sentido de que em exercício de sua competência constitucional, tem o TCU atribuições de índole cautelar, podendo determinar que órgãos e entidades da Administração Pública adotem medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, inclusive a anulação de contratos já firmados⁶⁶.

A atuação preventiva advinda das cautelares tem a finalidade de prevenir lesões ao Erário ou a direito alheio, bem assim garantir a efetividade das decisões do TCU, efetivando o resguardo tempestivo da moralidade e da legalidade na aplicação dos recursos públicos federais.

Canais ao cidadão

Existem no TCU, ainda, importantes canais ao cidadão para possibilitar a apresentação de denúncias contra corrupção, aplicação irregular e malversação dos recursos públicos, que proporcionam, justamente, a possibilidade de o cidadão apresentar denúncia ou enviar reclamações à Ouvidoria.

A denúncia formal, permitida pelos artigos 53 a 55 da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), é feita mediante ingresso de documentação junto ao protocolo do TCU, na Sede ou nas Unidades Técnicas Regionais. Já as reclamações para a Ouvidoria podem ser feitas por meio do preenchimento de formulário eletrônico disponível no sítio do TCU (www.tcu.gov.br) ou por meio do telefone.

Claro, ao fim, destacar que as decisões do Tribunal de contas da União no julgamento das contas dos gestores gera título executivo extrajudicial o que, sobremaneira, facilita a recomposição do erário na fase judicial.

Maneira geral e resumida, é o TCU legítimo órgão de controle do Estado Democrático de Direito. Resta verificar, na análise prática, se conseguirá obter bons níveis de eficiência na recomposição ao erário com a adequada utilização do arsenal que tem á sua disposição.

E – Ministério Público.

⁶⁶ Idem, p. 160.

Papel de destaque merece essa relevante instituição de controle que, principalmente desde a Constituição Federal de 1988 vem exercendo protagonismo no combate á corrupção.

Realmente⁶⁷ (e as fontes aqui poderiam ser diversas) antes de ser promulgada a atual Carta Magna, na esfera Federal, o *Parquet* brasileiro era quem representava os interesses do Poder Executivo em juízo (art. 126 da CF/67), o que significava uma verdadeira anomalia, uma vez que as atribuições institucionais do Órgão eram confundidas com a defesa dos interesses do Poder Executivo.

Com o advento da Constituição de 1988, a instituição do Ministério Público teve especial relevo, figurando num capítulo à parte, sendo desvinculada dos demais Poderes da República, de forma a não guardar grau de subordinação com o Poder Executivo, quer de ordem profissional, quer de ordem administrativa, o que faz com que, hodiernamente, goze de plena autonomia e independência para o desempenho do seu mister (art. 127 da CF/88), qual seja: “[...] *a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*”

Dessa maneira, a Carta Magna conferiu ao Ministério Público a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, razão pela qual assumiu o Órgão importante papel no controle da Administração Pública, visto que é legitimado para a ação civil pública e para a ação de improbidade administrativa e atua de forma independente e de acordo com os limites preconizados pelo Estado Democrático de Direito.

Atualmente, o Ministério Público no Brasil é uma instituição que tem como princípios norteadores de sua ação a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, os quais asseguram ao Órgão sua autonomia administrativa, fazendo com que tenha iniciativa de lei para propor a criação e extinção de seus cargos e independência para elaborar sua proposta orçamentária (art. 127, §2º da CF/88).

O Ministério Público atua em dois segmentos básicos, quais sejam: extrajudicial e judicial. Neste intervém nos processos que tramitam no Poder Judiciário (promoção da Ação Civil Pública - art. 129, inc. III da CF/88), enquanto, naquele, age fora do âmbito dos processos judiciais (promoção do controle externo da atividade policial - art. 129, inciso VIII da CF/88). Quando atua no processo civil o Ministério Público ora age como parte, fazendo as vezes de titular do direito defendido, por legitimação extraordinária, ora atua como órgão interveniente, por legitimação ordinária, na condição de *custos legis* (fiscal da lei), que decorre do seu interesse em ver a lei corretamente aplicada. A legitimidade extraordinária somente pode valer quando a lei expressamente autorizar.

67 Idem, p. 231.

Diante disso, quando o *Parquet* atua com base na Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), ele está buscando defender interesses difusos e coletivos, com o fito de ver protegidos não interesses próprios, mas de toda a coletividade. Irá figurar, então, no pólo ativo da relação processual, com base na substituição processual ou legitimação extraordinária, expressamente conferida por lei específica, ou seja, a Lei de Improbidade Administrativa.

Em sucintas linhas, até porque não há novidade doutrinária aqui, tem o *Parquet* essencial papel no combate á corrupção, tendo na autonomia de seus membros garantia ao fiel exercício do mister.

F – Advocacia-Geral da União.

Já desenvolvemos algumas linhas sobre o papel da Advocacia Pública⁶⁸, em especial no nível federal, razão pela qual revisitaremos, de forma objetiva, as atribuições dessa recente Instituição, absolutamente revivida pelo Texto Constitucional de 1988.

De fato, foi a Constituição de 1988, forte em um paradigma de Estado Democrático de Direito, que não somente reestruturou o Ministério Público como também retirou-lhe suas atribuições pertinentes à defesa do Estado, atribuindo-as a ente específico, qual seja, no âmbito da União, à Advocacia-Geral da União.

É o texto Constitucional:

Seção II

DA ADVOCACIA PÚBLICA

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

68 SOARES, Pedro V. A advocacia pública no Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Publicações da escola da AGU: pós-graduação em Direito Público* – PUC/MG, Brasília, 2010.

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

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Daí, pois, já dissemos que a AGU é uma instituição de Estado Democrático de Direito e, portanto, para bem cumprir suas atribuições normativas, deve incorporar valores desse paradigma.

Veja-se, a exemplo, que o Texto Constitucional buscou dar a essa Advocacia prerrogativas e atribuições dignas de um ente Republicano do Estado Democrático. Ou seja, intencionalmente a Carta de 1988 concedeu à Advocacia Pública papel constitucional essencial à caracterização do paradigma estatal que buscou implementar. Assim, pois, é a Advocacia Pública, em sua existência, uma garantia fundamental à efetivação dos objetivos e princípios constitucionais, com reflexos positivos diretos nas prerrogativas e direitos dos cidadãos.

Também é, como face da mesma moeda, Função Essencial à Justiça. Ora, a Constituição de 1988 inseriu a Advocacia Pública no Capítulo referente às Funções Essenciais à Justiça, fazendo questão de distinguir as suas competências de outras instituições (Ministério Público e Defensoria Pública). A Advocacia de Estado, então, passou a assumir funções além daquelas pertinentes à mera defesa do Estado em juízo.

Assim, tem papel relevante, que guarda comprometimento com valores permanentes da sociedade e do Estado Democrático de Direito,

como a Justiça e o respeito à Ordem Jurídica. Claro, pois, tem essencial papel no combate à corrupção.

E para tanto, para o adequado desempenhar de tal atribuição, ganha relevo a divisão entre consultivo e contencioso da Advocacia Pública, qualidade que lhe dá a nota diferencial das demais instituições e aqui já visitada.

Rapidamente, a AGU, no que poderia ser dito a Advocacia Pública, assessora a Administração no intuito de que as decisões dos gestores sejam tomadas dentro da esfera da discricionariedade administrativa motivada, mas também com pleno respeito à lei, ao ordenamento. O Advogado Público deve, pois, impedir uma ilegalidade, uma imoralidade, mas também “dar o caminho”, indicar meios à concretização daquela política pública.

A função consultiva, pode-se dizer, é aquela que ajuda a impedir que a corrupção ocorra, assumindo a atividade do Advogado Público papel primordial de controle prévio da legalidade, ou seja, na verificação da obediência da Administração Pública ao ordenamento jurídico.

Em outras palavras, pode-se dizer que compete ao Advogado Público, no exercício deste relevante mister, o dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, bem como o aconselhamento dos agentes políticos, no intuito de que sejam adotados os atos destinados à afirmação dos valores do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado a feição contenciosa contribui ao combate efetivo da corrupção. Até porque, como visto, vem a AGU melhor desenvolvendo e organizando suas atribuições de “proativo”, efetivamente judicializando a recomposição do erário quando necessário. Por meio dessa atuação, então, busca-se a manutenção e estabilidade da ordem jurídica, o cumprimento dos princípios constitucionalmente estabelecidos, bem como a viabilização das atividades administrativas.

Por ambas as atuações, pois, tanto no campo consultivo como contencioso, vemos que a Advocacia Pública adota papel essencial na consolidação do Estado Democrático de Direito. Em suma, a Advocacia Pública Consultiva colabora com a boa versação do patrimônio público e com o respeito aos princípios da impessoalidade, da moralidade da legalidade administrativa (tudo com a não criação de direitos subjetivos sem respaldo legal), além de tentar garantir o respeito ao devido processo legal e ao contraditório nos atos e processos administrativos. Por outro lado, a Advocacia Pública Contenciosa defende a correta implementação dos direitos subjetivos, o que, em observância ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, garante a todos a solvência Estatal.

Essa correta e razoável implementação de direitos, ou seja, o respeito à legalidade (no sentido de juridicidade e não de legalismo) e aos princípios constitucionais, diminui, conseqüentemente, o risco de corrupção.

I – C – 17 Mecanismos de combate á corrupção

Certo que todos esses entes envolvidos no combate á corrupção, do cidadão ao empresário, das ONG's aos órgãos públicos constitucionalmente imbuídos em tal mister, o fazem por diversos mecanismos, alguns comuns e outros exclusivos, alguns preventivos e outros repressivos. Aqui, tentaremos, então, tangenciar alguns desses mecanismos, tantos por mera citação, outros com algum desenvolvimento.

Pois bem.

Voto

De início não há instrumento mais óbvio, mais importante e ao mesmo tempo mais esquecido do que o voto. É o cidadão, o eleitor, através do voto consciente, fruto de um processo eleitoral transparente, quem mais poderá contribuir ao efetivo combate á corrupção. Daí, inclusive, a grande relevância das inovações normativas e jurisprudenciais como a conhecida “Lei de Ficha Limpa” e a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre sua aplicação. Tudo devidamente televisionado.

Pareceres, Recomendações, Auditorias e Notificações Administrativas

Outro instrumento que decorre do que aqui dito são os pareceres jurídicos e técnicos dos órgãos de assessoria de mesma natureza. É que as limitações e indagações ali postas já devem, ou deveriam, servir de alerta ao gestor daquilo que pode ser considerado além da probidade.

Da mesma forma as Recomendações do Ministério Público, que também podem, quando bem utilizadas, auxiliar no correto encaminhamento da gestão da verba pública.

Atos e decisões, recomendações, medidas cautelares, auditorias e notificações de órgãos como TCU, CGU, Ministérios também, por óbvio, contribuem e são mecanismos de combate á corrupção na medida em que formalizam e instruem o gestor dos elementos técnicos necessários ao impedimento ou á correção das atitudes tomadas no gerir dinheiro público.

Medidas Judiciais

As diversas medidas judiciais, que também podem ser utilizadas na prevenção, cabe frisar, representam os mais fortes instrumentos ou mecanismos de combate á corrupção, por sua força impositiva, mas que não quer dizer, e tal retiramos de nossa prática diária, os mais

eficientes. De qualquer forma, cumpre-nos destacar as mais, em nosso sentir, relevantes.

Medidas Judiciais – Ação Popular⁶⁹

Nos casos em que a conduta do agente público mostra-se lesiva ao patrimônio público, a Carta Magna disponibiliza o instrumento da Ação Popular em seu art. 5º, LXXIII. Neste caso, a condenação deve ater-se à nulidade do ato ilegal ou imoral, causador da lesão patrimonial.

Nos termos do art. 1º da Lei nº 4.717/65, que disciplina a Ação Popular, qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, considerando-se patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. São seus requisitos, então: ajuizamento da ação por cidadão brasileiro; ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar e lesão ao patrimônio público.

A Ação Popular pode ter fins repressivos e preventivos, sendo que sua propositura não exclui o cabimento da Ação Civil Pública, até porque a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) prevê a concomitância de ambas (art. 1º, *caput*). Assim, justifica-se o remédio constitucional popular para imputar responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, sendo, então, um instrumento de Controle Social, em especial, no combate à corrupção.

Porém, apenas uma população consciente de seus deveres sociais conseguirá utilizar adequadamente os remédios jurídicos postos à disposição, sendo facilmente perceptível que, no Brasil, a população ainda não está acostumada a exercer o controle social sobre os atos da Administração Pública, restando, infelizmente, à ação popular, muitas vezes, uma utilização desvirtuada, como, por exemplo, instrumento de oposição política.

Medidas Judiciais – Ação de Improbidade ou Ação Civil Pública de Improbidade⁷⁰⁷¹⁷²

69 Idem. p. 236.

70 Idem. p. 236.

71 GONÇALVES, Klever D. O combate à corrupção no Brasil e a lei nº. 8.429 de 02 de junho de 1992. *Revista jurídica*, Anápolis, n.18, 2012.

72 VIEIRA, James B. *O impacto das capacidades institucionais do setor público: um estudo exploratório sobre as causas e efeitos das improbidades na administração pública municipal brasileira*. 6º concurso de monografias da CGU, Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/concursos/Arquivos/6_Concurso>.

Outra medida judicial relevante tem contornos definidos na Lei 8429/92 c/c Lei 7347/85, trata-se da ação de improbidade, ou ação civil pública de improbidade (discussão que aqui o texto não comporta aprofundamento).

Isso porque ante a necessidade de se efetivamente regulamentar o estabelecido pelo Constituinte no art. 37, §4º da Constituição Federal de 1988, restou ao Congresso promulgar a Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992 - Lei de Improbidade Administrativa – LIA.

Assim, revogou as Leis n.ºs 3.164/57 e 3.502/58, tutelando a “probidade administrativa”, de forma que os princípios insculpidos no *caput* do artigo 37 pudessem vir a ser efetivamente obedecidos.

Não por menos disciplina sanções contra os atos de improbidade administrativa, classificados em atos que importem enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao Erário e que atentem contra os princípios da Administração Pública.

Importa ressaltar que, muito embora haja na Lei conceitos afetos ao Direito Penal, tais como os contidos no Capítulo III “Das Penas” e Capítulo VI “Das Disposições Penais”, as sanções estabelecidas em seu bojo para os atos de improbidade administrativa não são de natureza penal, devendo ser julgadas e apreciadas pelo juízo cível.

A Lei n.º 8.429/92 evidencia, por conseguinte, uma multiplicidade⁷³ de situações que caracterizam a improbidade administrativa, e tem como principal foco a proteção do patrimônio público, no âmbito da Administração Direta, Indireta ou Fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Abrange, também, empresas incorporadas ao patrimônio público ou entidades para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

A prática desses atos importa na aplicação de penalidades, as quais independem das sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica. As sanções previstas na Lei de Improbidade podem levar a conseqüências pesadas ao patrimônio do agente público imputado, devendo o Autor, portanto, ater-se aos liames conceituais consolidados nos artigos 9º, 10 e 11 da referida Lei.

Os sujeitos dos atos de improbidade podem ser classificados como sujeitos ativos e passivos. Aqueles são os agentes públicos, servidores ou não, que com ou sem a ajuda de terceiros praticam tais atos, enquanto que estes são representados pela coletividade, ou mais especificamente pelo Estado, encarnando a sociedade politicamente organizada.

Monografias/1-Lugar-Profissionais.pdf>. Acesso: em 02 dez. 2012.

73 BOTELHO, Ana Cristina M. de P. *Corrupção política: uma patologia social*. 2008. 274 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília. p. 225.

Os artigos 1º, 2º, 3º e 8º da Lei nº 8.429/92 evidenciam, de forma clara, quem são os sujeitos ativos dos atos de improbidade, se não vejamos:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma da Lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio da entidade que receba a subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilícitamente está sujeito às cominações desta Lei até o limite do valor da herança.

Vê-se, pela leitura do art. 1º que, para os fins da Lei nº 8.429/92, são considerados atos de improbidade os praticados em detrimento da Administração de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público, bem assim de entidade para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por

cento do patrimônio ou da receita anual, observando-se, outrossim, o que dispõe o parágrafo único do mesmo artigo.

Acentua, então, BERTONCINI⁷⁴:

Portanto, onde houver a participação do Estado na criação de pessoas de direito privado, na sua manutenção, custeio, subvenção ou incentivo, haverá a possibilidade do cometimento de ato de improbidade administrativa. A Lei nº 8.429/92, portanto, não se aplica apenas à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes, conforme o art. 37, caput, da CF. A lei vai além, dando azo para sua aplicação naquelas situações previstas no art. 70, parágrafo único, da CF, que estabelece: “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie e administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária. Como corolário dessa prestação, também há a responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas responsáveis por inadimplir essas obrigações e por desviar esse patrimônio, conforme a Lei 8.429/92.

O sujeito ativo, por sua vez, é o agente público em seu sentido lato. Pela parte final do artigo, podem praticar atos de improbidade pessoas físicas que possuam algum vínculo com as entidades mencionadas no art. 1º e no seu parágrafo único. Percebe-se, então, a amplitude conceitual do art. 2º, visto que confere a agentes privados a qualidade de públicos quando exerçam atividades junto a entidades que recebam numerário de origem pública. Os arts. 3º e 8º ampliam ainda mais o rol dos sujeitos ativos, incluindo, o primeiro, agentes privados que induzam ou concorram para a prática de atos de improbidade, enquanto que o segundo faz com que a responsabilidade pela lesão ao patrimônio público se estenda aos sucessores, até o limite da herança.

Neste ponto, cabe ressaltar o acerto da lei nº 8.429/92 ao legitimar o terceiro puramente beneficiário como sujeito ativo, art. 3º, o que facilita a demonstração de materialização do ato de improbidade administrativa. Nesse contexto, bastaria apenas provar o benefício, auferido pelo terceiro e decorrente do ato de improbidade, cujo afastamento e punição é tutelado pela Lei de Improbidade Administrativa (PAZZAGLINE FILHO; ROSA; FÁZZIO JÚNIOR; 1997, p. 37-47)⁷⁵.

74 BOTELHO, op. cit., p. 229.

75 GONÇALVES, Klever D. O combate à corrupção no Brasil e a lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992. *Revista jurídica*, Anápolis, n.18, 2012. p.17.

Nesse liame de raciocínio entende o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que pessoas físicas ou jurídicas podem ser vistas como terceiros beneficiários do resultado do ato ímprobo:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL. PESSOA JURÍDICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. [...] 4. A afirmação de que não exerce função delegada do poder público nos convênios impugnados é irrelevante, tendo em vista que o art. 3º da Lei 8.429/1992, tido por violado, é claro ao estender o seu alcance aos particulares que se beneficiem do ato de improbidade. A expressão 'no que couber' diz respeito às sanções compatíveis com as peculiaridades do beneficiário ou partícipe, conforme entendimento do STJ. 5. O sujeito particular submetido à lei que tutela a probidade administrativa, por sua vez, pode ser pessoa física ou jurídica. Com relação a esta última somente se afiguram incompatíveis as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos [...] (STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Resp. n.º 1.038.762-RJ, DJ em 31/08/2009, online).

Apesar de somente no art. 10 da Lei 8.429/92, o qual trata sobre ato ímprobo que configura lesão ao erário, tecer a necessidade de dolo ou culpa para tipificação da infração, entende-se em alguma doutrina que não se pode excluir esse aspecto material imprescindível para a materialização das outras figuras típicas dos artigos 9 e 11 da citada Lei. Dessa forma, a delimitação do ato de improbidade administrativa deveria ser precedida pela verificação de que houve dolo ou culpa por parte do sujeito ativo.

Já para WALDO FAZZIO JUNIOR⁷⁶, a imprescindibilidade da culpa ou dolo na materialização do ato de improbidade administrativa somente incidiria no caso de lesão ao erário. Ainda ao seu juízo de valor, nas outras modalidades, enriquecimento ilícito e ofensa aos Princípios da Administração Pública, somente haveria a incidência do ato de improbidade administrativa tutelado pela Lei de Improbidade Administrativa (LIA) quando houvesse dolo por parte do agente. Destarte, nas duas últimas condutas se ficar caracterizado somente a culpa não há que se falar em improbidade (2003, p. 52-54).

76 GONÇALVES, op. cit.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendido que as formas culposas e dolosas podem configurar em ato de improbidade administrativa, conforme se pode analisar de julgado recente proferido corte:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ELEMENTO SUBJETIVO. PRECEDENTES DO STJ. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. A configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, pois não é admitida a responsabilidade objetiva em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa. 2. Assim, é indispensável a presença de conduta dolosa ou culposa do agente público ao praticar o ato de improbidade administrativa, especialmente pelo tipo previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, especificamente por lesão aos princípios da Administração Pública, que admite manifesta amplitude em sua aplicação. Por outro lado, é importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA) não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA). [...] (STJ, Rel. Min. Denise Arruda, Resp. n.º 875.163- RS, DJ de 01/07/2009). (2009, online).

Quanto ao requerimento da tutela cautelar, é importante atentar para o fato de que ele pode se dar de forma precedente à ação principal, ou mesmo em seu curso, a depender do caso concreto e da avaliação do autor da ação, muito embora a dicção do art. 17 da Lei nº 8.429/92 possa sugerir o contrário, ou seja, que a Ação de Improbidade teria que ter como pré-requisito a propositura de medida cautelar.

Pode-se adotar como medida acautelatória o seqüestro de bens, previsto no *caput* do art. 16 da Lei nº 8.429/92. Havendo fundados indícios de responsabilidade do agente que tenha enriquecido ilicitamente (art. 16), a indisponibilidade de bens é uma forma de assegurar o integral ressarcimento do dano causado (art. 7º, parágrafo único). O enriquecimento, pelo menos à primeira vista, há que ser evidente, inegável, muito embora ainda não se possa calcular o valor exato do dano.

No que diz respeito à sentença, quando julga a ação procedente, deflagra uma série de conseqüências, dentre elas a determinação da reparação de danos, a decretação da perda dos bens havidos

ilicitamente, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, o pagamento de multa civil. O juiz, então, na fixação das penas levará em consideração a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente (parágrafo único do art. 12 da Lei nº 8.429/92).

Outro ponto que não poderia deixar de ser mencionado é a prescrição, que está regradada pelo art. 23 da Lei nº 8.429/92, vejamos:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:

I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Assim, em casos que não impliquem a perda da função pública, o prazo prescricional será de cinco anos. Caso contrário, há que ser observado o prazo prescricional como descrito na lei específica.

Inúmeras são as discussões sobre a prescrição na apuração das infrações política-administrativas, que variam desde o termo *a quo* até sobre a imprescritibilidade das ações com pedido de ressarcimento.

E tal porque a Constituição Federal é expressa em o determinar:

Art. 37, §§ 4º e 5º.

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Várias, são, pois, os questionamentos e implicações decorrentes da aplicação da referida Lei, não nos sendo possível aprofundá-las mais até pelo número de folhas já gastas com o, talvez, entediante texto.

Porém, cumpre registrar que a lei 8429/92 representou um marco democrático relevante na consubstanciação do paradigma constitucional, trazendo concretas soluções a problemas no efetivo combate á corrupção, tanto que severamente questionada nos Tribunais, em regra, por aqueles que a percebem como eficiente instrumento impeditivo da conduta ímproba.

Medidas Judiciais – Execuções de acórdãos do TCU

Podemos, quanto aos mecanismos judiciais, mencionar, ainda, as ações executórias dos acórdãos do Tribunal de Contas, cuja legitimidade ativa é exclusiva da Advocacia Pública correspondente à esfera da federação, e que vem demonstrando-se a forma mais eficiente de recomposição do erário na seara judicial, o que não quer dizer eficiência no combate á corrupção, até porque, se se chegou a tal ponto, é porque há muito já ocorreu o dano ao erário.

Medidas Conciliatórias e Extrajudiciais

Da mesma forma as medidas conciliatórias de recomposição do erário, notificações e acordos extrajudiciais, assim como as medidas extrajudiciais, e não extrajurídicas, de recomposição do erário, como protesto dos acórdãos dos Tribunais de Contas como títulos executivos, vem se mostrando como eficientes mecanismos de recomposição do patrimônio público o que, contribui ao combate á corrupção mas, como já dito, não indica total êxito em seu evitamento.

Cooperação Internacional^{77 78}

Em perspectiva absolutamente diversa merece menção como mecanismo de combate á corrupção a Pactuação ou adoção de Acordos de Cooperação Internacional.

De fato, cabe mencionar que em 09/12/2003, durante encontro realizado pela ONU na cidade mexicana de Mérida, foi assinada a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC, em inglês), ocasião em que 95 (noventa e cinco) países a assinaram. Entrou em vigor em 14/12/2005 e, no Brasil, aprovada em maio de 2005 e

77 NUNES, Antonio Carlos O. *A cooperação internacional como instrumento jurídico de prevenção e combate à corrupção*. 2008. 118f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

78 BOTELHO, Ana Cristina M. de P. *Corrupção política: uma patologia social*. 2008. 274 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília. p. 217.

promulgada em janeiro de 2006, passando, a partir daí, a vigorar com força de lei.

Trata-se de um dos primeiros compromissos mundiais documentados a demonstrar preocupação como fenômeno da corrupção. Contém diversas previsões de criminalização de atividades tidas como corruptas (suborno, lavagem de dinheiro), além de estabelecer medidas para: prevenir a corrupção; promover a integridade nos setores público e privado; cooperar com outros países. Estabelece, ainda, e em seu traço essencial, mecanismos legais para propiciar o repatriamento de bens e recursos obtidos por meio de atos corruptos e que foram remetidos para outros países.

Daí um aspecto essencial da cooperação internacional no combate à corrupção: viabilizar a efetiva recomposição do erário lesado, com a recuperação de somas de dinheiro desviadas, mas rastreadas e bloqueadas.

Pode-se, pois, dizer que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção é o mais completo e abrangente instrumento internacional juridicamente vinculante, por estimular inclusive o controle social, no sentido de fiscalizar as contas do governo. Ademais, o nível de apoio recebido pela Convenção demonstra a preocupação da comunidade internacional com o tema, bem assim o comprometimento político para o seu enfrentamento. Assim sendo, o UNODC vem posicionando-se de forma estratégica de modo a trabalhar em conjunto com instituições governamentais e da sociedade civil, maximizando o impacto da cooperação técnica internacional.

Conscientização Social

Por fim, e também para introduzir o próximo capítulo, cabe mencionar como mecanismos de combate à corrupção, aqueles atrelados a melhorias nos índices de desenvolvimento humano e conscientização social (educação, cultura...) e, também, à melhoria na relação Administração Pública x Servidor público, através do que se chama na ciência da Administração, de comprometimento organizacional.

Assim, quanto aos índices de desenvolvimento sociais, cabe referenciar o texto de AFFONSO GHIZZO⁷⁹, quando diz que o fenômeno da corrupção no Brasil possui caráter essencialmente cultural, influência do legado predatório português. E isso ocorre em virtude da adoção da dominação tradicional patrimonial, caracterizada

79 GHIZZO NETO, Affonso. *Corrupção, estado democrático de direito e educação*. 2008. 293 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

por um modelo centralizador, absolutista e privatista de poder, o que permitiu a formação de uma estrutura totalmente contrária e lesiva aos interesses sociais, difusos e coletivos, enfim, avessa à garantia de quaisquer direitos fundamentais.

A corrupção, então, se forma como valor negativo moral da sociedade, levando seus indivíduos a tratarem o público como se fosse privado. Como fenômeno cultural e relacional, a corrupção não se relaciona unicamente com a ação ímproba decorrente da utilização indevida do poder constituído em benefício privado, como também, com a maneira de ser dos indivíduos e os valores éticos pré-definidos no íntimo pessoal de cada personagem.

Cita-se ZANCARO⁸⁰: “o fenômeno é anterior ao ato corrupto propriamente dito. Pelo que, sob um modelo de dominação de características patrimoniais, em princípio, nenhum cidadão pode considerar-se imune aos seus atrativos”.

Sem resposta para todos os questionamentos que circundam a problemática do desenvolvimento da cultura da corrupção no Brasil, como se viu, é possível imaginar, porém, uma transformação educativa para a formação de sujeitos pensantes: críticos e reflexivos. Somente através de um processo educativo de formação de novos valores morais e éticos positivos, compatíveis com os princípios, garantias e direitos fundamentais, é que será possível finalmente descobrir o Estado Democrático de Direito, acessível a todos brasileiros.

Conclui, novamente em Zancanaro⁸¹:

Educação para cidadania: eis o caminho a ser trilhado com urgência pela sociedade brasileira, se quiser vencer o estigma da corrupção. Mudar a mentalidade de seu povo, implementando um processo educativo capaz de reverter o quadro de derrocada dos valores morais que corrói as instituições e as consciências. O problema da corrupção é um problema de formação de consciência cívica. Formar a consciência dos indivíduos, fazendo o exercício de construção dos valores inerentes à dupla face da condição humana: a dos valores e interesses individuais; e a dos valores e interesses coletivos. A corrupção nas instituições não é causa, mas efeito da incorporação pelos indivíduos de antivalores sociais. O sistema patrimonial de dominação mostrou-se incapaz

80 Idem, p. 278.

81 Idem, p. 280.

de desenvolver um modelo de relações sociais que tornasse possível enquadrar a ação dos agentes públicos dentro dos limites da racionalidade.

É este, para nós, e aqui encerrando a menção ao texto de GHIZZO, efetivamente, o melhor caminho para o eficiente combate á corrupção.

Porém, fácil perceber que se trata de um dos mais longos, apesar de duradouro, e que demandará esforços públicos e privados.

De qualquer forma, um esforço público localizado, acreditamos, já caiba ao Estado fazer.

E começamos aqui a tratar do capítulo final desse estudo, ou seja, indicamos que a melhoria na relação Administração x Servidor público é mecanismo de controle e eficiente combate á corrupção, e tal por um motivo óbvio: foca na raiz humana do problema.

Em princípio, pois, servidores público satisfeitos tem menos motivos para corromper ou se deixar serem corrompidos pelos agentes privados. Diz-se menos, pois, após tudo que se viu aqui, não é adequado se concluir que a corrupção tem causa e percepção única em eventual, por exemplo, insatisfação remuneratória do servidor, eis que ali devem ser inseridos também elementos que passam da condição humana, pela moral, ética, a fatores históricos e sociais até conscientizações mundiais das mazelas geradas pela corrupção, além dos evidentemente necessários investimentos e aprimoramentos dos meios de controle, prevenção e eficiente combate á corrupção.

Certo, para nós, que tratar adequadamente da relação Administração x Servidor Público, por que também influenciada por questões sociais e estruturais, merece atenção doutrinária multidisciplinar, pois a corrupção é muito mais que jurídica, como visto, razão pela qual passaremos a partir desse momento a tratar do comprometimento organizacional como mecanismo de controle e combate á corrupção a partir do momento em que se relaciona com diversos dos aspectos humanos, internos e externos, aqui apontados como elementos da configuração do mal social, político, econômico e jurídico aqui estudado.

E tudo isso pautado pelo necessário princípio da eficiência, mais do que valor jurídico, e sim como meta republicana, gerencial da boa versação do erário.

I - D DA EFICIÊNCIA E DO COMPROMETIMENTO ORGANIZACIONAL

A Constituição Federal de 1988, em louvável atuação do poder constituinte reformador, deixou taxativamente consignado

que a eficiência é norte do Estado. E é isso que se deve buscar no serviço público. É assim que o servidor público deve ser em seu agir funcional.

E tal necessidade ocupacional, já não fosse lógica a quem busca fazer mais gastando menos, numa perspectiva de economicidade, é norma cuja verificação pela sociedade em face da Administração aumentará conforme evolução do desenvolvimento cultural e social da população brasileira. Ainda mais com a aprovação das diversas normas sobre Transparência (leis, decretos e regulamentos) que já trouxeram a visibilidade (em algum tom, talvez aguçada de mais, outro talvez de menos) imprescindível ao tratar do que é do público.

Assim, o fim não nos parece complicado enaltecer, afinal, todos querem eficiência pública, ainda mais se focada, tal eficiência, no combate á corrupção.

É bom para a população, que vê o “Governo” trabalhando para atingir as necessidades sociais de forma mais rápida e prática, vendo também o patrimônio, que é de todos, melhor gerido e menos suscetível aos desvios das atuações corruptas; é bom para a Administração, que gastará menos recursos financeiros e humanos para adimplir suas obrigações e, principalmente, conseguirá as efetivamente adimplir; é bom para o Gestor, para o Administrador, para o Chefe, que demonstrará qualidades hoje imprescindíveis em seu atuar qualificando-se à ascensão funcional e é bom, claro, para o servidor, que cumprirá seu mister gastando menos tempo e energia e com maiores e melhores resultados.

Mas como obter tal eficiência no combate á corrupção? Desafio aos Administradores, Economistas, Engenheiros e principalmente Juristas, ainda mais se intrometidos na gestão da Administração, do Poder Executivo, Judiciário ou Legislativo...

I – D – 1 Da especificação do problema

Discussão interessante vem acontecendo hoje no âmbito da Advocacia-Geral da União com projeto de Lei Complementar gestado pela atual Cúpula, o Sr. Advogado-Geral da União e assessores próximos e que trouxe reação generalizada das Associações que representam as carreiras que compõem a instituição.

Melhor definindo o que se pretende precariamente discutir, passemos para o que foi publicado a respeito.

Marcos Luiz da Silva, Presidente da Associação Nacional dos Advogados da União disse⁸² que:

82 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-02/marcos-luiz-silva-lei-agu-risco-estado-direito>>. APARELHAMENTO POLÍTICO. Lei Orgânica da AGU pode por em risco o Estado de Direito.

O anteprojeto regulariza e até amplia os direitos de advogados privados que ocupam cargos comissionados dentro da instituição. O texto atual da Lei Complementar 73/93, que já não é bom nesse ponto, autoriza que somente os consultores jurídicos sejam considerados, para efeitos legais, membros da AGU. O anteprojeto, ao invés de impedir a situação de forma absoluta, a amplia, passando a beneficiar todo e qualquer “comissionado”.

[...]

Em resumo, advogados privados indicados por autoridades do governo para cargos em comissão de conteúdo jurídico passariam, mesmo sem submeter-se ao difícil concurso público para o cargo de advogado da União, que hoje conta com concorrência de mais de 400 (quatrocentos) candidatos por vaga, a exercer atribuições atinentes à carreira e ainda seriam contemplados com as prerrogativas conferidas aos membros efetivos da AGU, no bojo da nova lei complementar.

Nada mais absurdo e na contramão da história republicana do nosso país. Recentemente o ministro Ayres Britto, em visita à AGU, destacou a excelência da instituição no plano técnico, aduzindo ainda que a atuação “muito contribui para a facilitação dos exames jurídicos a cargo dos magistrados, notadamente dos tribunais, porque é uma instituição qualificada e órgão essencial à função jurisdicional do Estado”.

[...]

A proposta do governo federal expõe, em verdade, um modelo de advocacia pública que é extremamente nefasto ao interesse público e à sociedade brasileira. Em verdade, a ocupação de cargos técnicos por pessoas não concursadas não é balizada por critério objetivos e “meritocráticos”, que é o que se costuma alardear quando se defende tal possibilidade. O que se vê, na prática, é que não se tem qualquer critério, ou os critérios utilizados não são tornados públicos, recaindo no subjetivismo e na discricionariedade absoluta. Não há qualquer norma no âmbito federal estabelecendo critérios objetivos para ocupação de cargos em comissão por pessoas não concursadas. Na AGU, muito menos. A ocupação é feita de forma aleatória e com base em critérios meramente pessoais. É o que acontece no Brasil ao

longo de muitos anos e continua acontecendo, inclusive no âmbito da AGU.

O que se pretende com isso? Uma concorrência com os advogados da iniciativa privada pelos cargos na Advocacia-Geral da União? Há quem defenda esse ponto de vista, por entender que essa “salutar concorrência” terminaria por afastar uma acomodação que naturalmente recairia sobre os advogados da União na hipótese de terem a exclusividade na ocupação desses cargos, de modo que quem tivesse melhor preparo ocuparia o cargo. Nada mais falacioso. Em verdade, a Constituição Federal já estabelece um critério objetivo e impessoal para que se preencham esses cargos: o concurso público. É nessa etapa que deve se dar a concorrência, até para coibir o uso da máquina pública fins não republicanos, tão comuns na administração pública brasileira já há muitos anos. Ora, tal concorrência já se dá no concurso público!! Quer ser advogado da União, faça o concurso!”

Vê-se, pois, a crítica direta a utilização de conceitos como “oxigenação”, com nomeação a funções comissionadas de profissionais de origem privada, para se evitar a fama de “acomodação” dos servidores públicos. Vale ressaltar o ambiente em que discutida tal matéria, ou seja, em mister público tido como essencial à Justiça e ao Estado pela Constituição Federal de 1988.

Esse foi, em maioria, o posicionamento das instituições, Associações e Sindicatos que representam os integrantes da Advocacia-Geral da União.

Porém, de outro lado, fundamentou-se a linha adotada pelo projeto em artigos diversos, assim como notas de esclarecimento do representante maior da instituição verificáveis em “<http://www.agu.gov.br>.”

Cabe destacar o que foi expresso pelo Sr. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Consultor-Geral da União⁸³:

“O que se estranha são algumas reações que se registram, e que substancializam menos uma preocupação com a eficiência de nossas instituições do que interesses setoriais corporativos mimetizados em imaginárias preocupações sociais. Inventa-se uma ciência política ingênua que engasga o conceito de Estado, desenhando-se esse último como um escudo protetor para o exercício do achismo e das idiosincrasias.

83 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-17/arnaldo-godoy-reacao-lei-agu-fabulizacao-advocacia-publica>>. DO METAFÍSICO AO EMPÍRICO. Nova Lei da AGU e a fabulização da advocacia pública.

Acusa-se o projeto de propiciar o aparelhamento ideológico da AGU, de engendrar a perda da autonomia do advogado público e de fixar uma fórmula hierárquica de concepção de decisões. Nesse sentido, o aparelhamento teria como causa a disposição de que seriam membros da AGU, além dos integrantes das carreiras jurídicas, os detentores, em âmbito do sistema de advocacia pública, de cargos comissionados. A perda da autonomia teria como causa a tipificação como erro grosseiro do advogado a inobservância das hierarquias técnicas e administrativas fixadas na lei complementar que se discute. É esse mesmo fragmento que fomentaria uma rigidez hierárquica na concepção de decisões. A crítica ao projeto não é uma questão weberiana, de burocracia; é freudiana mesmo, que qualifica um delírio jurídico, ainda não catalogado no código internacional de patologias da alma.

A incorporação do comissionado no sistema de advocacia pública é o reconhecimento de um fato capitulado pela vida real, e que reflete tradição normativa que, inclusive, considera funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública. Além do que, a preocupação é substancialmente quimérica, na medida em que os números objetivamente comprovam, pelo contrário, uma elogiável retração do exercício de cargos de advocacia pública por comissionados. Muito já se fez.” [...]

Certo, como se vê, que também a Administração da AGU não sustenta, teoricamente, alargamento da utilização dos cargos em comissão, funções comissionadas, mas, no que aqui nos interessa, deixa claro, (retirando-se os floreios) enxergar tal situação não só como comum à Administração como um todo, mas principalmente necessária “preocupação com a eficiência”.

Na mesma linha um terceiro, fora da relação Administração da AGU e membros, Prof. Heleno Torres, também opinou⁸⁴ defendendo que:

Nesta semana, o jornal “O Estado de São Paulo” trouxe Editorial intitulado “o aparelhamento da AGU”. Uma redação que, a pretexto de atacar o projeto da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, faz uma crítica pueril, repleta de contradições, e que alinha ideologias e interesses que não revela. Quando se ataca com especulações e acusações não demonstradas os ocupantes dos mais elevados cargos de Estado, atinge-se não bem a pessoa, mas as instituições da República.

84 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-13/heleno-torres-quem-interessar-agu-engessada-burocracia>>. DESAFIOS DA AGU. A quem pode interessar a AGU engessada?

E querer capitular a governabilidade da República, por meio do enfraquecimento da AGU, é algo que nenhum cidadão pode aceitar.

[...]

A AGU, no campo dos órgãos públicos, é a grande novidade do século, no Brasil. Em nenhum outro momento da nossa história o patrimônio dos brasileiros foi defendido com tanta valentia e talento. Não é por acaso que para comandá-la, nos últimos anos, foi necessário convocar notáveis servidores do Estado ou brilhantes advogados, como Gilmar Mendes, Dias Toffoli e, agora, Luís Inácio Adams. A quem pode interessar a AGU pouco eficiente e engessada pela burocracia?

[...]

A AGU será sempre e tão mais forte quanto maior possa ser sua capacidade de superar as limitações de simplesmente atender às burocracias do Executivo ou do Judiciário, seu empenho em prover soluções efetivas aos processos nos quais a União seja parte, evitar o litígio mediante propostas de adequação da ação estatal à legalidade e à justiça, implantar uma política orientada ao atendimento dos cidadãos e aceitar a redução de divergências de entendimento como algo imprescindível às múltiplas relações jurídicas entre União e sociedade.

Órgãos de estado não revelam crises pelos descontentamentos episódicos de parcela minoritária de seus membros, mas pelo quanto eles são incapazes de realizar em favor da sociedade. A Advocacia pública federal, porém, segue o destino das instituições mais admiradas, está entre as mais qualificadas do mundo, com atuação comprometida e com êxitos sobremodo relevantes. O novo modelo traz, diferentemente do que aparenta aos olhos míopes de alguns, notável fortalecimento da AGU, segundo critérios de compromisso com a governabilidade e com a eficiência administrativa. E com ganhos notáveis para toda a sociedade.

Perceptível, pois, também no que aqui importa (e fora da discussão entre autonomia funcional e independência técnica do advogado, talvez neblinada pelo Autor), que a busca da “*eficiência administrativa*” justifica ou justificaria o modelo ante ganhos notáveis á sociedade.

Para nós, pois, posto o debate. Eficiência é norte, mas como chegar lá, em especial numa conjuntura de corrupção praticamente endêmica como até agora, como o presente texto, exposta?

E na limitação de assunto aqui necessária e efetivada pelo projeto de nova Lei complementar da Advocacia-Geral da União, sugeriríamos a polarização de encaminhamentos: Utilização de Funções Comissionadas e Cargos em Comissão, permitindo a participação de não servidores públicos na gestão da instituição (inclusive na seara finalística? Apesar dos problemas de critérios de indicação desses terceiros...) **Ou**, e aqui começaremos a apresentar como opção, o desenvolvimento das qualidades dos servidores públicos, selecionados via concurso e com vínculo estabilizado com o ente? (Apesar dos manifestos riscos de acomodação e dos alegados piores índices de produtividade em relação à esfera privada).

Antes porém, cabe explicar aqui de qual serviço público se está a tratar.

É que não se almeja discutir um serviço, como telefonia, energia e sua pertinência ou não em privatização de todo o sistema, dos serviços, apesar das agências de controle. Isso porque tal discussão representa, em verdade, uma discussão de todo um modelo político econômico a adequar-se ou não a dada realidade histórica, geográfica e populacional que não caberia neste simples texto e não teria o subscritor competência para fazê-lo.

Até porque, também, numa perspectiva do trabalhador, público ou privado, e não da atividade econômica, certo que buscar eficiência é valor inquestionável, independentemente da atividade desenvolvida.

Assim, partiremos de alguns pressupostos que esperamos verdadeiros, ou seja, que o serviço público desenvolvido pela Advocacia-Geral da União não permite a “privatização” de todo o “sistema”, vez que fixado no texto Constitucional como essencial á Justiça e, portanto, essencial á existência, administração e concretização do Estado Democrático de Direito, como já cansativamente visto.

Ou seja, limitaremos o estudo ao serviço de assessoria, consultoria e representação jurídica do ente Estatal no combate á corrupção, desenvolvido pela Advocacia-Geral da União, necessariamente prestado por Instituição Pública e com foco na atividade finalística, desenvolvida por servidores públicos. (É que permitida e adequada à economicidade o desenvolvimento das atividades meio - limpeza, segurança e transporte, por exemplo – por terceirização).

Veja-se aqui outro tema interessante: será que essa percepção de que atividades meio são melhor desempenhadas através da privatização

poderia ser sentida quanto às atividades fim? Seria tal possível com as exigências de concursos público, compromisso institucional, segurança e estabilidade da relação servidor x Administração? Ante o necessário rigor com o trato da coisa pública e com as consequências oriundas, características do ato administrativo, como presunção de veracidade, legitimidade e auto-executoriedade, existiria a percepção de melhor desempenho por terceirizados? Agentes privados?

Não teremos aqui espaço para desenvolver a linha, mas, vimos que a corrupção não é fenômeno exclusivo de agente público.

Caminhemos na análise.

I – D – 2 Da busca de uma resposta

Devemos especificar a discussão que se quer propor.

Assim, partimos da ciência de que a atividade desenvolvida pela Advocacia-Geral da União deve, pois, continuar sendo desenvolvida por Instituição Pública e por servidores públicos compromissados com o relevante mister de assessoramento, consultoria e representação judicial e extrajudicial dos entes Estatais, em especial no combate á corrupção.

E do pressuposto acima recolocamos os contornos do que se quer discutir: Cabe, no âmbito da atividade finalística da Advocacia-Geral da União, adotar-se a intervenção de terceiros, não servidores públicos, através de funções e cargos em comissão, como concretização da busca pela eficiência e combate á corrupção?

Ou cabe melhor desenvolver a relação Administração x Servidor, estimulando-se as qualidades destes em prol da eficiência na gestão daquela?

Adiantamo-nos para indicar que a melhor opção é a segunda. E não só porque talvez seria um contrasenso usar-se da “*solução externa*” quando o pressuposto (não aprofundado, é verdade), é de que o serviço jurídico do Estado deve ser prestado por Instituição e servidores públicos. Até porque as exceções confirmariam a regra, confirmariam a escolha do modelo adotada para tal mister.

Mas a resposta é tal porque, para nós, a melhoria da eficiência do servidor público, em especial no combate efetivo á corrupção, na hipótese, passaria pelo desenvolvimento e estímulo de suas qualidades, de seus predicados, alguns já demonstrados quando do concurso público, outros com eventual e esporádica qualificação posterior.

Até porque, também, como defendido em artigo publicado pelo Sr. Consultor-Geral da União, aqui já referido, a Administração tende a diminuir tais intervenções externas e, conseqüentemente, é de se concluir

que o futuro e diminuto “número” dessas intervenções, de cargos e funções comissionadas não seria logicamente suficiente para resolver o problema de falta de eficiência de todo o quadro de servidores públicos.

Em uma fraca metáfora futebolística, talvez apropriada ao ambiente brasileiro, parece-nos claro que um único “*boleiro estrangeiro*” não será capaz de evitar a série de derrotas de um time inteiro, do goleiro a ataque, de pernetas tupiniquins.

Alguém, desenvolvendo a infeliz metáfora, pode dizer que o “*estrangeiro*” seria o Técnico ou Diretor do time, responsáveis pela “*direção e assessoramento*” da equipe. Mas em tal situação, muito já vista nos campos nacionais e internacionais, certo que poderão obter algum resultado se, e somente se, desenvolverem as qualidades e o preparo do seu plantel, retribuindo-lhes financeiramente de forma adequada (sob pena de perder os que se destaquem ou se cansam das dificuldades locais), e dando-lhes estrutura de “treino” e “pessoal de apoio” em número e qualidade também suficientes.

Não desenvolvidas tais áreas, ou seja, não melhorado o gramado, o estádio de treino, não montada equipe de preparadores físicos e gandulas adequada em número e capacidade e, principalmente, não estimuladas, desenvolvidas, as qualidades dos jogadores, aquele “alienígena” estará fadado, com todo o seu preparo, ao “rebaixamento”.

Saindo da metáfora, pois apenas serve para tentar melhor fazer compreender a ideia que se entende necessária ao estudo, cabe esclarecer que, em nosso sentir, o desenvolvimento das qualidades e virtudes dos servidores públicos, com o *pari-passo* melhoramento estrutural e de pessoal de apoio, representa mecanismo de controle prévio aos atos do Estado que conseguirá fazer brotar mais forte no serviço público (em especial na Advocacia Pública) a semente e a raiz da eficiência no bem desempenhar de uma de suas mais relevantes atribuições, qual seja, justamente, o combate á corrupção.

Provavelmente o leitor esteja se perguntando em que local estaria o empirismo, no estudo, da conclusão prática que nos adiantamos a fazer.

É mesmo questionável se dizer que é falha a fórmula de intervenções externas no corpo público como solução à acomodação e melhoria da eficiência (apesar de, neste ponto, também o subscritor se perguntar onde estaria o embasamento fático de tal constatação?), apontando-se como solução o desenvolvimento das qualidades internas e o melhoramento das estruturas físicas e pessoal de apoio, sem se ao menos indicar a forma de apuração!

Pois bem, e aqui aprofundando o estudo, cabível a exteriorização de algumas percepções, para a sociedade, notórias. O Serviço público

é ineficiente. A ineficiência gera malversação do erário e facilita a corrupção. Assim, a conclusão do silogismo é de que o servidor público é ineficiente e a Administração Pública a concretização de uma distopia marcada atavicamente pela incapacidade de se corrigir.

Daí, como visto na abertura do texto, a ideia de que a intervenção de externos à Administração traria eficiência. Porém, como também já visto, tal não é necessariamente verdadeiro e evidencia uma análise do problema viciada, o que gera uma busca também viciada da solução.

O que se quer dizer é que apesar de a aferição da ineficiência pública ter sua verificação numa simples percepção sensitiva do administrado, do privado, da sociedade quanto á qualidade do servidor público, tal não quer dizer que a solução para tal ineficiência do mesmo servidor público tenha solução na intervenção do privado naquele campo do serviço público, e muito menos que tal privado consiga identificar as várias causas específicas da ineficiência do servidor público.

Assim, e voltando aos trilhos, entendemos mais adequado à verificação das causas específicas e à formulação de soluções aos problemas da ineficiência do servidor público, buscar identificar tais elementos com a percepção que o próprio servidor público tem de si, com a análise das causas que o próprio servidor julga responsáveis pela ineficiência.

E é isso que foi feito e ante análise de tais resultados é que se concluiu, como há muito adiantado, que um adequado caminho à solução da ineficiência do servidor público, á significativa melhoria no combate á corrupção e na recomposição do erário, tem os tijolos mais dourados quando trilhado o rumo pelo desenvolvimento das qualidades internas e melhoria das estruturas de apoio e de pessoal, restando neblinada a estrada, em nosso sentir, quando apenas se aponta a solução como algo a depender de uma conduta individualizada, ainda que em cargo de gestão, do terceiro, privado, “interventor”.

Destarte, e finalmente, esclarecemos que auxiliamos no desenvolvimento de um estudo de caso, criado, gestado, efetivado e utilizado para servir de comprovação empírica à análise, na ciência da Administração, e não do Direito, do tema de uma monografia de graduação tendo como cerne o COMPROMETIMENTO ORGANIZACIONAL.

I – D – 3 Da verificação

De fato, como indicado no tópico anterior, e com o intuito de servir a demonstração empírica necessária à análise do comprometimento

organizacional no âmbito do serviço público, em especial, do órgão local de execução contenciosa da Advocacia-Geral da União, qual seja, Procuradoria da União no Estado de Minas Gerais, em apoio científico a monografia de graduação em Administração⁸⁵, realizou-se um questionário.

Tal instrumento voltou-se à aferição dos motivos de aquele servidor público sentir-se, ou não, devidamente comprometido com a organização, com a instituição pública a que vinculado.

Assim, acreditamos, foi possível minimamente verificar, com algum rigor científico, as causas específicas do que o próprio servidor público entende como justificativa para não se apresentar a serviço com grau de comprometimento adequado.

Ou seja, parece-nos que foi possível, por amostragem, verificar-se concretamente as causas da falta de comprometimento, da falta de dedicação que, como óbvio, contribuem sobremaneira à ineficiência do servidor público e aos baixos índices de recomposição do erário.

Em suma, utilizando-se dos conceitos da Administração de Empresas, com ênfase na gestão de pessoal, aplicadas aos servidores públicos, podemos aproveitar os resultados de tal pesquisa científica como considerável indicativo das causas da ineficiência do servidor público e, por lógica conseqüência, indicar mais facilmente as soluções a tal problema, na busca do efetivo combate à corrupção.

Que não se faça o pobre raciocínio, porém, de que se aquele ambiente de servidores públicos encontra-se com alto grau de desestímulo, quer isso dizer que se trata de ambiente com alto grau de corrupção. Não é isso e todo o capítulo sobre corrupção, seus conceitos, sua compreensão, seus agentes e mecanismos de controle, serviu justamente para se mostrar a complexidade da questão.

Porém, e do outro lado, não há como se negar que estímulos ao comprometimento organizacional, ou seja, ao elo entre o servidor e o ente público pode contribuir na melhoria, em termos de eficiência, do combate à corrupção.

Ou seja, estamos a estudar, como já se buscou deixar claro, mais um mecanismo de combate à corrupção que pode “tratar” de uma das causas da corrupção (que, como visto, também tem várias) qual seja o desestímulo do servidor público.

E se fez tal opção justamente por se entender que, ao menos na seara jurídica, apesar da complexidade do fenômeno da corrupção, da

85 VELHO, Nicole. *Comprometimento organizacional: um estudo de caso na Procuradoria da União de Minas Gerais*. 2011. 98f. Dissertação (Graduação em Administração) – Faculdade de Administração Milton Campos, Nova Lima.

manifesta ineficiência jurídica em seu combate e das grandes discussões acerca do modelo de gestão ideal na Administração Pública (Burocrática, Gerencial, Moderna, com menor ou maior intervenção de externos ou não servidores...), pouco existe em termos doutrinários que demonstre preocupação com a relação Administração x servidor como elemento, talvez, de efetivo e eficiente combate ao mal aqui já estudado.

Assim, espera o subscritor que após o que se põe abaixo, com inúmeras referências ao trabalho desenvolvido, possa vir a ser embasada a conclusão que arriscou fazer no início do texto, qual seja: Eficiência do servidor público advém do incentivo e desenvolvimento de suas qualidades e de melhorias estruturais e de apoio. E desenvolvidas tais qualidades e aprofundado o vínculo, mais efetivo será o combate á corrupção.

I – D - 4 Do Comprometimento Organizacional

No estudo em questão, que será devidamente referenciado ao final, até porque severamente transcrito, foram esclarecidos conceitos, próprios à Administração e que aqui serão adotados, á força da ignorância do subscritor naquel'outra ciência.

Assim, esclareceu-se, a título de introdução, que na realidade atual, as organizações requerem competências para adquirirem vantagem competitiva e, assim, a sobrevivência organizacional. Isso requer uma gestão eficaz das informações, tecnologias, processos e, fundamentalmente, das pessoas, uma vez que as mudanças sociais, demográficas, culturais e tecnológicas alteram a organização e estrutura do trabalho, o que transforma as relações de trabalho.

Resta claro, então, que as novas relações de trabalho, requerem ajustamento por parte das organizações, que devem buscar anteciparem-se às mudanças, a fim de garantirem sua sobrevivência. Tal paradigma requer dos trabalhadores que eles também se antecipem e ajustem às mudanças e, para tanto, precisam estar inseridos em organizações que possibilitem seu desenvolvimento.

Tem-se, então, que, para sobreviver no mundo competitivo é indispensável que as organizações atraiam e mantenham os profissionais mais competentes e criativos. Dessa forma, além da gestão da qualidade e do conhecimento, a gestão de recursos humanos passa a ser vital para as organizações.

Como assinala Bastos⁸⁶, para que as inovações tecnológicas representem real vantagem competitiva para a organização, é fundamental

86 BASTOS, Antônio V. B. Comprometimento organizacional: um balanço dos desafios e resultados que cercam essa tradição de pesquisa. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, maio/jun. 1993.

que o patrimônio humano seja efetivamente comprometido com o trabalho e que nele encontre condições de auto-realização e crescimento. Nesse mesmo sentido, Dias⁸⁷ ressalta que o uso de tecnologias que alteram a estrutura organizacional requerem indivíduos mais motivados, atentos, capacitados e participativos.

Isso posto, a questão do comprometimento organizacional passa a ser fundamental para os profissionais preocupados com as organizações e seus recursos humanos⁸⁸. Isso em função da crença de que profissionais comprometidos com a organização, tendem a se esforçar para o crescimento e sucesso da mesma. Ademais, Bastos⁸⁹ ressalta a premissa de que altos níveis de comprometimento organizacional geram benefícios a ambos: trabalhador e organização.

Comprometimento, aqui, deve ser entendido enquanto engajamento, agregamento e envolvimento, ou seja, vínculo, do indivíduo com a organização⁹⁰. Assim, o comprometimento organizacional pode ser compreendido como um estado psicológico que caracteriza a ligação dos indivíduos à organização. Segundo Rego⁹¹, as pessoas mais comprometidas têm maiores probabilidades de permanecerem na organização e de buscarem o alcance dos objetivos organizacionais.

Disponível em: <<http://www.gerenciamento.ufba.br/MBA%20Disciplinas%20Arquivos/Lideranca/Comprometimento%20organizacional%2020um%20balan%C3%83%C2%A7o%20dos%20resultados%20e%20desafios%20que%20cercam%20esta%20tradi%C3%83%C2%A7%C3%83%C2%A3o%20de%20pesqui.pdf>>. Acesso: em 23 ago. 2012

- 87 DIAS, Derli de S. *Múltiplos comprometimentos: um estudo comparativo entre profissionais e gerentes de uma grande empresa do setor metal-mecânico*. 2001. 136f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- 88 BORGES-ANDRADE, Jairo Eduardo. Comprometimento organizacional na administração pública e em seus segmentos meio e fim. *Temas em Psicologia*, Ribeirão Preto, v.2, n.1, abr. 1994. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413-389X1994000100005&script=sci_arttext>. Acesso: em: 23 ago. 2012.
- 89 BASTOS, Antônio V. B. Comprometimento organizacional: um balanço dos desafios e resultados que cercam essa tradição de pesquisa. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, maio/jun. 1993. Disponível em: <<http://www.gerenciamento.fba.br/MBA%20Disciplinas%20Arquivos/Lideranca/Comprometimento%20organizacional%2020um%20balan%C3%83%C2%A7o%20dos%20resultados%20e%20desafios%20que%20cercam%20esta%20tradi%C3%83%C2%A7%C3%83%C2%A3o%20de%20pesqui.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2012.
- 90 MEDEIROS, Carlos Alberto F.; ENDERS, Wayne Thomas. Validação do Modelo de Conceitualização de Três Componentes do Comprometimento Organizacional (Meyer e Allen, 1991). *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v.2, n.3, set./dez. 1998. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v2n3/v2n3a05.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2012.
- 91 REGO, Armênio. Comprometimento organizacional e ausência psicológica – afinal quantas dimensões?. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v.43, n.4, set./dez. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-75902003000400003&script=sci_arttext>. Acesso em: 25 out. 2012.

Porém, essa ligação do indivíduo com a organização não pode ser explicada com base em apenas um fenômeno, o que levou à tripartição do conceito de comprometimento em: afetivo, normativo e instrumental. O comprometimento afetivo refere-se ao grau em que o colaborador se sente emocionalmente ligado à organização; o normativo, ao grau em que o colaborador possui um sentido da obrigação moral de permanecer na organização; e o instrumental, ao grau em que o colaborador se mantém na organização em função dos custos associados com sua saída⁹².

Tendo introduzido o tema comprometimento, podemos aprofundar o referido estudo, no qual a autora⁹³ avaliou o nível comprometimento organizacional, em seus enfoques afetivo, instrumental e normativo, em servidores e membros (Advogados da União), da Procuradoria da União em Minas Gerais – PU/MG. Diante o exposto, fica claro que, para que se possam prever comportamentos e modificá-los, é fundamental que se realize uma análise inicial do comprometimento organizacional dos referidos profissionais, especialmente qual o enfoque predominante do vínculo indivíduo – organização.

Apresentada adequadamente, em nosso sentir, alguma conceituação necessária, merece destaque a percepção naquela ciência de que o “recurso humano”, o trabalhador, o servidor público (por que não?) é e deve ser doravante com maior intensidade foco e cerne daquele desenvolvedor de determinada atividade (privada ou pública, agora) até para que consiga manter em seus quadros aquele “recurso humano” capaz, competente, ou seja, eficiente.

Voltemo-nos até à lógica futebolística, eis que para se manter o artilheiro na equipe, não será o colega ou o técnico alienígena suficiente, e sim, mais nos parece, a boa estrutura do time, o bom apoio nas atividades co-relacionadas e, principalmente na perspectiva do jogador, o “bom” e “em dia” salário.

Aqui cabe um pequeno parêntese quanto ao salário, remuneração, em especial do servidor público, principalmente em tempos de divulgação, pela necessária transparência, ampla e irrestrita nos sítios cibernéticos governamentais. É que não há mal em se pleitear bons salários e, principalmente, não há mal em os comparar àqueles que exercem atividades semelhantes, até para que se decida ou não continuar no “time” ou no “esporte”. Claro que a realidade social é, e deve ser sempre, parâmetro, mas críticas às atuações sindicais ou associativas

92 Idem.

93 VELHO, Nicole. *Comprometimento organizacional: um estudo de caso na Procuradoria da União de Minas Gerais*. 2011. 98f. Dissertação (Graduação em Administração) – Faculdade de Administração Milton Campos, Nova Lima.

de servidores públicas nos parecem descabidas quando se pautam apenas pelo discurso de que servidor público deve “ganhar pouco” ou já “ganha muito”, pois o cerne deve ser a real e concreta análise da estrutura remuneratória, sua comparação com atividades semelhantes e, principalmente, as exigências para tal atuação e os resultados positivos ou negativos de tal atuação. Ou seja, generalidades não fundamentadas quanto á remuneração não se coadunam com a necessária, firme séria cobrança de eficiência e qualidade no serviço público. Mas tal é outra história, ou melhor, estória, que aqui também não terá espaço.

Assim, ao foco do estudo.

Ante a apresentação geral de alguns preceitos, se justificou o estudo com base na idéia de que o grau comprometimento organizacional pode prever desempenho, absenteísmo, rotatividade e atrasos no trabalho. Para a autora⁹⁴, o comprometimento reflete o grau em que o indivíduo crê e aceita os valores da organização, deseja se esforçar em favor dela e nela permanecer. Depreende-se daí a importância do seu estudo para instituições públicas, para que se tornem mais eficientes e respondam melhor às demandas da população.

Sabe-se que, no Brasil, são altos os índices de corrupção, inclusive no serviço público. No entanto, pode-se presumir que, ao se sentirem comprometidos com a organização e desejando trabalhar em prol dela, os colaboradores atuariam com mais presteza e correição, diminuindo a ineficiência e aumentando a responsividade às demandas. A autora partiu da premissa que:

Compreender como ocorre o vínculo dos indivíduos com a organização pode possibilitar aos administradores públicos a criação de ambientes de gestão de pessoas que favorecem o desenvolvimento do referido vínculo. Ou seja, saber qual o enfoque do comprometimento predominante nos servidores e membros da Procuradoria da União em Minas Gerais possibilitará aos administradores a criação de estratégias mais eficazes de manutenção do vínculo. Isso porque serão adaptadas àquela realidade específica⁹⁵.

Ora, fundamental compreender a dinâmica do comprometimento nas instituições públicas para que se identifique o nível de vínculo do indivíduo com os objetivos e valores da organização, e quanto ele

94 Idem, 2011.

95 Idem, p. 17.

está disposto a trabalhar em benefício dela. Somente a partir dessa identificação será possível desenvolver e aumentar o vínculo.

Para que se possam analisar os resultados da pesquisa, é necessária a compreensão da estrutura organizacional da PU/MG, em que há fundamentalmente dois níveis funcionais: servidores e membros ou Advogados da União. Os primeiros atuam nos segmentos-meio e os segundos no segmento-fim do órgão. Cabe lembrar que segmento-fim é aquele que trabalha para consecução dos objetivos institucionais, enquanto o segmento-meio serve de apoio para essa consecução. Nesse sentido, é importante se conhecer as bases, enfoques e os antecedentes de comprometimento nos segmentos meio e fim de instituições públicas e compará-los, para que se possam planejar intervenções que levem em conta possíveis diferenças entre os conjuntos dessas variáveis⁹⁶.

Com base nisto, a autora apresenta e discute os níveis de comprometimento encontrados nos servidores e membros da PU/MG, para cada enfoque analisado: afetivo, normativo e instrumental, além de alguns antecedentes do comprometimento da população analisada.

Cabe aqui uma explanação acerca dos antecedentes do comprometimento. Eles são os determinantes do comprometimento, ou seja, condições prévias que favorecem ou limitam a criação de vínculo entre o indivíduo e a organização. Diversas são as variáveis que podem ser consideradas antecedentes do comprometimento, Bastos⁹⁷ as agrupa, organizando-as em quatro conjuntos de variáveis: características pessoais; características do trabalho; experiências no trabalho; e estados do papel.

Justificado o estudo, pois, em sua necessidade á ciência da Administração, mas também plenamente justificado, nos parece, a correlação do estudo feito com o que aqui desenvolvemos, ou seja, á verificação das causas e indicativos de soluções á ineficiência do servidor público, em especial no necessário combate á corrupção.

Lá, então, focou-se o tema, em especificações, aqui, talvez desnecessárias, acerca de conceitos jurídicos de “órgão público”, “serviço público” e “servidor público”, além de uma apresentação da organização

96 BORGES-ANDRADE, Jairo Eduardo. Comprometimento organizacional na administração pública e em seus segmentos meio e fim. *Temas em Psicologia*, Ribeirão Preto, v.2, n.1, abr. 1994. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413-389X1994000100005&script=sci_arttext>. Acesso em: 23 ago. 2012.

97 BASTOS, Antônio V. B. Comprometimento organizacional: um balanço dos desafios e resultados que cercam essa tradição de pesquisa. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, maio/jun. 1993. Disponível em: <<http://www.gerenciamento.ufba.br/MBA%20Disciplinas%20Arquivos/Lideranca/Comprometimento%20organizacional%20um%20balan%C3%83%C2%A7o%20dos%20resultados%20e%20desafios%20que%20cercam%20esta%20tradi%C3%83%C2%A7%C3%83%C2%A3o%20de%20pesqui.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

pesquisada. Refere-se a uma estrutura organizacional pública federal, qual seja a Advocacia-Geral da União, por sua Procuradoria da União em Minas Gerais.

Tal qual neste texto, a Autora também salientou o fenômeno da corrupção para a escolha do tema, acreditando que possa correlacionar-se sua ocorrência à falta de comprometimento do servidor público

Ao tentar avaliar que espécie de comprometimento, considerando os enfoques já referidos, apresenta o servidor público brasileiro, em especial um tipo de servidores públicos do poder executivo que atua diretamente com a justiça brasileira, pode-se perceber parâmetros para verificação e compreensão da eficiência, ou ineficiência do trabalho desenvolvido, de sua eficácia ou ausência de resultados, celeridade ou injustificada demora, mas, principalmente, da correição no trato do serviço público ou da má administração, ou até corrupção com a coisa pública.

Sabe-se que a PU/MG é dotada de servidores públicos brasileiros; de âmbito federal (o que retira discussões sobre realidades locais); do poder executivo (o poder com maior número de servidores e o que apresenta maiores índices de casos de corrupção além de apresentar estruturas físicas e remuneratórias alegadamente mais precárias); e que atuam perante a justiça brasileira, tão criticada por questões como demora e consagração de injustiças ou soluções inadequadas.

Apresenta-se, então, lá, os conceitos de ciência jurídica adotados à análise e que aqui sentimos desnecessário transcrever, bastando referenciar como órgãos públicos, classificações de órgãos públicos, servidor público, serviço público e, à frente, Advocacia Pública, sua conceituação, sua estrutura, seu organograma, suas atribuições, missão, visão e valores.

Após tal mescla científica, retorna-se à conceituação detalhada do comprometimento organizacional, termo para o qual há diversas abordagens e conceitos diferentes, de acordo com os diferentes autores. Porém, como base do construto, tem-se que comprometimento *“envolve alguma forma de laço psicológico entre pessoas e aspectos do seu ambiente de trabalho”*⁹⁸.

Assim, o comprometimento é essencialmente o vínculo entre o indivíduo e a organização baseado no contrato psicológico que um profissional desenvolve com uma organização quando passa a fazer parte de seu quadro. Nesse contrato, o trabalhador aceita os valores da empresa, adquire lealdade a ela e apresenta um desejo de nela continuar.

Dessa forma, o termo comprometimento envolve a identificação do trabalhador com a organização e seus objetivos, desejando dela fazer

98 Idem. p.1.

parte e nela manter-se⁹⁹. Além disso, o comprometimento deve abarcar engajamento e envolvimento do indivíduo com a organização, além de uma inclinação a agir de determinada maneira¹⁰⁰.

Ainda priorizando a importância do componente vínculo na conceitualização do comprometimento, comprometimento é caracterizado como¹⁰¹ “o que vincula um indivíduo ao seu mundo de trabalho e as implicações de tal vínculo para o indivíduo, para o trabalho e para as organizações”.

Como são muitos os pontos de vista acerca do construto “comprometimento organizacional”, os estudiosos subdividiram o conceito em relação a seus focos e bases. Os focos principais sendo o trabalho em si, a organização, a carreira e o grupo; e as bases (enfoques) afetiva, normativa, sociológica, comportamental e instrumental (MEDEIROS ET AL., 2003; BASTOS, BRANDÃO E PINHO, 1997). Assim, os vínculos do indivíduo com a organização podem ser estudados em função de seus enfoques e bases.

Introduzida a temática, resta analisar em maior profundidade cada um dos enfoques: afetivo, instrumental e normativo. Os enfoques sociológico e comportamental não serão esmiuçados aqui, por serem irrelevantes ao objetivo do presente trabalho.

O enfoque afetivo, também pode ser chamado de atitudinal. Bastos (1996) caracteriza este enfoque como a identificação do indivíduo com a organização, mais especificamente com seus objetivos e valores. Aqui é priorizada a relação afetiva com a empresa. Este enfoque “*associa-se à ideia de lealdade, sentimento de pertencer, desejo de contribuir e dar energia para a organização*”¹⁰². É caracterizado também por orgulho da organização e desejo de afiliação, além do contentamento por ser membro. O apego psicológico do indivíduo é emocional, assim, ele não calcula custos e benefícios de continuar na organização, mas nela

99 ROBBINS, Stephen P. *Comportamento Organizacional*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

100 MEDEIROS, Carlos Alberto F.; ENDERS, Wayne Thomas. Validação do Modelo de Conceitualização de Três Componentes do Comprometimento Organizacional (Meyer e Allen, 1991). *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v.2, n.3, set./dez. 1998. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v2n3/v2n3a05.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

101 BASTOS, Antônio V. B. *Comprometimento organizacional: seus antecedentes em distintos setores da administração e grupos organizacionais*. Temas de Psicologia, Ribeirão Preto, v.2, n.1, abr. 1994. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S141389X1994000100007&script=sci_arttext>. Acesso em: 23 ago. 2012.

102 BASTOS, Antônio V. B.; BRANDÃO, Margarida G. A.; PINHO, Ana Paula M. Comprometimento organizacional: uma análise do conceito expresso por servidores universitários no cotidiano do trabalho. *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v.1, n.2, maio/ago. 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-65551997000200006&script=sciarttext&tlng=pt>>. Acesso em: 23 ago. 2012. p. 5.

permanece por identificação com os valores organizacionais, podendo inclusive introjetá-los.

O segundo enfoque a ser analisado é o instrumental, que possui diversas nomenclaturas, dentre elas, calculativo, de continuação ou *side-bets*. Bastos, Brandão e Pinho¹⁰³ o conceituam como um apego psicológico em função dos custos associados a sair da organização, ou seja, reflete quanto o indivíduo se sente aprisionado a ela. O trabalhador sente que realiza uma troca com a organização: precisa sentir-se recompensado por seu esforço através do que ela lhe oferece, bem como conhecer os custos ou sacrifícios (econômicos, sociais ou psicológicos) resultantes de sair da empresa¹⁰⁴. Apreende-se, então, deste enfoque, o papel primordial dos resultados a serem alcançados pelo trabalhador, decorrentes de seus investimentos na organização. Esses resultados são, dentre outros, a posição na organização, privilégios ocupacionais, planos especiais de aposentadoria, dentre outros benefícios oferecidos ao trabalhador. Além dos referidos benefícios, em uma base instrumental, o empregado se vincula à organização pela sua percepção da possibilidade de perder, e/ou impossibilidade de repor as vantagens decorrentes de seu investimento, caso venha a sair da organização¹⁰⁵.

O terceiro enfoque a ser estudado é o normativo, no qual o indivíduo se vincula à organização em função das pressões normativas que internaliza. Nesse tipo de comprometimento ocorre a “internalização ou identificação com valores e objetivos da organização”¹⁰⁶. Neste enfoque, há aceitação dos objetivos e valores da organização e consonância entre os valores do trabalhador e os organizacionais. Aqui, a identificação provém de características pessoais do indivíduo, em função de sua história de vida, e não diretamente da relação com a organização.

Um trabalhador pode se vincular à organização com base em mais de um enfoque, percebendo-os concomitantemente. Assim, o vínculo psicológico do trabalhador com a organização pode ser composto por

103 BASTOS, Antônio V. B.; BRANDÃO, Margarida G. A.; PINHO, Ana Paula M. Comprometimento organizacional: uma análise do conceito expresso por servidores universitários no cotidiano do trabalho. *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v.1, n.2, maio/ago. 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-65551997000200006&script=sciarttext&tlng=pt>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

104 Idem.

105 SIQUEIRA, Mirlene M. M. Comprometimento organizacional afetivo, calculativo e normativo: evidências acerca da validade discriminante de três medidas brasileiras. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPAD, 25., 2001, Campinas. *Anais...* Campinas: ANPAD, 2001. 1 CD-ROM.

106 BASTOS, Antônio V. B.; BRANDÃO, Margarida G. A.; PINHO, Ana Paula M. Comprometimento organizacional: uma análise do conceito expresso por servidores universitários no cotidiano do trabalho. *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v.1, n.2, maio/ago. 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-65551997000200006&script=sciarttext&tlng=pt>>. Acesso em: 23 ago. 2012. p. 5.

diversos enfoques. Desse modo, ao invés de tipos de comprometimento, os enfoques ou bases são analisados enquanto componentes do referido vínculo, que passa a ser multidimensional¹⁰⁷.

Da mesma obra se retira que os principais modelos de vínculos multidimensionais são o do vínculo psicológico do empregado de O'Reilley e Chatman, de 1986, que aponta como bases do comprometimento três processos: submissão, identificação e internalização e o de conceitualização de três componentes do comprometimento organizacional de Meyer e Allen, de 1990, que explica o vínculo do empregado com a organização em função dos enfoques afetivo, instrumental e normativo.

O modelo mais amplamente utilizado para conceitualização e análise do comprometimento organizacional – e o utilizado no estudo de referência – é o de três componentes de Meyer e Allen, de 1991, com base nos enfoques: afetivo, instrumental e normativo¹⁰⁸. Deste modelo, então, são componentes os três enfoques do comprometimento, quais sejam: afetivo, instrumental e normativo. O afetivo se refere ao sentimento de pertencimento e lealdade para com a organização, além de orgulho e desejo de afiliação¹⁰⁹. O instrumental baseia-se nos custos associados pelo trabalhador a sua saída da organização. Já o normativo significa uma internalização dos valores e objetivos organizacionais.

Baseados em instrumentos já existentes, Meyer e Allen desenvolveram duas escalas: uma composta de 24 itens e a outra de 18. São questões fechadas e aplicadas em formato Likert. Um terço do instrumento é composto de questões que verificam o comprometimento afetivo e as demais medem os outros dois¹¹⁰. O instrumento por eles desenvolvido tem sido amplamente utilizado para diagnóstico do comprometimento organizacional, em seus enfoques afetivo, instrumental e normativo.

107 MEDEIROS, Carlos Alberto F., ALBUQUERQUE, Lindolfo G. Comprometimento organizacional: um estudo de suas relações com características organizacionais e desempenho nas empresas hoteleiras. *Revista Psicologia, Florianópolis*, v.5, n.2, dez. 2005. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1984-66572005000200003&script=sci_arttext>. Acesso em: 15 set. 2012.

108 MEDEIROS, Carlos Alberto F., ENDERS, Wayne Thomas. Validação do Modelo de Conceitualização de Três Componentes do Comprometimento Organizacional (Meyer e Allen, 1991). *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v.2, n.3, set/dez. 1998. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v2n3/v2n3a05.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

109 LIMA, Aline V., LINS, Samuel L. B., LINS, Zoraide M. B. Emoções positivas na relação com comprometimento no trabalho. In: ENCONTRO ANUAL DA ABRAPSO, 14., 2007, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: ABRAPSO, 2007. Disponível em: <http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/anexos/AnaisXIVENA/conteudo/pdf/trab_completo_14.pdf>. Acesso em: 13 set. 2012.

110 MEDEIROS, Carlos Alberto F. et al. Comprometimento organizacional: o estado da arte da pesquisa no Brasil. *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v.7, n.4, out./dez. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-6552003000400010&script=sci_arttext>. Acesso em: 23 ago. 2012.

Estabelecido, pois, o fundamento teórico á pesquisa lá desenvolvida, importante perceber a complexidade da matéria em termos de percepção do que é comprometimento.

Tal referencial é importante ao presente ao presente trabalho no claro intuito de dar-lhe maior embasamento, o que, em princípio, tornaria mais aceitável a conclusão já apresentada.

Muito mais se poderia retirar, em nosso entender, da fundamentada fonte, até porque na linha multidisciplinar que aqui nos colocamos a desencarrilhar, as citações diversas foram necessárias ao rigor pretendido, ante desconhecimento do subscritor da ciência da Administração.

Entretanto, cremos possível compreender adequadamente o que se apresentou como comprometimento organizacional aferível e, em cognição jurídica, essa ao menos iniciada pelo articulador, certo que se permite uma exata compreensão do trabalho desenvolvido e dos resultados obtidos, estes essenciais á justificativa que aqui se quer apresentar, em fundamentação á conclusão adiantada, mas que tinham como imprescindível glosa os conceitos, talvez cansativamente, apresentados.

I – D - 5 Dos Resultados

Finalmente cumpre-nos introduzir os dados obtidos após formulação e apresentação de questionário aos servidores envolvidos, analisados, pois, a partir das premissas conceituais delineadas.

Sendo objetivo do estudo a identificação do nível de comprometimento dos servidores e membros da Procuradoria da União em Minas Gerais, através da análise dos resultados nos enfoques afetivo, normativo e instrumental, foram enviados 79 questionários (instrumento de Meyer e Allen, acima referido). Destes, foram devolvidos 42 (53,16%), sendo 17 Advogados da União e 25, demais servidores. Isso representa 36,17% dos membros e 41,67% dos servidores administrativos existentes na organização. Todos os questionários foram devolvidos completamente preenchidos e sem duplicidade em nenhuma resposta.

Vamos, agora, aos resultados encontrados na pesquisa: a maioria dos participantes foi do sexo feminino, sendo a disparidade maior dentre os servidores. A pesquisadora supôs que este fato se deva às atividades administrativas dos servidores, em função de apoio e secretariado, tarefas mais buscadas, historicamente, por profissionais do sexo feminino. O Gráfico 1, abaixo, ilustra este resultado.

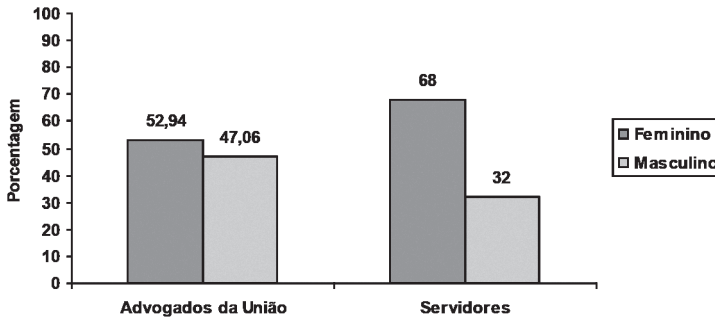
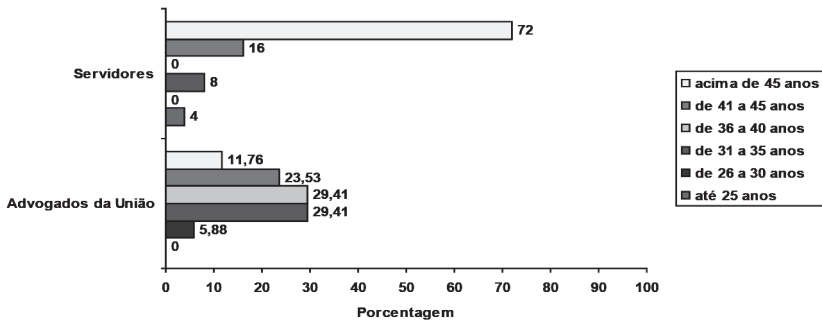


Gráfico 1: Frequência da amostra quanto ao sexo, por nível funcional
 Fonte: VELHO, 2011.

Quanto à faixa etária, a maioria dos Advogados da União possui entre 31 e 40 anos, enquanto nos servidores, há maior concentração de pessoas acima de 45 anos. Tem-se que a maioria dos Advogados da União lotados na PU/MG possui mais de 31 anos, isso em função da necessidade de concurso público de nível superior para ingresso na carreira. Além disso, a efetiva lotação na capital mineira é bastante concorrida no âmbito da Advocacia Geral da União, requerendo, pois, de 2 a 6 anos de carreira do Advogado da União para que tenha seu trabalho em Belo Horizonte. O Gráfico 2 mostra essas distribuições:



Fonte: VELHO, 2011

Quanto ao estado civil, destacam-se os casados, que representam 70,59% dos Advogados e 48% dos servidores, conforme demonstrado no Gráfico 3, abaixo:

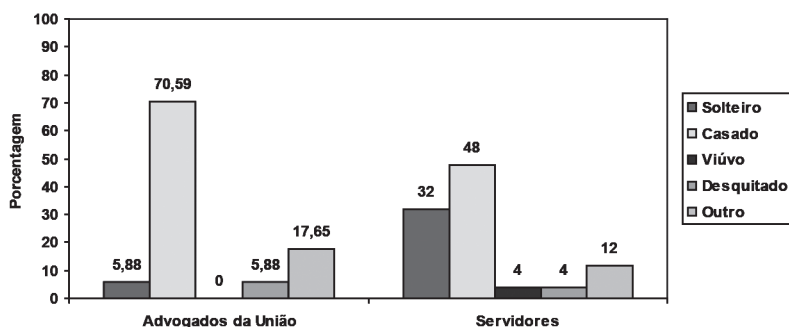


Gráfico 3: Divisão da amostra quanto ao estado civil, por nível funcional

Fonte: VELHO, 2011

A ampla maioria dos participantes da pesquisa possui filho, sendo que 70,59% dos Advogados da União declararam possuir filho e 56% dos servidores. O Gráfico 4 ilustra a distribuição de participantes com filhos.

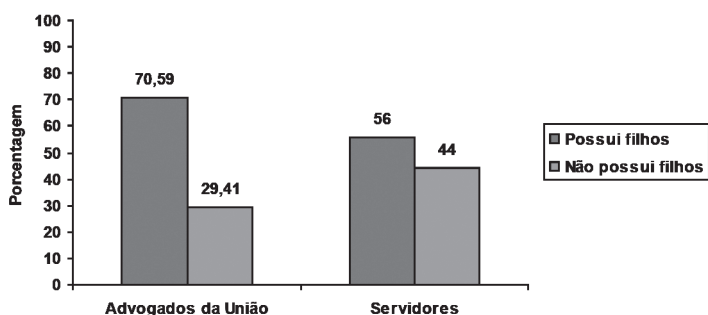


Gráfico 4: Distribuição dos respondentes quanto a possuírem filhos, por nível funcional

Fonte: VELHO, 2011.

Levantando informações sobre o nível de escolaridade, percebeu-se que a grande maioria dos Advogados da União possui pós-graduação. Esse fato pode estar relacionado à ocorrência de um curso de pós-graduação que foi ministrado na própria PU/MG no ano de 2008. A maioria dos servidores possui curso de graduação, sendo este exigido para alguns cargos. Porém, sabe-se, também, que diversos concursados de nível médio concluem graduação em Direito para tentarem novos concursos, de nível superior. As distribuições estão apresentadas no Gráfico 5:

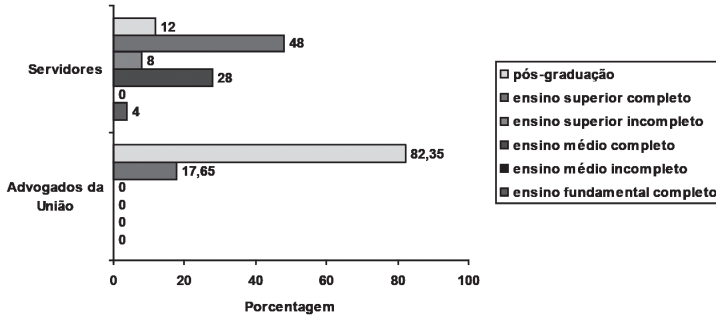


Gráfico 5: Frequência da amostra segundo a escolaridade, por nível funcional
 Fonte: VELHO, 2011.

Quando questionados se são vinculados a alguma entidade de representação de classe, os Advogados da União demonstraram ser mais sindicalizados do que os servidores, sendo 88,23% dos primeiros vinculados a alguma entidade de representação e apenas 48% dos últimos, como ilustrado no Gráfico 6.

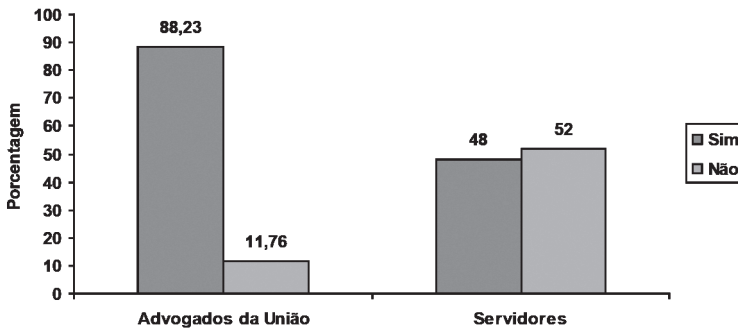


Gráfico 6: Distribuição dos respondentes quanto à vinculação a alguma entidade de representação de classe
 Fonte: VELHO, 2011.

O grupo de pessoas que trabalha na PU/MG há mais de 10 anos se sobressaiu dentre os servidores, representando 44% deles. Já dentre os Advogados, 41,18% possuem entre 1 e 5 anos de trabalho na organização. A distribuição completa do tempo de trabalho dos respondentes encontra-se no Gráfico 7:

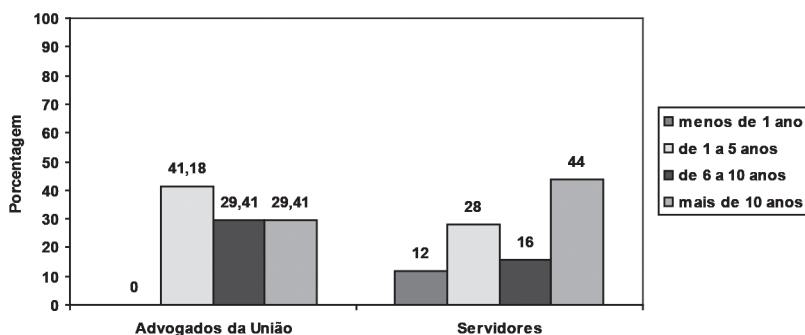


Gráfico 7: Tempo de trabalho na PU/MG, por nível funcional
Fonte: VELHO, 2011.

A maioria absoluta dos respondentes exerce a função atual há mais de 1 ano, conforme demonstra o Gráfico 8, abaixo:

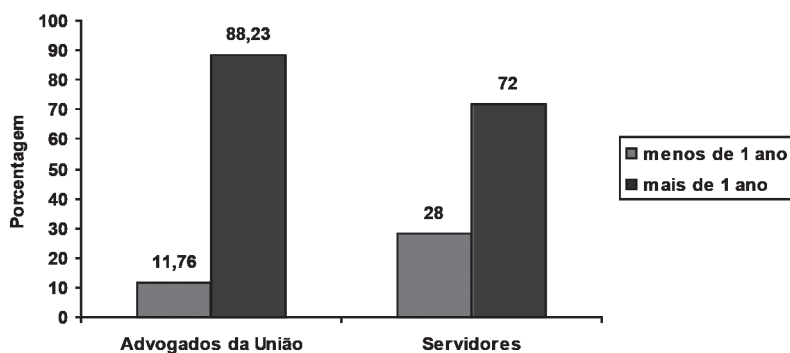


Gráfico 8: Tempo que exerce a função atual, por nível funcional

Fonte: VELHO, 2011.

A respeito da remuneração, a variação não é alta dentro do mesmo cargo, uma vez que, por se tratarem de cargos públicos, os valores remuneratórios são fixados em lei. Porém, há níveis dentro da carreira e funções ou chefias que podem aumentar a faixa salarial do trabalhador, permanente ou temporariamente. A maioria dos Advogados da União (70,59%) declarou possuir uma remuneração de mais de 25 salários-mínimos, enquanto 80% dos servidores declararam perceber entre 05 e 10 salários-mínimos, conforme demonstrado no Gráfico 9, abaixo:

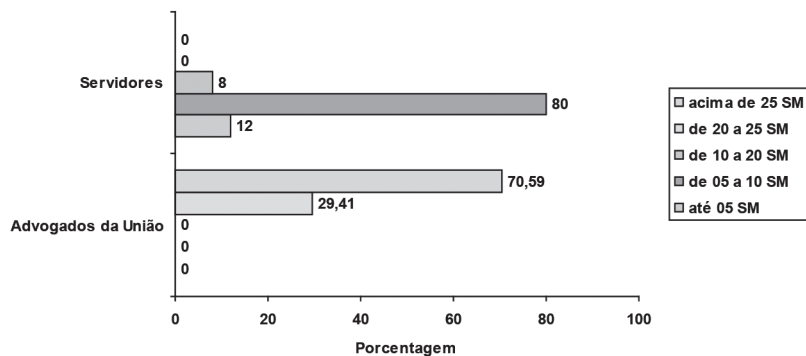


Gráfico 9: Faixa salarial, por nível funcional

Fonte: VELHO, 2011.

A única pergunta aberta, direcionada apenas aos servidores, dizia respeito ao nome do cargo ocupado pelo servidor. As respostas que foram encontradas estão dispostas na Tabela 1, abaixo:

TABELA 1

Nome do cargo dos servidores

Nome do cargo	Resposta	%
Cedida/o	1	4,0
Administrador (a)	4	16,0
Datilógrafo	1	4,0
Técnico Administrativo	9	36,0
Técnico de Economia e Finanças I	1	4,0
Requisitado/a	1	4,0
Agente Administrativo	5	20,0
Assistente H	1	4,0
Mensageiro	1	4,0
Auxiliar Administrativo	1	4,0
Total	25	100,0

Fonte: VELHO, 2011.

Tem-se, então, que a grande maioria dos servidores da Procuradoria da União de Minas Gerais participantes são Técnicos ou Agentes Administrativos, ou seja, concursados de nível médio, que exercem funções de secretariado ou apoio especializado.

Para concretização da pesquisa, que é a avaliação do comprometimento organizacional dos servidores e membros da Procuradoria da União de Minas Gerais, e do referido comprometimento em cada enfoque: afetivo, normativo e instrumental, a autora considerou três níveis de comprometimento: alto, moderado e baixo. Já o nível de “comprometimento organizacional” foi analisado em função das respostas a todos os itens do questionário, ou seja, corresponde ao somatório dos comprometimentos afetivo, normativo e instrumental. Os resultados encontrados, em cada nível funcional estudado, estão apresentados a seguir, na Tabela 2.

TABELA 2

Nível de comprometimento, por enfoque, por nível funcional

Nível funcional	Tipo de comprometimento	Alto		Moderado		Baixo	
		N	%	N	%	N	%
Servidores	Organizacional	11	44,0	14	56,0	0	0,0
	Afetivo	18	72,0	7	28,0	0	0,0
	Normativo	9	36,0	15	60,0	1	4,0
	Instrumental	11	44,0	13	52,0	1	4,0
Advogados da União	Organizacional	7	41,2	10	58,5	0	0,0
	Afetivo	16	94,1	1	5,9	0	0,0
	Normativo	5	29,4	12	70,6	0	0,0
	Instrumental	6	35,3	10	58,8	1	5,9

Fonte: VELHO, 2011.

Observa-se, então, que a maioria dos servidores e membros (Advogados da União) da PU/MG apresenta comprometimento organizacional moderado. Já o afetivo é alto em ambos os níveis funcionais, mas especialmente dentre os membros. O normativo apresenta uma representação moderada em ambos os níveis, assim como o comprometimento instrumental.

O Gráfico 10 mostra que, no geral, 57,1% dos participantes da pesquisa apresentam um comprometimento organizacional moderado, enquanto os 42,9% restantes possuem um comprometimento organizacional alto. Nenhum

dos respondentes possui comprometimento organizacional baixo. Pode-se presumir que existem integrantes da PU/MG com tal comprometimento baixo, porém estes optaram por não participar da pesquisa.

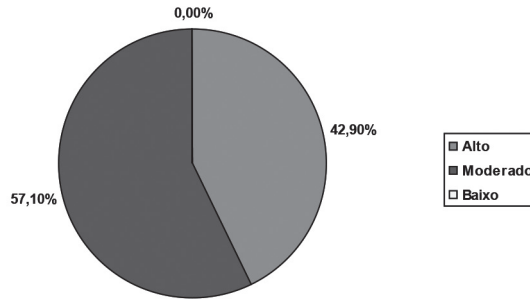


Gráfico 10: Grau de comprometimento organizacional

Fonte: VELHO, 2011.

Já quanto ao comprometimento em cada enfoque analisado: afetivo, normativo e instrumental, a maioria dos participantes da pesquisa apresenta alto comprometimento afetivo e moderado nos demais enfoques (normativo e instrumental). Os valores percentuais de comprometimento encontrados para cada enfoque estão dispostos no Gráfico 11, abaixo:

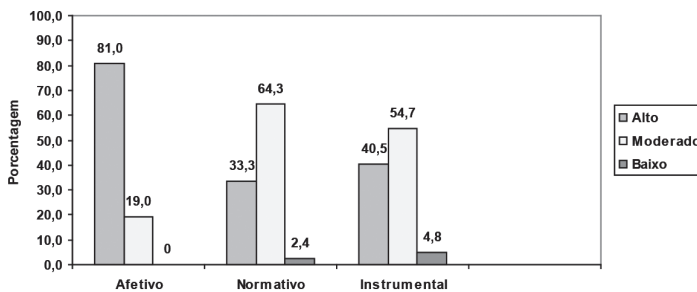


Gráfico 11: Grau de comprometimento organizacional, em cada enfoque

Fonte: VELHO, 2011.

Nos Gráficos 12 e 13, abaixo são ilustrados os níveis de comprometimento em cada enfoque, para cada nível funcional (servidores e membros).

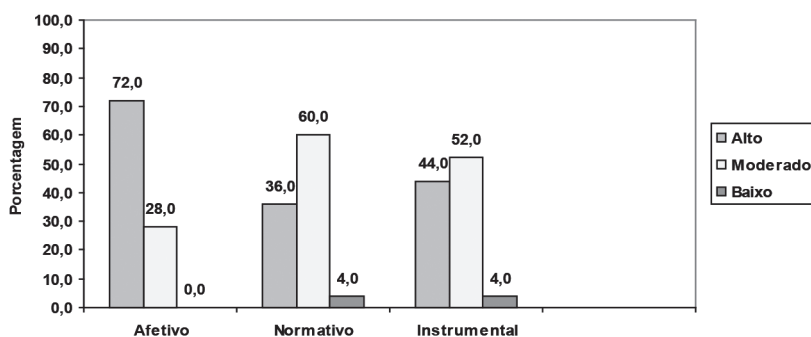


Gráfico 12: Grau de comprometimento organizacional, em cada enfoque, dos servidores
Fonte: VELHO, 2011.

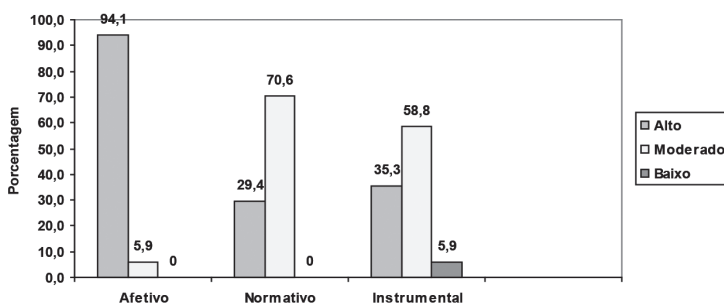


Gráfico 13: Grau de comprometimento organizacional, em cada enfoque, dos Advogados
Fonte: VELHO, 2011.

Através da análise dos Gráficos 12 e 13, percebe-se que a grande maioria dos Advogados da União se vincula em função do comprometimento afetivo à PU/MG. Nos demais comprometimentos, os Advogados apresentam um nível moderado de vínculo, ou seja, apesar de serem partes integrantes da relação Advogados – PU/MG, não são a razão maior do vínculo. Já dentre os servidores, tem-se que o comprometimento afetivo também é predominantemente alto, porém fica clara a importância do comprometimento instrumental neste nível funcional, uma vez que 44% dos respondentes apresentam alto nível deste enfoque do comprometimento. Há de comum em ambos os níveis funcionais que o comprometimento normativo é predominantemente moderado.

Conforme mencionado anteriormente, além da verificação do nível de comprometimento dos membros e servidores da PU/MG, através da

análise dos resultados em cada enfoque: afetivo, normativo e instrumental, a pesquisa comparou alguns dados pessoais com o grau de comprometimento, ou seja, analisou alguns possíveis antecedentes do comprometimento.

A pesquisadora analisou os dados pessoais e funcionais dos participantes da pesquisa que apresentaram alto nível de comprometimento organizacional. Dentre os respondentes dos questionários, 11 servidores (44,0%) apresentam alto nível de comprometimento organizacional e 7 Advogados da União (41,2%). Assim, dentre todos os participantes, 42,9% apresentam alto nível de comprometimento organizacional.

Quanto à idade, foi concluído que mais de 70% dos altamente comprometidos possui mais de 41 anos, o que pode indicar que maior idade leva a maior comprometimento. Quanto ao sexo, 61,1% dos altamente comprometidos eram mulheres e 38,9%, homens, o que indica que pessoas do sexo feminino podem ser mais comprometidas. O estado civil não demonstrou ser um bom antecedente do comprometimento, porque, dentre os altamente comprometidos, 44,4% são casados; 33,3%, solteiros; 11,1%, desquitados; e 11,1% marcaram a opção “outro”.

Possuir filhos demonstrou ser um antecedente do comprometimento em 55,6% altamente comprometidos. Da mesma forma, é alto o índice dos vinculados a alguma entidade de representação de classe: 66,7%.

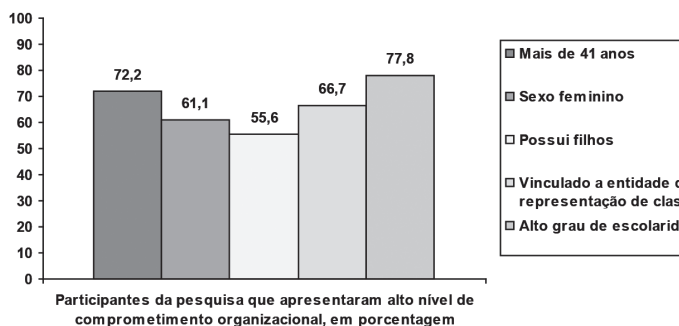
O tempo na organização não deve ser considerado como antecedente do comprometimento nesta pesquisa, já que 50,0% estão PU/MG há mais de 10 anos, 38,9%, de 1 a 5 anos; e 11,1%, de 6 a 10 anos. Assim, não é tão claro que quanto mais tempo na organização, maior o índice de comprometimento organizacional. Já o tempo na função, pode ser considerado, uma vez que 100% dos respondentes que possuem alto comprometimento está há mais de um ano na função. A remuneração não foi analisada enquanto antecedente do comprometimento na pesquisa, uma vez que os Advogados da União se encontram na mesma faixa salarial e 80% dos servidores também. Isso porque, por serem servidores públicos, todos eles possuem a remuneração fixada em lei.

Segundo a pesquisa, o grau de escolaridade leva a um maior comprometimento, já que 50% dos participantes com alto nível de comprometimento organizacional possuem pós-graduação e 27,8%, ensino superior completo.

Assim, a pesquisadora conclui como antecedentes do comprometimento na população pesquisada: possuir mais de 41 anos; ser do sexo feminino; possuir filhos; estar vinculado a alguma entidade de representação de classe; e possuir alto grau de escolaridade. Os valores percentuais para cada item mencionado encontrados nos participantes da pesquisa com alto grau de comprometimento estão ilustrados no Gráfico 14, abaixo:

Gráfico 14: Antecedentes do comprometimento da população pesquisada

Fonte: VELHO, 2011.



Ao sintetizar os resultados da pesquisa, a autora caracteriza o grupo participante da pesquisa foi bastante heterogêneo, porém, pode-se traçar o seguinte perfil: pessoas do sexo feminino; com idade acima de 45 anos; casados e com filhos. Quanto à escolaridade, o número predominante de participantes possui nível superior ou pós-graduação. Além disso, a maioria dos participantes da pesquisa está na função atual há mais de um ano. A maioria dos participantes apresentou nível moderado de comprometimento e nenhum apresentou nível baixo. Isso indica que a maioria dos respondentes ao questionário, que correspondem a mais de 50% do quadro da PU/MG, sente-se moderadamente vinculada à organização.

Especificamente em relação aos enfoques, em ambos os níveis funcionais (servidores e membros) prevaleceu o comprometimento afetivo, ou seja, os colaboradores se sentem emocionalmente ligados à organização e optam por permanecer nela porque tem o desejo de permanecer. Há de se ressaltar a importância do laço emocional dos Advogados da União com a PU/MG, uma vez que mais de 94% dos respondentes possuem alto comprometimento afetivo.

Ambos os níveis funcionais apresentam níveis moderados de comprometimento normativo, sentindo-se moderadamente obrigados, em função de um dever moral, a permanecer na organização. Já quanto ao comprometimento instrumental, mais servidores do que Advogados da União permanecem na PU/MG em função dos custos associados a sair da organização, ou seja, sentem que têm necessidade de permanecer.

Na busca pelos antecedentes do comprometimento, na pesquisa, foram relacionados os dados pessoais e funcionais dos respondentes com alto nível de comprometimento organizacional. Encontrou-se como principal antecedente do comprometimento o alto grau de

escolaridade, seguido pela idade (maior de 41 anos), estar vinculado a alguma entidade de representação de classe, ser do sexo feminino e possuir filhos.

Além destes resultados, Velho apresentou algumas sugestões aos gerentes, ressaltando as dificuldades de implementação das mesmas, já que não há uma real estrutura de recursos humanos na PU/MG (apenas questões de férias e pagamento são decididas no âmbito estadual. As decisões acerca de treinamento, valorização e gestão dos recursos humanos são realizadas pela Procuradoria-Geral da União, em Brasília). Ademais, não pôde a autora sugerir alterações no processo de recrutamento e seleção, já que o ingresso na PU/MG se dá através de concurso público.

Porém, aos interessados no comprometimento dos servidores e membros da PU/MG e para conseqüente aumento das chances de sucesso da organização, a pesquisa sugere o incentivo a cursos que possibilitem o aumento do nível de escolaridade dos trabalhadores. Isso porque este foi considerado um antecedente do comprometimento válido entre os participantes da pesquisa.

Também foi sugerido pela autora que os servidores e membros da organização com mais de 41 anos sejam estimulados e valorizados, para que desejem permanecer na PU/MG e sigam contribuindo para o sucesso da mesma. Outro ponto sugerido na pesquisa foi o estímulo ao comprometimento normativo. Uma vez que se trata de um órgão público, controlado pelo Estado, a autora presume que um serviço público seria melhor realizado se houvesse aceitação dos objetivos e valores da organização e consonância entre os valores do trabalhador e os organizacionais. Para tanto, os valores da organização deveriam ser mais disseminados nas unidades organizacionais estaduais.

Daí, cremos haver demonstrado empiricamente a conclusão que antecipamos no texto. Ou seja, maior qualificação, maior estímulo a tal qualificação, melhor trato dos servidores públicos com mais tempo de carreira gera maior grau de comprometimento, em todas as suas facetas.

Maior comprometimento, melhores resultados, ou seja, mais eficiência no combate á corrupção. Veja-se que pior informação, pior trato da informação até na relação Administração x Servidor é fator identificável da diminuição do comprometimento organizacional.

Assim, na hipótese em questão, os agentes públicos, de maneira geral, apresentaram médio índice de comprometimento, mas, e aqui o cerne para o subscritor, a manutenção de bons níveis de comprometimento e a melhorias dos atuais passam pelo incentivo do servidor público e na melhoria do o ambiente de trabalho.

Portanto, parece-nos o caminho acima indicado mais adequado á busca da eficiência do servidor público do que a apresentação excepcional de soluções externas. Portanto, desenvolver o comprometimento organizacional do agente público é caminho correto a indicar mais eficiência no serviço público. E mais eficiência no serviço público inclui mais eficiência no combate á corrupção.

I – E – DA EFICIÊNCIA E DO COMPROMETIMENTO

Esperando ter cansado apenas um pouco o leitor, mas não o suficiente para que não encontre forças à leitura da conclusão do tópico, à guisa dessa, cabe ser sucinto.

A ineficiência do servidor público, apesar de apurada em sociedade, pois é quem sofre o reflexo de tal atuação, deve ser analisada e configurada a partir da análise sistemática do ambiente de serviço público.

Tendo como norte a melhoria em tal grau de eficiência, não nos parece adequado credenciar a solução a atuações esporádicas de terceiros ou externos “qualificados”, seja por ter aquele serviço público a exigência de atuação de servidor público, seja pela inviabilidade de tal qualificação pontual e periódica resultar em eficiência duradoura e sistemática de serviço público em análise.

Certo, então, nos parece concluir, que um caminho adequado á solução da ineficiência no serviço público, e conseqüentemente á melhoria no combate á corrupção, passe pelos delicados tijolos do incentivo e desenvolvimento das qualificações pessoais dos servidores, em conjunto com as melhorias estruturais físicas e humanas, e não pela simples pontificação esporádica e ocasional entre profissionais da área pública e privada.

Assim, surge inadequada a propositura normativa da Administração da Advocacia-Geral da União no sentido de viabilizar, como regra, a participação de privados, em critérios de seleção desconhecidos e talvez subjetivos, como solução á apatia, acomodação e falta de eficiência dos membros, Advogados Públicos.

Também porque adequado parece aproveitar-se a discussão normativa e teórica posta para criar procedimentos que viabilizassem a auto-qualificação e a melhoria do estrutural necessário.

Em suma, a eficiência do servidor público e a efetividade no combate ao complexo mal da corrupção nos parece, também, uma questão de desenvolvimento do comprometimento organizacional, desencadeado, e bem gerido, pela Administração, pelos órgãos e agentes envolvidos, como sói ocorrer em toda atividade

econômica, ou melhor, empresarial privada em que, como visto, pelos Administradores/Gerentes já percebido, imprescindível á sobrevivência da Empresa, ante a necessidade constante de EFICIÊNCIA.

II CONCLUSÃO

Cabe-nos, finalmente, concluir o estudo.

Dividimo-lo em três matérias básicas, espalhados por capítulos, tópicos e sub-tópicos diversos.

No cerne, apresentamos a Advocacia Pública, até como limite á temática do serviço público abordada.

Tendo tal função essencial á justiça como sujeito da “*experiência*” a que nos propusemos, restou identificar sua origem normativa, a previsão constitucional e a percepção de suas competências e atribuições, tudo pautado pela sempre constante busca de eficiência.

Assim, indicamos que a Advocacia Pública tem papel essencial na consolidação dos objetivos da República, na manutenção da ordenamento jurídico e na efetivação da justiça. Concluimos, pois, ser a Instituição uma garantia em si, e também um instrumento de concretização do Estado Democrático de Direito.

Tanto pela necessidade de em sua perspectiva dinâmica apresentar os valores do Estado de Direito, como em sua estática conceituação constitucional representar os princípios mais essenciais á Ordem Jurídica, foi então apresentada a Advocacia Pública, função essencial á justiça, como mais um dos entes com dever de efetivar o controle das atividades estatais e, conseqüentemente, como um dos agentes envolvidos no necessário e eficiente combate á corrupção.

A partir daí, adentramos á verificação conceitual, doutrinária e até cognitiva comum do que é a corrupção.

O fenômeno teve análise em sua expressão semântica, mas aprofundada na percepção que as ciências humanas têm do mal, até porque todas são diretamente atingidas ou relacionadas á questão da corrupção.

Assim, tanto na perspectiva histórica, como política e econômica, passando pela sociológica até, como mais profundidade, na conceituação jurídica, buscou-se apresentar adequadamente o objeto de nossa “*experiência*”, ou melhor, aquilo que se tinha como missão, objetivo de combate.

Percebemos, então, após o que se entendeu necessário a tal compreensão, que corrupção é um mal social, pois envolve o homem

em suas relações, tanto entre si como entre o homem e as instituições que cria, como empresas, ONG's e até o Estado; histórico, pois depende da realidade fática de um dado local e período de tempo; econômico, pois pode ter tal como motivo além de ter na economia os mais graves reflexos em termos de desenvolvimento; político, eis que, passando por Maquiavel e Montesquieu, verificamos que está, infelizmente, atrelada às relações de poder, ao constante embate de idéias, podendo, a depender do homem envolvido, aflorar pela falta da moral ou da ética, ou pela simples necessidade de se implementar uma paixão, seja de ideal ou de necessidade subjetiva, além de ter, também, gravíssimas conseqüências sobre o modelo político, a ponto de eivar fatalmente a democracia em sua perspectiva substantiva, impedindo a verdadeira representatividade; e jurídica, com previsão nos mais diversos "ramos", restando tipificada penalmente e como infração administrativa disciplinar, além de ser ilícito civil e infração política-administrativa.

Daí, passando pela verificação dos elementos paralelos como improbidade e *accountability*, buscamos apresentar um quadro geral dos entes responsáveis pela controle dos atos estatais, em especial, pelo combate á corrupção, no qual se insere a Advocacia Pública, mas se destacam, além, o cidadão, as ONG's, os empresários, a imprensa, o TCU, a CGU, o MP e os Organismos Internacionais.

Se assim o fizemos, importou também tangenciar minimamente os instrumentos jurídicos, judiciais e extrajudiciais, além dos extrajurídicos, postos á disposição dos entes e diretamente envolvidos no necessário combate á corrupção, destacando-se o voto, as medidas jurídicas administrativas e conciliatórias, mas medidas jurídicas judiciais e, principalmente, numa perspectiva mais ideológica, o melhoramento dos níveis de educação e desenvolvimento cultural do país.

Neste ponto, começou-se a ser inserida a análise finalística e propositiva do texto, ou seja, na mesma linha dos necessários melhoramentos de índices de desenvolvimento cultural e educacional da sociedade, percebeu-se a necessidade de o Estado vislumbrar como mais um mecanismo, e desta feita eficiente, de combate á corrupção, na preocupação da relação deste com o Servidor.

Daí adveio a apresentação e compreensão do chamado comprometimento organizacional, como instrumento prévio, consensual de gestão, que pode gerar, como sugerido, eficiência na busca de melhores resultados quanto ao controle dos atos estatais, já que focado numa identificada raiz do problema da corrupção, tido como bi-setorial e atávico, qual seja, a vontade do agente público envolvido no nascedouro do mal estudado.

Nessa linha, adentramos perigosamente o campo da ciência da Administração para tornar mais claras as linhas conceituais do que representaria o maior aprofundamento na cognição de tal instrumento de gestão de “recursos humanos”.

Não por menos aproveitamos de empírico estudo, que partindo de uma necessária e bem elaborada base conceitual, verificou, por amostragem, que a melhoria nos índice de comprometimento organizacional, ou seja, que quanto maior a satisfação normativa, afetiva ou instrumental, maior o compromisso com o mister público.

E se, assim como na iniciativa privada, é elemento de sucesso a manutenção em seus quadros dos “bons funcionários”, além de “motivados funcionários”, pois tal gera a sempre cobrada eficiência, certo que na relação laboral pública, tanto maior será a eficiência no exercício do serviço público, quanto maior se permitir o desenvolvimento do mesmo elo.

Tudo a contribuir com a constitucionalmente normatizada eficiência e, também, com a melhor versação do erário.

Assim concluímos o que se julgou aqui necessário discutir, crendo o Autor que se pelo menos levantado adequadamente o sério e profundo debate sobre a compreensão do mal da corrupção em todas as suas facetas, e conseqüentemente dos vários, pois, caminhos necessários á seu combate, adimplido o compromisso a que nos propusemos fazer.

REFERÊNCIAS

JURÍDICAS GERAIS:

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Unidades e responsáveis*.

Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/unidades.aspx?Id01=DF&Id02=Distrito Federal &Id03=8&Id04=btn_df>.

Acesso em: 02 dez. 2012.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Procuradorias da União*. Disponível

em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=156091&id_site=1108&aberto=&fechado>.

Acesso em: 02 dez. 2012.

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

BITTENCOURT, C. A. L. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*.

Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BRAGA, Luziânia Carla Pinheiro; MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira. A Advocacia-Geral da União como função essencial à Justiça. *Revista de Direito e Política*, v. IV, jan./mar. de 2005.

BRASIL, Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Planalto, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 dez. 2012.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. v.1. 1997.

KIRSCH, César do Vale. A necessária participação da Advocacia-Geral da União no processo de políticas públicas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4139>>. Acesso em: ago. 2012.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Direito administrativo e pós-positivismo: a crise da legalidade e o império do Direito. *Revista da AGU*, n. 6. Brasília: Centro de Estudos Victor Nunes Leal / Advocacia-Geral da União, 2005.

MEIRELLES, Hely L. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio B. *Curso de direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado Revisitada – Essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Revista Debates em Direito Público. Revista de Direito dos Advogados da União* Ano IV, N. 4. Campinas: Millennium, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, Pedro V. A advocacia pública no Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Publicações da escola da AGU: pós-graduação em Direito Público – PUC/MG*, Brasília, 2010.

ARTIGOS E TESES SOBRE CORRUPÇÃO

ARAÚJO, Felipe D. de. *Direito anticorrupção no Brasil: internacionalização, política interna e novos paradigmas sancionatórios e institucionais*. 2010. 234f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília.

ARAÚJO, Felipe D. de. Uma análise da estratégia nacional contra a corrupção e a lavagem de dinheiro (ENCCLA) por suas diretrizes. *Revista brasileira de políticas públicas*, Brasília, v.2, n.1, jan./jun. 2012.

BOTELHO, Ana Cristina M. de P. *Corrupção política: uma patologia social*. 2008. 274 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília.

CHRISPIM, Raquel. *Responsabilidade Social Empresarial na prevenção e combate à corrupção: uma iniciativa que pode reformular a relação entre empresas e estados?* 2007. 104 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas: Sociologia) – Instituto de Pesquisa do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

FAÇANHA, Luciano da S. *Poética e estética em Rousseau: corrupção do gosto, degeneração e mimesis das paixões*. 2010. 530 f. Dissertação (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

A eficácia do sistema jurídico de prevenção e combate à improbidade administrativa. *Série pensando o direito*, Brasília, n.34, nov. 2011.

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. *Opinião pública*, Campinas, v.15, n.2, nov. 2009.

FILGUEIRAS, Fernando; ARANHA, Ana Luisa M. Controle da corrupção e burocracia da linha de frente: regras, discricionariedade e reformas no Brasil. *DADOS – Revista de ciências sociais*, Rio de Janeiro, v.54, n.2, 2011.

GARCIA, Emerson. *Repressão à corrupção no Brasil: entre realidade e utopia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GHIZZO NETO, Affonso. *Corrupção, estado democrático de direito e educação*. 2008. 293 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

GONÇALVES, Klever D. O combate à corrupção no Brasil e a lei n.º. 8.429 de 02 de junho de 1992. *Revista jurídica*, Anápolis, n.18, 2012.

GRANOVETTER, Mark. A construção social da corrupção. *Política & Sociedade*, Florianópolis, v.5, n.9, out. 2006.

GUEDES, Jefferson C.; GUEDES, Geza C. O poder de requisição dos advogados públicos federais: uma revisão desde a Controladoria-Geral da República até a Advocacia-Geral da União. *Fórum Administrativo*, v.12, n. 137, jul. 2012.

LAUANDOS, Artur R. *O congresso nacional no século XXI: os efeitos da corrupção sobre a representação política*. 2009. 279 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

LOPES, Marcos Felipe M. *Corrupção: estudo sobre as formas de mensuração, seus determinantes e perspectivas sobre formas de combate*. 2011. 107 f. Dissertação (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

MACHADO, Júlio Cesar. Um estudo semântico enunciativo da corrupção em dicionários e documentos governamentais. *Alfa*, São Paulo, v.54, n.1, 2010.

MARTINS, José Antonio. *Os fundamentos da república e sua corrupção nos Discursos de Maquiavel*. 2007. 196 f. Dissertação (Doutorado em Filosofia) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

NUNES, Antonio Carlos O. *A cooperação internacional como instrumento jurídico de prevenção e combate à corrupção*. 2008. 118f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

NUNES, Inês I. L. *O novo regime punitivo da corrupção*. 2012. 46 f. Dissertação (Mestrado Forense) – Universidade Católica Portuguesa, Lisboa.

SILVA, Nivaldo C. da. *O lugar da corrupção: deficiências e formas de controle na gestão do governo municipal*. 2007. 173 f. Dissertação (Doutorado em Sociologia) – Universidade Estadual Paulista, Araraquara.

SILVA JÚNIOR, Ary R. da. *Neoliberalismo e corrupção: análise comparativa dos ajustes neoliberais no Brasil de Fernando Collor (1990-1992) e no México de Carlos Salinas (1988-1992). O incremento da corrupção e seus custos sociais*. 2006, 308 f. Dissertação (Doutorado em Sociologia) – UNESP, Araraquara.

SOARES, Pedro V. A advocacia pública no Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Publicações da escola da AGU: pós-graduação em Direito Público* – PUC/MG, Brasília, 2010.

TELES, Idete. *Poder, paixão e corrupção no Estado*. 2008. 111 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

VIEIRA, James B. *O impacto das capacidades institucionais do setor público: um estudo exploratório sobre as causas e efeitos das improbidades na administração pública municipal brasileira*. 6º concurso de monografias da CGU, Brasília,

2011. Disponível em: < http://www.cgu.gov.br/concursos/Arquivos/6_ConcursoMonografias/1-Lugar-Profissionais.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2012.

ADMINISTRAÇÃO:

ESTUDO DE REFERÊNCIA:

VELHO, Nicole. *Comprometimento organizacional: um estudo de caso na Procuradoria da União de Minas Gerais*. 2011. 98f. Dissertação (Graduação em Administração) – Faculdade de Administração Milton Campos, Nova Lima.

OUTROS:

ALVES-MAZZOTTI, Alda J. Usos e abusos do estudo de caso. *Cadernos de pesquisa*, São Paulo, v.36, n.129, set./dez. 2006.

BANDEIRA, Mariana L.; MARQUES, Antônio L.; VEIGA, Ricardo T. *As dimensões múltiplas do comprometimento organizacional: um estudo na ECT/MG*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-6555200000200008&script=sci_arttext>. Acesso em: 13 set. 2012.

BASTOS, Antônio V. B. Comprometimento organizacional: um balanço dos desafios e resultados que cercam essa tradição de pesquisa. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, maio/jun. 1993. Disponível em: <<http://www.gerenciamento.ufba.br/MBA%20Disciplinas%20Arquivos/Lideranca/Comprometimento%20organizacional%20um%20balan%C3%83%C2%A7%20dos%20resultados%20e%20desafios%20que%20cercam%20esta%20tradi%C3%83%C2%A7%C3%83%C2%A3%20de%20pesqui.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

BASTOS, Antônio V. B. Comprometimento organizacional: os caminhos da pesquisa e os seus desafios metodológicos. In: Tamayo, Alvaro; Borges-Andrade, Jairo Eduardo; Codo, Wanderley (org), *Trabalho, organizações e cultura*. Rio de Janeiro: Associação Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Psicologia, 1996. Cap. 8, p. 94-109. Disponível em: <<http://www.infocien.org/Interface/Colets/v01n11a10.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

BASTOS, Antônio V. B.; BRANDÃO, Margarida G. A.; PINHO, Ana Paula M. Comprometimento organizacional: uma análise do conceito expresso por servidores universitários no cotidiano do trabalho. *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v.1, n.2, maio/ago. 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-65551997000200006&script=sciarttext&tlng=pt>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

BASTOS, Antônio V. B.; BORGES-ANDRADE, Jairo Eduardo. Comprometimento com o trabalho: padrões em diferentes contextos

organizacionais. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v.42, n.2, abr./jun. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v42n2/v42n2a03.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

BASTOS, Antônio V. B. Comprometimento organizacional: seus antecedentes em distintos setores da administração e grupos organizacionais. *Temas de Psicologia*, Ribeirão Preto, v.2, n.1, abr. 1994. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S141389X1994000100007&script=sci_arttext>. Acesso em: 23 ago. 2012.

BORGES, Renata S. G.; MARQUES, Antônio L.; ADORNO, Ronara D. Investigando as relações entre políticas de RH, comprometimento organizacional e satisfação no trabalho. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPAD, 29., 2005, Brasília. *Anais...* Brasília: ANPAD, 2005. 1 CD-ROM.

BORGES-ANDRADE, Jairo Eduardo. Comprometimento organizacional na administração pública e em seus segmentos meio e fim. *Temas em Psicologia*, Ribeirão Preto, v.2, n.1, abr. 1994. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413-389X1994000100005&script=sci_arttext>. Acesso em: 23 ago. 2012.

BORGES-ANDRADE, Jairo Eduardo. Conceito e mensuração de comprometimento organizacional. *Temas em Psicologia*, Ribeirão Preto, v.2, n.1, abr. 1994. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413-389X1994000100004&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 23 ago. 2012.

BRUNO, Reinaldo M.; OLMO, Manolo Del. *Servidor público: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CAMPOMAR, Marcos C. Do uso de “estudo de caso” em pesquisas para dissertações e teses em administração. *Revista de Administração*, São Paulo, v.26, n.3, jul./set. 1991.

CANÇADO, Vera L.; GENELHU, Patrícia, MORAES, Lúcio F. R. Comprometimento com a profissão um estudo em uma universidade no estado de Minas Gerais. *Revista Eletrônica de Administração*, Porto Alegre, ed.55, v.13, n.1, jan.-abr. 2007. Disponível em: <http://read.adm.ufrgs.br/edicoes/pdf/artigo_482.zip>. Acesso em: 12 set. 2012.

COSTA, Fabíola M.; BASTOS, Antônio V. B. Múltiplos comprometimentos no trabalho: os vínculos dos trabalhadores de organizações agrícolas. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPAD, 29., 2005, Brasília. *Anais...* Brasília: ANPAD, 2005. 1 CD-ROM.

DIAS, Derli de S. *Múltiplos comprometimentos: um estudo comparativo entre profissionais e gerentes de uma grande empresa do setor metal-mecânico*.

2001, 136f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

DIAS, Derli de S.; MARQUES, Antônio L. Múltiplos comprometimentos: um estudo com profissionais e gerentes de uma grande empresa do setor metal-mecânico. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPAD, 26, 2002, Salvador. *Anais...* Salvador: ANPAD, 2002. 1 CD-ROM.

FONSECA, Jeferson A. *Comprometimento organizacional em uma instituição em mudança: o caso da Polícia Militar de Minas Gerais*. 2002. 122f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

GROTTI, Dinorá. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros editores, 2003.

HEIZER, Ionara H. *Comprometimento organizacional: um estudo de caso em uma organização do ramo de informática*. 2007. 132f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Faculdade Novos Horizontes, Belo Horizonte.

LIMA, Aline V., LINS, Samuel L. B., LINS, Zoraide M. B. Emoções positivas na relação com comprometimento no trabalho. In: ENCONTRO ANUAL DA ABRAPSO, 14., 2007, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: ABRAPSO, 2007. Disponível em: <http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/anexos/AnaisXIVENA/conteudo/pdf/trab_completo_14.pdf>. Acesso em: 13 set. 2012.

MEDEIROS, Carlos Alberto F. et al. Comprometimento organizacional: o estado da arte da pesquisa no Brasil. *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v.7, n.4, out/dez. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-65552003000400010&script=sci_arttext>. Acesso em: 23 ago. 2012.

MEDEIROS, Carlos Alberto F.; ALBUQUERQUE, Lindolfo G. Comprometimento organizacional: um estudo de suas relações com características organizacionais e desempenho nas empresas hoteleiras. *Revista Psicologia*, Florianópolis, v.5, n.2, dez. 2005. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1984-66572005000200003&script=sci_arttext>. Acesso em: 15 set. 2012.

MEDEIROS, Carlos Alberto F.; ALBUQUERQUE, Lindolfo G.; MARQUES, Glenda M. Comprometimento organizacional: um estudo de suas relações com características organizacionais e desempenho nas empresas hoteleiras. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPAD, 29., 2005, Brasília. *Anais...* Brasília: ANPAD, 2005. 1 CD-ROM.

MEDEIROS, Carlos Alberto F., ENDERS, Wayne Thomas. Validação do Modelo de Conceitualização de Três Componentes do Comprometimento

Organizacional (Meyer e Allen, 1991). *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v.2, n.3, set/dez. 1998. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v2n3/v2n3a05.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

MOREIRA FILHO, João E. *Comprometimento organizacional na Polícia Civil do estado do Acre: um estudo de caso*. 2004, 136f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

PEREIRA, Luciano Z.; OLIVEIRA, Rita de C. M. Comprometimento organizacional: um estudo na área de administração pública municipal. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPAD, 24., 2000, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: ANPAD, 2000. 1 CD-ROM.

RANGEL, Herickson R. *Comprometimento organizacional na administração pública municipal: um estudo na prefeitura de Vitória*. 2001, 111f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

RAUPP, Fabiano M.; BEUREN, Ilse Maria. Metodologia da Pesquisa Aplicável as Ciências Sociais. In: BEUREN, Ilse Maria (Org). *Como Elaborar Trabalhos Monográficos em Contabilidade: Teoria e Prática*. São Paulo: Atlas, 2008.

REGO, Armênio. Comprometimento organizacional e ausência psicológica – afinal quantas dimensões?. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v.43, n.4, set./dez. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-75902003000400003&script=sci_arttext>. Acesso em: 25 out. 2012.

ROBBINS, Stephen P. *Comportamento Organizacional*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

SANTOS, Maryangela C. *Diagnóstico de intenções de comprometimento organizacional e envolvimento com o trabalho em equipes e grupos de trabalho*. 2008, 48f. Monografia (Pós-graduação em Administração) – Universidade de Brasília, Brasília.

SIQUEIRA, Mirlene M. M. Comprometimento organizacional afetivo, calculativo e normativo: evidências acerca da validade discriminante de três medidas brasileiras. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPAD, 25, 2001, Campinas. *Anais...* Campinas: ANPAD, 2001. 1 CD-ROM.

TAMAYO, Álvaro; SOUZA, Maíra G. S.; VILAR, Luciana S.; ALBERNAZ, Janaína V.; RAMOS, Juliana L.; FERREIRA, Nádia P. Relação entre valores do empregado e comprometimento organizacional afetivo. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPAD, 24., 2000, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: ANPAD, 2000. 1 CD-ROM.

VENTURA, Magda M. O estudo de caso como modalidade de pesquisa. *Revista da SOCERJ*, Rio de Janeiro, set./out. 2007.

REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS (EC Nº 62) – CONSTITUCIONALIDADE (?)

*SPECIAL ARRANGEMENTS FOR PAYMENT OF
“PRECATÓRIOS” (AMENDMENT NO. 62) - (?)
CONSTITUTIONALITY*

Raphael Vasconcelos Dutra

Procurador do Município de Belo Horizonte. Advogado.

Mestrando em Direito Público pela Universidade FUMEC. Pós-graduado em Advocacia Pública pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático em parceria com a Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do regime especial de pagamento de precatórios; 2 Críticas ao regime especial; 2.1 Da inconstitucionalidade formal; 2.2 Da inconstitucionalidade material; 3 Das ações diretas de inconstitucionalidade; 4 Da justificativa do déficit financeiro; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Em 09 de dezembro de 2009, foi publicada a Emenda Constitucional nº 62 que alterou o artigo 100 da Constituição Federal e acrescentou o artigo 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo o regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Aludida emenda é alvo de severas críticas quanto à sua constitucionalidade, tendo sido ajuizadas 04 (quatro) ações no Supremo Tribunal Federal questionando a sua validade. No presente artigo, pretendemos analisar eventuais vícios de inconstitucionalidade desse regime, à luz da doutrina, da legislação e das decisões judiciais proferidas sobre a matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Emenda Constitucional. Regime Especial. Precatório. Inconstitucionalidade.

SUMMARY: On December 9, 2009, was published Constitutional Amendment No. 62 which amended Article 100 of the Federal Constitution and added Article 97 of the Temporary Constitutional Provisions, instituting the special payment of “precatório”² by States, Federal District and Municipalities. Alluded amendment is widely criticized as to its constitutionality, having been filed 04 (four) lawsuits in the Supreme Court questioning its validity. In this article, we examine possible defects of unconstitutionality of the scheme in the light of doctrine, legislation and judicial decisions on the matter.

KEYWORDS: Constitutional Amendment. Special Regime. “Precatório”. Unconstitutional.

² No translation to english

INTRODUÇÃO

O artigo 100 da Constituição Federal³ estabelece que os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, oriundos de decisão judiciária, ressalvados os referentes às obrigações definidas em leis como de pequeno valor, serão realizados por meio de precatórios, na ordem cronológica de sua apresentação e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

A União e os demais entes federais estão em dia com o pagamento de seus precatórios. Contudo, de forma geral, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem precatórios vencidos há anos e ainda não adimplidos, tendo grande dificuldade de realizar o seu pagamento.

Neste contexto, foi publicada, em 09 de dezembro de 2009, a Emenda Constitucional nº 62 que alterou o art. 100 da Constituição Federal e acrescentou o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo o regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Todavia, aludida emenda, apelidada por alguns de “emenda do calote”, é alvo de severas críticas quanto à sua constitucionalidade, por ter, possivelmente, vulnerado vários direitos e princípios fundamentais, tais como: a efetividade da jurisdição, a intangibilidade da coisa julgada, o princípio da isonomia, o princípio da moralidade administrativa, etc.

Atualmente, há 04 (quatro) ações no Supremo Tribunal Federal questionando a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 62 (Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425). Tais ações serão julgadas de forma conjunta pelo Pretório Excelso. No entanto, até a conclusão deste artigo, referido julgamento estava pendente e somente havia sido proferido o voto do eminente Ministro Relator, julgando parcialmente procedente as ações, conforme será demonstrado adiante.

Desta forma, no presente artigo, pretendemos verificar, analisar e apontar eventuais vícios de inconstitucionalidade do regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62, à luz da doutrina, da legislação e das decisões judiciais proferidas sobre a matéria.

3 Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

1 DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS

A EC nº62 de 09 de dezembro de 2009 incluiu o § 15 ao artigo 100 da Constituição Federal, tornando-se possível a criação, por lei complementar, de regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, *verbis*:

§ 15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

Referida emenda incluiu também o artigo 97 no ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) da Constituição Federal, para que, enquanto não for editada a lei complementar a que se refere o § 15 do art. 100 da CF, seja possível a aplicação de regime especial para o pagamento de requisitórios dos Estados, Distrito Federal e Municípios, *verbis*:

Art. 97. Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial de que trata este artigo optarão, por meio de ato do Poder Executivo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

I - pelo depósito em conta especial do valor referido pelo § 2º deste artigo; ou (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

II - pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 (quinze) anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2º deste artigo corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 2º Para saldar os precatórios, vencidos e a vencer, pelo regime especial, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devedores depositarão mensalmente, em conta especial criada para tal fim, 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas, apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento, sendo que esse percentual, calculado no momento de opção pelo regime e mantido fixo até o final do prazo a que se refere o § 14 deste artigo, será: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

I - para os Estados e para o Distrito Federal: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

a) de, no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), para os Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, além do Distrito Federal, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) do total da receita corrente líquida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

b) de, no mínimo, 2% (dois por cento), para os Estados das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

II - para Municípios: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

a) de, no mínimo, 1% (um por cento), para Municípios das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, ou cujo estoque de precatórios

pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

b) de, no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), para Municípios das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35 % (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 3º Entende-se como receita corrente líquida, para os fins de que trata este artigo, o somatório das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de contribuições e de serviços, transferências correntes e outras receitas correntes, incluindo as oriundas do § 1º do art. 20 da Constituição Federal, verificado no período compreendido pelo mês de referência e os 11 (onze) meses anteriores, excluídas as duplicidades, e deduzidas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

I - nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

II - nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a contribuição dos servidores para custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira referida no § 9º do art. 201 da Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 4º As contas especiais de que tratam os §§ 1º e 2º serão administradas pelo Tribunal de Justiça local, para pagamento de precatórios expedidos pelos tribunais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 5º Os recursos depositados nas contas especiais de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo não poderão retornar para Estados, Distrito Federal e Municípios devedores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 6º Pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos recursos de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo serão utilizados para pagamento de

precatórios em ordem cronológica de apresentação, respeitadas as preferências definidas no § 1º, para os requisitórios do mesmo ano e no § 2º do art. 100, para requisitórios de todos os anos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 7º Nos casos em que não se possa estabelecer a precedência cronológica entre 2 (dois) precatórios, pagar-se-á primeiramente o precatório de menor valor. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 8º A aplicação dos recursos restantes dependerá de opção a ser exercida por Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ato do Poder Executivo, obedecendo à seguinte forma, que poderá ser aplicada isoladamente ou simultaneamente: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

I - destinados ao pagamento dos precatórios por meio do leilão; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

II - destinados a pagamento a vista de precatórios não quitados na forma do § 6º e do inciso I, em ordem única e crescente de valor por precatório; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

III - destinados a pagamento por acordo direto com os credores, na forma estabelecida por lei própria da entidade devedora, que poderá prever criação e forma de funcionamento de câmara de conciliação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 9º Os leilões de que trata o inciso I do § 8º deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

I - serão realizados por meio de sistema eletrônico administrado por entidade autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários ou pelo Banco Central do Brasil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

II - admitirão a habilitação de precatórios, ou parcela de cada precatório indicada pelo seu detentor, em relação aos quais não esteja pendente, no âmbito do Poder Judiciário, recurso ou impugnação de qualquer natureza, permitida por iniciativa do Poder Executivo a compensação com débitos líquidos e certos, inscritos ou não em

dívida ativa e constituídos contra devedor originário pela Fazenda Pública devedora até a data da expedição do precatório, ressalvados aqueles cuja exigibilidade esteja suspensa nos termos da legislação, ou que já tenham sido objeto de abatimento nos termos do § 9º do art. 100 da Constituição Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

III - ocorrerão por meio de oferta pública a todos os credores habilitados pelo respectivo ente federativo devedor; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

IV - considerarão automaticamente habilitado o credor que satisfaça o que consta no inciso II; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

V - serão realizados tantas vezes quanto necessário em função do valor disponível; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

VI - a competição por parcela do valor total ocorrerá a critério do credor, com deságio sobre o valor desta; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

VII - ocorrerão na modalidade deságio, associado ao maior volume ofertado cumulado ou não com o maior percentual de deságio, pelo maior percentual de deságio, podendo ser fixado valor máximo por credor, ou por outro critério a ser definido em edital; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

VIII - o mecanismo de formação de preço constará nos editais publicados para cada leilão; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

IX - a quitação parcial dos precatórios será homologada pelo respectivo Tribunal que o expediu. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 10. No caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

I - haverá o sequestro de quantia nas contas de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ordem do Presidente do Tribunal referido no § 4º, até o limite do valor não liberado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

II - constituir-se-á, alternativamente, por ordem do Presidente do Tribunal requerido, em favor dos credores de precatórios, contra Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, direito líquido e certo, autoaplicável e independentemente de regulamentação, à compensação automática com débitos líquidos lançados por esta contra aqueles, e, havendo saldo em favor do credor, o valor terá automaticamente poder liberatório do pagamento de tributos de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, até onde se compensarem; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

III - o chefe do Poder Executivo responderá na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

IV - enquanto perdurar a omissão, a entidade devedora: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

a) não poderá contrair empréstimo externo ou interno; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

b) ficará impedida de receber transferências voluntárias; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

V - a União reterá os repasses relativos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e ao Fundo de Participação dos Municípios, e os depositará nas contas especiais referidas no § 1º, devendo sua utilização obedecer ao que prescreve o § 5º, ambos deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 11. No caso de precatórios relativos a diversos credores, em litisconsórcio, admite-se o desmembramento do valor, realizado pelo Tribunal de origem do precatório, por credor, e, por este, a habilitação do valor total a que tem direito, não se aplicando, neste caso, a regra do § 3º do art. 100 da Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 12. Se a lei a que se refere o § 4º do art. 100 não estiver publicada em até 180 (cento e oitenta) dias, contados da data de publicação desta Emenda Constitucional, será considerado, para os fins referidos, em relação a Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, omissos na regulamentação, o valor de: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

I - 40 (quarenta) salários mínimos para Estados e para o Distrito Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

II - 30 (trinta) salários mínimos para Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 13. Enquanto Estados, Distrito Federal e Municípios devedores estiverem realizando pagamentos de precatórios pelo regime especial, não poderão sofrer sequestro de valores, exceto no caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e o § 2º deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 14. O regime especial de pagamento de precatório previsto no inciso I do § 1º vigorará enquanto o valor dos precatórios devidos for superior ao valor dos recursos vinculados, nos termos do § 2º, ambos deste artigo, ou pelo prazo fixo de até 15 (quinze) anos, no caso da opção prevista no inciso II do § 1º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 15. Os precatórios parcelados na forma do art. 33 ou do art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e ainda pendentes de pagamento ingressarão no regime especial com o valor atualizado das parcelas não pagas relativas a cada precatório, bem como o saldo dos acordos judiciais e extrajudiciais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 16. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 17. O valor que exceder o limite previsto no § 2º do art. 100 da Constituição Federal será pago, durante a vigência do regime especial, na forma prevista nos §§ 6º e 7º ou nos incisos I, II e III do § 8º deste artigo, devendo os valores dispendidos para o atendimento do disposto no § 2º do art. 100 da Constituição Federal serem

computados para efeito do § 6º deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 18. Durante a vigência do regime especial a que se refere este artigo, gozarão também da preferência a que se refere o § 6º os titulares originais de precatórios que tenham completado 60 (sessenta) anos de idade até a data da promulgação desta Emenda Constitucional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

Assim, nos termos do caput do artigo 97 do ADCT da Constituição Federal, os Estados, Distrito Federal e Municípios que, na data da publicação da referida emenda, estejam em mora em relação ao pagamento dos seus respectivos precatórios, poderão adotar o regime especial para o pagamento dos requisitórios vencidos e a vencer, não se aplicando a tal regime a exigência de ordem cronológica, prevista no artigo 100 da Constituição Federal.

Mas quais são as principais características desse regime especial? Passamos a explicar os pontos que consideramos serem os mais importantes.

Inicialmente, verifica-se que há duas opções para a adoção do regime especial. A primeira, pelo depósito mensal, em conta especial criada para tal fim, de valores correspondentes a percentuais incidentes sobre as receitas correntes líquidas do ente devedor, prevista no § 1º, I do art.97 do ADCT. Nesse caso, o regime especial vigorará enquanto o valor dos precatórios devidos for superior ao valor dos recursos vinculados (§ 14 do art.97 do ADCT). A segunda, por depósitos anuais, pelo prazo de até 15 (quinze) anos, correspondentes ao saldo total anual dos precatórios devidos, dividido pelo número de anos restantes no regime especial (§ 1º, II do art.97 do ADCT). Nessa segunda hipótese, o regime especial de pagamento de precatório vigorará pelo prazo fixo de até 15 (quinze) anos (§ 14 do art.97 do ADCT).

Ressalta-se que, em ambos os casos, pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos recursos serão utilizados para pagamento de precatórios em ordem cronológica de apresentação, respeitadas as preferências de créditos alimentares do mesmo ano e as preferências de créditos alimentícios de idosos ou portadores de doenças graves, até o triplo do limite para requisição de pequeno valor - RPV, para requisitórios de todos os anos (§ 6º do art.97 do ADCT).

O restante dependerá de opção a ser exercida por ato do Poder Executivo do ente público devedor, podendo destiná-los isoladamente ou simultaneamente (§ 8º do art.97 do ADCT): ao pagamento dos

precatórios por meio do leilão; a pagamento a vista daqueles precatórios não quitados, apresentados por ordem cronológica (os outros 50% ou menos, conforme o caso), ou para pagamento a vista daqueles precatórios não satisfeitos por meio do leilão realizado, em ordem única e crescente de valor por precatório; a pagamento por acordo direto com os credores, na forma estabelecida por lei própria da entidade devedora, que poderá prever criação e forma de funcionamento de câmara de conciliação.

No leilão, vale destacar, que é permitida, por iniciativa do Poder Executivo, a compensação com débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra devedor originário pela Fazenda Pública devedora até a data da expedição do precatório, ressalvados aqueles cuja exigibilidade esteja suspensa nos termos da legislação, ou aqueles que já tenham sido objeto de abatimento nos termos do § 9º do art. 100 da Constituição Federal⁴. Salienta-se ainda que o leilão ocorrerá na modalidade deságio. Assim, o pagamento será realizado para o credor que oferecer o deságio mais vantajoso para o ente devedor.

No caso de precatórios relativos a diversos credores em litisconsórcio, é possível o desmembramento do valor, realizado pelo Tribunal de origem do precatório, por credor, e, por este, a habilitação do valor total a que tem direito, não se aplicando, nesse caso, a regra do § 3º do art. 100 da Constituição Federal⁵.

Ressalta-se que, enquanto o ente público devedor estiver realizando pagamentos de precatórios pelo regime especial, não poderá sofrer sequestro de valores, exceto no caso de não liberação tempestiva dos recursos correspondentes à satisfação dos créditos de tal regime (§ 13 do art.97 do ADCT).

Destaca-se, por fim, que todos os créditos de precatórios pendentes de pagamento estão submetidos ao regime especial, mesmo aqueles parcelados na forma do art. 33 ou do art. 78 do ADCT⁶, haja vista que não há qualquer ressalva (§ 15 do art.97 do ADCT).

4 § 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).*

5 § 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).*

6 Art. 33. Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas,

2 CRÍTICAS AO REGIME ESPECIAL

O regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62, possui vários dispositivos de constitucionalidade duvidosa. Passamos a apontar e expor os vícios de inconstitucionalidade formal e material, que pensamos serem os mais relevantes.

2.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

Nos termos do art. 60, § 2º da CF⁷, para emendar à Constituição é necessário que a proposta seja discutida e votada, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambas, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Infere-se de tal dispositivo constitucional que é indispensável a discussão e a rediscussão da matéria posta, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, com intervalo de tempo razoável

no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição.

Parágrafo único. Poderão as entidades devedoras, para o cumprimento do disposto neste artigo, emitir, em cada ano, no exato montante do dispêndio, títulos de dívida pública não computáveis para efeito do limite global de endividamento.

Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)*

§ 1º É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)*

§ 2º As prestações anuais a que se refere o caput deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)* *(Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009)*

§ 3º O prazo referido no caput deste artigo fica reduzido para dois anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)*

§ 4º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o sequestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)*

7 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

para reflexão e votação, evitando-se, assim, que a Constituição seja alterada abruptamente, sem a meditação necessária para tanto.

No caso da alteração da Constituição, por meio da EC nº 62, verifica-se que não foi observada a limitação procedimental imposta pelo art. 60, § 2º da CF. Isso porque aludida emenda foi ratificada pelos parlamentares de forma repentina, visto que a propositura e a aprovação ocorreram no mesmo dia, com discussão, votação, rediscussão e nova votação do projeto em menos de 01 (uma) hora.

Aliás, conforme será demonstrado adiante, o Ministro Relator Ayres Britto, no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425, acolheu a alegação de inconstitucionalidade formal da referida emenda, advertindo que o artifício de abrir e encerrar, numa mesma noite, sucessivas sessões deliberativas não atenderia ao requisito da realização de segunda rodada de discussão e votação, precedida de razoável intervalo, em fraude à vontade objetiva da Constituição.

2.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

Como visto, há duas opções para a adoção do regime especial. Uma, por meio de depósito mensal, em conta especial criada para tal fim, de valores correspondentes a percentuais incidentes sobre as receitas correntes líquidas do ente devedor e outra, pelo depósito anual, para pagamento parcelado, pelo prazo de até 15 (quinze) anos.

Feita a opção pelo depósito mensal, verifica-se que os entes devedores ficam livres do dever de incluir nas suas leis orçamentárias verbas necessárias e suficientes para a quitação integral dos precatórios. Nessa modalidade, não existe montante mínimo dos recursos que serão alocados para o pagamento dos precatórios, dependendo tal verba da receita corrente líquida do ente devedor.

Desta forma, partindo da premissa de que não é imposto aos entes devedores o dever de reserva de recursos suficientes para o pagamento integral dos precatórios devidos e tendo em vista que o regime especial se aplica tanto aos precatórios vencidos quanto aos requisitórios a vencer, é possível, em tese, que, com o passar dos anos, haja o aumento gradativo do valor dos precatórios devidos.

Ademais, o regime especial adstrito à receita líquida vigorará enquanto o valor dos precatórios devidos for superior ao valor dos recursos vinculados. Isso quer dizer que o regime especial, que possua a pretensão de ser uma solução transitória, pode, ao contrário, durar por tempo ilimitado, haja vista a possibilidade de aumento progressivo do valor dos requisitórios devidos...

Deste modo, é impossível estimar quando o débito será liquidado, gerando insegurança quanto ao seu pagamento, já que o prazo necessário à quitação será varável e depende das circunstâncias, em clara ofensa ao princípio da duração razoável do processo, consagrado pela Carta Maior em seu art. 5º, LXXVIII⁸.

Outrossim, a opção pelo regime especial por pagamento anual, parcelado por até 15 (quinze) anos, ofende, da mesma forma, o princípio da duração razoável do processo. Isso porque não é razoável impor aos credores do Estado uma espera demasiadamente longa para ver satisfeita uma obrigação pecuniária imposta por meio de decisão transitada em julgado, depois de extensa batalha no judiciário. Nesse sentido, as lições de Leonardo Carneiro da Cunha⁹:

Já no regime especial por depósitos anuais, ao longo de 15 (quinze) anos, atenta contra o princípio constitucional da duração razoável do processo, impondo a espera de prazo bastante elástico, não compatível com um processo justo que ofereça resultados efetivos, num prazo razoável.

Assim, evidente que ambas as modalidades do regime especial de pagamento de precatórios vulneram o princípio da duração razoável do processo.

Mas não é só. O regime especial instituído pela EC nº 32 vulnera o próprio Estado Democrático de Direito, senão vejamos.

Quando o ente devedor faz a opção pelo regime especial atrelado às receitas correntes líquidas, o valor previsto na lei orçamentária para o pagamento dos precatórios devidos fica desvinculado das importâncias contempladas pela decisão judicial.

Assim, há a supressão da eficácia jurisdicional vinculante das decisões judiciais que impõem condenações pecuniárias ao Estado, uma vez que não importa se a condenação abarcou a importância “x” ou “y”, eis que o montante a ser destinado para a liquidação das dívidas será fixado segundo um juízo político, dependendo tal verba da receita corrente líquida do ente devedor.

8 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

9 CUNHA. Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 373.

Desta forma, torna-se inócua a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de uma importância determinada, em clara afronta ao Princípio da Separação dos Poderes. Ademais, se é inócua, há o estímulo, por via oblíqua, para o descumprimento de decisões judiciais transitadas em julgado, o que afronta o Estado Democrático de Direito.

Há também uma mitigação à responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º da CF). Isso porque, nos casos em que a Fazenda Pública atuar de forma defeituosa ou descumprir o Direito, não lhe será imposto o efeito jurídico concreto da condenação, já que a obrigação de indenizar as perdas e danos devidos ficará pendente das circunstâncias, podendo ser relegada para um futuro distante e pior, em valor muito aquém da condenação.

Valor aquém da condenação? Por quê?

Porque a EC nº 32 acrescentou também o § 12 no art. 100 da Constituição Federal que cuida da forma de cálculo da correção monetária e dos juros a ser aplicada a todos os precatórios a serem expedidos a partir da promulgação da referida emenda, inclusive sobre aqueles requisitórios expedidos por meio do regime especial de pagamento de precatórios, *verbis*:

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

Aliás, o artigo 97 no ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) da Constituição Federal, dispôs expressamente no mesmo sentido:

II - pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 (quinze) anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2º deste artigo corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

Assim, nos termos do § 12 no art. 100 e do art. 97, II do ADCT, independentemente dos índices de correção monetária e dos juros fixados na decisão transitada em julgado, deverá ser aplicado o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e, para fins de compensação da mora, deverão incidir juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

Ora, é notório que o índice de desvalorização da moeda não se reflete nos índices de correção e juros aplicados para a caderneta de poupança. Desse modo, se aplicado tais índices resta evidente a desvalorização do crédito e a perda do poder aquisitivo em desacordo com a decisão judicial transitada em julgado.

Dessa maneira, resta claro o embate do dispositivo com o instituto da coisa julgada, visto que se nega eficácia ao conteúdo jurídico da decisão judicial transitada em julgado que ordenou a aplicação de determinada forma de correção monetária e de juros de mora. Nesse sentido, as lições de Luís Roberto Barroso:

Na hipótese exposta, qualquer ação do poder constituinte derivado em tal sentido estaria vedado não só pela proteção constitucional do direito de propriedade, como também por força da existência de decisões judiciais transitadas em julgado determinando a atualização monetária dos créditos em exame. Também em decorrência do art. 60, § 4º, IV, a coisa julgada está protegida da interferência do legislador derivado. A intangibilidade da coisa julgada consagrada no art. 5º, XXXVI da Constituição, é umas das principais garantias de segurança e estabilidade do cidadão, não se admitindo que, após as partes terem percorrido todas as instâncias recursais, e não havendo mais possibilidade de ação rescisória, seja possível alterar qualquer elemento coberto pela coisa julgada material. Especificamente sobre a questão da correção monetária e dos índices a serem aplicados, a jurisprudência é pacífica no sentido de que eles não podem ser alterados após o trânsito em julgado da decisão.

(BARROSO. *Temas de Direito Constitucional*. v. 2. p. 424/425)

Mas não para por aí. O regime especial também deixa de observar o princípio da isonomia – art. 5º, I da CF¹⁰. Explico.

10 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Antes da EC nº 62, o sistema do precatório conduzia ao diferimento do recebimento da integralidade do crédito. Os pagamentos devidos pelo Estado eram feitos, exclusivamente, na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo obrigatória a inclusão no orçamento de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundo de sentenças transitadas em julgado. Demorava, mais havia a obrigação da Fazenda Pública, por prazo certo (muitas vezes desrespeitado), para quitar o crédito fixado na decisão judicial transitada em julgado. Tal sistema era orientado pelo princípio da isonomia. Nas lições de Marçal Justen Filho:

A sistemática do pagamento das dívidas da Fazenda Pública mediante precatório foi orientada essencialmente pelo princípio da isonomia.

Ora, a vedação à penhora de bens públicos conduzia à dificuldade de determinar a ordem de preferência no tocante ao pagamento das decisões judiciais condenatórias da Fazenda Pública.

A solução dos precatórios propicia não apenas a alocação de recursos (por via orçamentária) para a liquidação das dívidas, mas também o estabelecimento de uma ordem de preferência.

Não é possível promover a liquidação conjunta e concomitante de todos os créditos dos diversos credores interessados. A isonomia no caso concreto, significa a eliminação de preferências ou vantagens não fundadas em critérios objetivos. Adotou-se a ordem cronológica das requisições como critério de preferência de pagamento.

(JUSTEN FILHO. Marçal. Emenda dos Precatórios – Fundamentos de sua Inconstitucionalidade. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2010. p.81)

Depois da EC nº 62, com a instituição do regime diferenciado, a preferência do pagamento passa a ser fundada não mais na data da apresentação do precatório, mas sim no seu valor (ressalvados aqueles recursos correspondentes a pelo menos 50% que serão utilizados para pagamento de precatórios em ordem cronológica de apresentação). Assim, os credores de menor valor ou os que aceitem a redução do valor originário passam a ter tratamento preferencial sobre os demais credores - quanto maior o deságio (seja pelo leilão ou pelo acordo direto), maior a proteção assegurada ao crédito.

Desta forma, o credor é, praticamente, obrigado a oferecer um alto deságio, reduzindo o valor do seu crédito, como condição para o pagamento diferido, caso contrário, ficará a mercê do ente devedor por prazo indeterminado, a depender das circunstâncias, em clara violação ao princípio da isonomia. Nesse sentido, novamente os ensinamentos de Marçal Justen Filho, citando decisão do STF¹¹:

Infringe a isonomia a diferenciação de créditos da Fazenda Pública fundada no critério de valor. Todos os créditos contra a Fazenda Pública merecem a tutela jurídica, no sentido de garantia de sua liquidação pelo valor integral. Tendo o Poder Judiciário reconhecido o montante devido pela Fazenda Pública, não é possível uma norma legislativa determinar que a dívida será apenas liquidada se reduzido o seu valor. Trata-se de uma diferenciação incompatível com a isonomia, tal como já reconheceu o próprio STF, em julgado assim ementado: “Precatório. Valor Real. Distinção de tratamento. A Carta da República homenageia a igualação dos credores. Com ela colide a norma no sentido da satisfação total do débito apenas quando situado em certa faixa quantitativa.

(JUSTEN FILHO. Marçal. Emenda dos Precatórios – Fundamentos de sua Inconstitucionalidade. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2010. p.82/83)

Ademais, partindo da premissa de que todas as dívidas estatais devem ser liquidadas, não há razão para que os credores de menor valor mereçam um tratamento preferencial sobre os demais credores. Isso porque, mesmo que não seja possível, eventualmente, a quitação concomitante e conjunta de todos os precatórios devidos, não há qualquer justificativa lógica ou axiológica para tal preferência. Afinal, a dimensão do crédito é uma questão objetiva, dissociada e sem qualquer vínculo com a situação econômica do credor. Assim, qual seria a diferença, para o ente devedor, pagar 10 precatórios de R\$100,00 (cem reais) ou um de R\$1.000,00 (mil reais)? No exemplo em comento, de qualquer forma, o ente devedor terá liquidado os mesmos R\$1.000,00 (mil reais) referentes à sua dívida, não se justificando, desta forma, a discriminação dos credores pelo valor do precatório.

Noutro giro, vislumbra-se também que o regime especial viola, especialmente, o princípio da moralidade. Isso porque o sistema instituído funciona inequivocamente como uma espécie de “moratória” ou “concordata”, com redução substancial do crédito (seja pela forma de

11 STF. ADI nº 1.098, Plenário. Rel Min. Marco Aurélio. DJ, 25 out. 1996.

aplicação da correção monetária e dos juros devidos; seja pelo alto deságio do crédito em razão de leilão, acordos, etc.) que o particular tinha direito.

As duas modalidades do regime especial frustram a expectativa legítima dos credores. Frustram a expectativa de receber a quantia devida em prazo razoável, bem como frustram a expectativa de receber a integralidade dos valores devidos, fixados em condenação judicial, transitada em julgado. Há, portanto, uma quebra de confiança, eticamente reprovável, incompatível com a moral, em evidente violação ao princípio da boa fé. Nesse sentido, os ensinamentos de autorizada doutrina:

A instituição do regime especial para pagamento de precatórios é incompatível com a confiança legítima, atentando contra a lealdade e a boa-fé, necessárias à promoção da moralidade administrativa.

Constitui um passo importante para Ciência do Direito aproximar a confiança da boa-fé. O princípio da confiança tem íntima ligação com o princípio da boa-fé, de forma a fixar um conteúdo ético mais acentuado à atuação dos sujeitos de direito. A confiança, que se relaciona mais com a moral, influencia a boa-fé, cuja aplicação opera-se mais para o direito.

Para que se atenda à boa-fé e à confiança, garantindo-se um mínimo de conduta ética e de estabilização nas relações jurídicas, é preciso que se continue a conferir primazia à coisa julgada, afastando-se qualquer instabilidade ou desconfiança nas decisões proferidas pelo Judiciário, cuja função e atividade devem ser fonte de segurança, respeito e confiabilidade por parte dos jurisdicionados.

(CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10ª edição. Editora Dialética. São Paulo. 2012. p. 377).

A EC nº 32 pretende a consagração da imoralidade no relacionamento entre Fazenda Pública e seus credores. Elege o critério da vantajosidade para a liquidação das dívidas de existência e valor inquestionáveis, que já foram objeto de apreciação e decisão judicial.

(JUSTEN FILHO, Marçal. *Emenda dos Precatórios – Fundamentos de sua Inconstitucionalidade*. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2010. p. 90)

Desse modo, verifica-se que não há opção para o credor e é nesse ponto que reside a ofensa à moralidade, já que o único meio de impedir que o Estado ignore o conteúdo da condenação judicial é concedendo uma vantagem ao ente devedor, seja por meio do oferecimento do

maior deságio possível ou se submetendo a um prazo bastante dilatado, conforme escolha política desse mesmo ente devedor. Assim, salta aos olhos a violação ao princípio da moralidade administrativa.

3 DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Em razão dos inúmeros vícios de inconstitucionalidade da EC nº 32 de 09 de dezembro de 2009 que alterou o art. 100 da Constituição Federal e acrescentou o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo o regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, foram ajuizadas 04 (quatro) Ações Diretas de Inconstitucionalidade, propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pela Associação dos Magistrados Estaduais - ANAMAGES, pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA e pela Confederação Nacional das Indústrias - CNI (Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que tais ações serão julgadas de forma conjunta. Contudo, até a conclusão deste artigo, o julgamento das referidas ações estava pendente e somente havia sido proferido o voto do eminente Ministro Ayres Britto, relator, julgando parcialmente procedente as ações.

Pois bem, no que tange ao regime especial de pagamento de precatórios, tema do presente artigo, vale tecer as seguintes conclusões extraídas do voto do eminente Ministro Relator - informativo 643 do STF.

Inicialmente, vale destacar, que ao despachar a inicial, o Min. Relator adotou o procedimento abreviado de que trata o art. 12 da Lei 9.868/1999¹² e solicitou informações aos Tribunais de Justiça dos Estados, ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e aos Tribunais Regionais do Trabalho, para que informassem os valores pagos em precatórios e em requisições de pequeno valor - RPV pelos Estados Membros e respectivas capitais, nos últimos 10 (dez) anos e o montante da dívida pendente de pagamento, inscrita em precatórios e em RPV, bem como às Secretarias da Fazenda dos Estados, à Secretaria da Fazenda do Distrito Federal e às Secretarias da Fazenda das Capitais

12 Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

para que informassem o valor das respectivas receitas correntes líquidas nos últimos 10 (dez) anos. De posse de tais informações, o Ministro Relator *“constatou que, na maioria dos entes federados, não faltaria dinheiro para o adimplemento dos precatórios, mas sim compromisso dos governantes quanto ao cumprimento de decisões judiciais. Nesse contexto, observou que o pagamento de precatórios não se contraporía, de forma inconciliável, à prestação de serviços públicos. Além disso, arrematou que configuraria atentado à razoabilidade e à proporcionalidade impor aos credores a sobrecarga de novo alongamento temporal do perfil das dívidas estatais em causa, inclusive mediante leilões, deságios e outros embaraços”*. ([http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo643.htm#Precatório:regime especial e EC 62/2009 – 2](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo643.htm#Precatório:regime%20especial%20e%20EC%2062/2009-2))

Prosseguindo no julgamento, o eminente Ministro Relator acolheu a alegação de inconstitucionalidade formal da referida emenda, em face da inobservância do devido processo legislativo (CF, art. 60, § 2º). *“Asseverou que a exigência de 02 (dois) turnos para a apreciação do projeto de emenda constitucional não teria sido cumprida, dado que a proposta fora aprovada no mesmo dia, com discussão, votação, rediscussão e nova votação do projeto em menos de 1 hora. Advertiu que o artifício de abrir e encerrar, numa mesma noite, sucessivas sessões deliberativas não atenderia ao requisito da realização de segunda rodada de discussão e votação, precedida de razoável intervalo, em fraude à vontade objetiva da Constituição.”* ([http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo643.htm#Precatório:regime especial e EC 62/2009 – 2](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo643.htm#Precatório:regime%20especial%20e%20EC%2062/2009-2))

Quanto ao vício de inconstitucionalidade material referente aos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF que tratam da *“compensação obrigatória de crédito a ser inscrito em precatório com débitos perante a Fazenda Pública, aduziu que os dispositivos consagrariam superioridade processual da parte pública — no que concerne aos créditos privados reconhecidos em decisão judicial com trânsito em julgado — sem que considerada a garantia do devido processo legal e de seus principais desdobramentos, quais sejam, o contraditório e a ampla defesa. Reiterou que esse tipo unilateral e automático de compensação de valores embaraçaria a efetividade da jurisdição, desrespeitaria a coisa julgada e afetaria o princípio da separação dos Poderes. Enfatizou que a Fazenda Pública disporia de outros meios igualmente eficazes para a cobrança de seus créditos tributários e não-tributários. Assim, também reputou afrontado o princípio constitucional da isonomia, uma vez que aquele ente, ao cobrar crédito de que titular, não estaria obrigado a compensá-lo com eventual débito seu em face do credor contribuinte. Pelos mesmos motivos, assentou a inconstitucionalidade da*

frase “permitida por iniciativa do Poder Executivo a compensação com débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o devedor originário pela Fazenda Pública devedora até a data da expedição do precatório, ressalvados aqueles cuja exigibilidade esteja suspensa nos termos do § 9º do art. 100 da Constituição Federal”, contida no inciso II do § 9º do art. 97 do ADCT.” ([http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo643.htm#Precatório:regime especial e EC 62/2009 – 2](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo643.htm#Precatório:regime%20especial%20e%20EC%2062/2009-2))

O relator declarou, ainda, a inconstitucionalidade parcial do § 12 do art. 100 da CF, bem como do inciso II do § 1º e do § 16, ambos do art. 97 do ADCT, que tratam da forma de cálculo da correção monetária e dos juros a ser aplicada a todos os precatórios a serem expedidos a partir da promulgação da referida emenda, inclusive sobre aqueles requisitórios expedidos por meio do regime especial de pagamento de precatórios. *“Realçou que essa atualização monetária dos débitos inscritos em precatório deveria corresponder ao índice de desvalorização da moeda, no fim de certo período, e que esta Corte já consagrara não estar refletida, no índice estabelecido na emenda questionada, a perda de poder aquisitivo da moeda. Dessa maneira, afirmou a afronta à garantia da coisa julgada e, reflexamente, ao postulado da separação dos Poderes. Na seqüência, considerou inconstitucional, de igual modo, o fraseado “independentemente de sua natureza”, previsto no mesmo § 12 em apreço. Aludiu que, para os precatórios de natureza tributária, deveriam ser aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário”.* ([http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo643.htm#Precatório:regime especial e EC 62/2009 – 2](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo643.htm#Precatório:regime%20especial%20e%20EC%2062/2009-2))

Especificamente quanto ao § 15 do art. 100 da CF e ao art. 97 do ADCT, *“salientou que a Constituição possibilitara à lei complementar estabelecer regime especial para pagamento de precatórios pelas unidades federativas e que, ante a falta daquela espécie legislativa, o tema fora instituído pelo art. 97 do ADCT. Após breve explicação sobre os 2 modelos de regime especial de pagamento de precatório, registrou que os preceitos impugnados subverteriam os valores do Estado de Direito, do devido processo legal, do livre e eficaz acesso ao Poder Judiciário e da razoável duração do processo. Frisou que esses artigos ampliariam, por mais 15 anos, o cumprimento de sentenças judiciais com trânsito em julgado e desfavoráveis ao Poder Público, cujo prazo já teria sido, outrora, prorrogado por 10 anos pela Emenda Constitucional 30/2000. O relator entendeu adequada a referência à EC 62/2009 como a “emenda do calote”. Mencionou que esse calote feriria o princípio da moralidade administrativa, haja vista o não-adimplemento, por parte*

do Estado, de suas próprias dívidas. Além disso, sublinhou que o Estado: a) reconheceria o não-cumprimento, durante anos, de ordens judiciais de pagamento em desfavor do erário; b) propor-se-ia a adimpli-las, mas limitado a percentual pequeno de sua receita; c) forçaria, com esse comportamento, que os titulares de crédito assim inscritos os levassem a leilão. Desse modo, verificou a inconstitucionalidade do inciso I do § 8º e de todo o § 9º, ambos do art. 97 do ADCT [...] Consignou que idêntica solução alcançaria os incisos II e III do § 8º do art. 97 do ADCT [...], por malferir os princípios da moralidade, da impessoalidade e da igualdade. ([http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo643.htm#Precatório:regime especial e EC 62/2009 – 2](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo643.htm#Precatório:regime%20especial%20e%20EC%2062/2009-2))

Quanto à administração das contas especiais de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 97 do ADCT, pelo Tribunal de Justiça local, acrescentou que “essa norma prejudicaria a autonomia dos tribunais do trabalho, pois esse ramo especializado da justiça federal decairia do poder de, na vigência do regime especial de pagamento de precatórios, ordenar que suas decisões condenatórias contra a Fazenda Pública fossem cumpridas de forma integral”. ([http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo643.htm#Precatório:regime especial e EC 62/2009 – 2](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo643.htm#Precatório:regime%20especial%20e%20EC%2062/2009-2))

Concluindo o julgamento, o Min. Ayres Britto julgou parcialmente procedente a ação para o fim de declarar a inconstitucionalidade: a) da expressão “na data de expedição do precatório”, contida no § 2º do art. 100 da CF; b) dos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF; c) da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, constante do § 12 do art. 100 da CF, do inciso II do § 1º e do § 16, ambos do art. 97 do ADCT; d) do fraseado “independentemente de sua natureza”, inserido no § 12 do art. 100 da CF, para que aos precatórios de natureza tributária se apliquem os mesmos juros de mora incidentes sobre o crédito tributário; e) por arrastamento (itens “c” e “d” acima), do art. 5º da Lei 11.960/2009; f) do § 15 do art. 100 da CF e de todo o art. 97 do ADCT (especificamente o caput e os §§ 1º, 2º, 4º, 6º, 8º, 9º, 14 e 15, sendo os demais por arrastamento ou reverberação normativa).

Desta forma, tendo em vista as críticas da doutrina, a análise da legislação pertinente e, por fim, o voto do Min. Ayres Britto, no julgamento conjunto das ADIN’s nºs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425, resta evidente a inconstitucionalidade do regime especial de pagamento de precatórios.

No entanto, resta saber se os demais Ministros do Pretório Excelso acompanharão o voto do eminente Ministro Relator, Ayres Britto, declarando a inconstitucionalidade de tal regime...

4 DA JUSTIFICATIVA DO DÉFICIT FINANCEIRO

Atualmente, a União e os demais entes federais estão em dia com o pagamento de seus precatórios. Todavia, de forma geral, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem precatórios vencidos há anos e ainda não adimplidos, tendo grande dificuldade de realizar o seu pagamento. Esta situação fática, conforme já demonstrado, é que motivou as mudanças no art. 100 da Constituição Federal, por meio da polêmica EC nº 32, que alterou diversos dispositivos, incluindo tantos outros na Carta Política, inclusive o regime geral para pagamento dos precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Mas de onde vem esta dificuldade de liquidação dos precatórios? É proveniente da falta de recursos ou da falta de organização, seriedade e compromisso com as contas públicas?

Ao que parece, se tomarmos como base as conclusões do eminente Ministro Relator, Ayres Britto, no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425, quando este analisou as informações prestadas pelos Tribunais (sobre os valores pagos em precatórios e em RPV, pelos Estados Membros e respectivas capitais, nos últimos 10 (dez) anos, e sobre o montante da dívida pendente de pagamento, inscrita em precatórios e em RPV), bem como as informações prestadas pelas Secretarias da Fazenda dos respectivos entes (sobre as receitas correntes líquidas nos últimos 10 (dez) anos), pelo menos em relação aos Estados e às respectivas capitais não há falta de dinheiro para o adimplemento dos precatórios, mas sim falta de compromisso dos governantes quanto ao cumprimento de decisões judiciais, haja vista que, conforme elucidou o eminente Ministro, o pagamento de precatórios não se contrapõe, de forma inconciliável, à prestação de serviços públicos.

Desta forma, se tal fato restar inequivocamente comprovado nos autos das referidas ADIN's, quando houver a conclusão do julgamento conjunto, cairá por terra toda a motivação da EC nº32 e, por conseguinte, da instituição do regime especial de pagamento de precatório. Isso porque aludida emenda não mais se sustentará no plano fático (insuficiência de recursos) e tampouco se justificará por qualquer motivo lógico ou jurídico, restando evidente, de forma ainda mais veemente, a afronta ao princípio da moralidade administrativa.

Nesta hipótese, seria o caso de intervenção federal da União sobre os Estados-Membros inadimplentes, nos termos do art. 34,

VI da CF¹³, bem com de intervenção dos Estados adimplentes nos Municípios inadimplentes, nos termos do art. 35, IV da CF¹⁴?

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não cabe intervenção federal quando o não pagamento do título judicial ocorre em virtude da insuficiência de recursos financeiros para fazer frente às obrigações pecuniárias e à satisfação do crédito contra a Fazenda Pública, fenômeno este econômico/financeiro vinculado à baixa arrecadação tributária, que não legitima a medida drástica de subtrair temporariamente a autonomia estatal. Assim, somente o descumprimento voluntário e intencional, configurada pela atuação dolosa do ente federativo com a finalidade de não efetuar o pagamento da condenação pecuniária imposta em decisão transitada em julgado, é que legitima a intervenção¹⁵.

Desse modo, no caso de restar comprovado que não há falta de dinheiro para o adimplemento dos precatórios, mas sim falta de compromisso dos governantes quanto ao cumprimento de decisões judiciais, conforme restou consignado no voto do eminente Ministro Ayres Britto, restará evidente a necessidade de intervenção federal da União sobre os Estados-Membros inadimplentes, nos termos do art. 34, VI da CF, bem com de intervenção dos Estados adimplentes

13 Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

[...]

VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

14 Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

[...]

IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

15 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. INTERVENÇÃO FEDERAL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. DESCUMPRIMENTO INVOLUNTÁRIO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NÃO CONFIGURADAS. PRECEDENTES. 1. O acórdão embargado encontra-se em consonância com a orientação desta Corte, no sentido de que o descumprimento voluntário e intencional de decisão judicial transitada em julgado é pressuposto indispensável ao acolhimento do pedido de intervenção federal. Precedentes. 2. Omissão e contradição não caracterizadas. 3. Embargos de declaração rejeitados. (IF-AgR-ED 1012, ELLEN GRACIE, STF)

EMENTA: Intervenção Federal. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido

(IF 2915, MARCO AURÉLIO, STF)

sobre os Municípios inadimplentes, nos termos do art. 35, IV da CF. Aguardemos o final do julgamento...

No que tange aos demais municípios (visto que as informações analisadas pelo Ministro Ayres Britto se referem somente às capitais), vale tecer as seguintes considerações.

Em recente pesquisa, divulgada em 08/03/12, realizada pelo IFGF (*Índice Firjan de Gestão Fiscal*), criado pelo Sistema FIRJAN para avaliar a qualidade de gestão fiscal dos municípios brasileiros, restou consignado que, no ano de 2010, a maioria dos municípios - 83% (oitenta e três por cento) – foram avaliados com conceito “D”, que significa que as prefeituras geram menos de 20% (vinte por cento) de sua receita, sendo os demais recursos transferidos pela União e pelos Estados. (http://www.firjan.org.br/IFGF/ifgf_release.html)

É dizer, segundo a pesquisa, esses Municípios não se sustentam, não arrecadam o suficiente sequer para a consecução dos serviços públicos de interesse local. Assim, por óbvio, possuem grande dificuldade de honrar os seus compromissos pertinentes ao cumprimento de decisões judiciais em que há condenação pecuniária.

Qual seria, então, a solução? Admitir um regime especial para pagamento de precatórios desses Municípios, tal como o instituído pela EC nº32 de dezembro de 2009?

Pensamos que não. Conforme exaustivamente demonstrado, o regime especial instituído pela EC nº32 possui a pretensão de ser uma solução transitória para que os entes devedores regularizem o pagamento dos precatórios vencidos há anos. Contudo, verificamos que, não obstante haja esta pretensão, há a possibilidade de aumento gradativo do valor dos precatórios devidos, de forma que é possível que tal regime se torne permanente, sobretudo se vinculado às receitas deficitárias desses Municípios.

Assim, o regime especial de pagamento de precatórios não é uma solução para os Municípios devedores, visto que, inegavelmente, adotando tal regime, há grande risco de agravamento do passivo decorrente de decisões judiciais transitadas em julgado.

Desse modo, pensamos que a solução para esses Municípios menores e deficitários está mesmo no art. 18 § 4º da Constituição Federal¹⁶,

16 Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

[...]

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)

que estabelece as regras para incorporação e fusão de Municípios, senão vejamos.

Ao que parece, a pretexto da necessidade de desenvolvimento de determinadas regiões foram criados, de forma desordenada, vários Municípios. Há Municípios menores do que um bairro de uma capital. Vários sobrevivem tão somente em razão de repasses da União e dos Estados. Muitas vezes, não possuem sequer arrecadação própria suficiente para prestar serviços públicos essenciais de interesse local, fato este que é agravado em razão da manutenção de despesas pertinentes à estrutura municipal, tais como despesas com prefeito, secretarias municipais, câmara de vereadores...

Dessa maneira, há duas soluções para esses Municípios. A primeira é serem incorporados por outros maiores que tenham condições e estrutura para o desenvolvimento da região, para prestar os serviços públicos essenciais à população e honrar os compromissos firmados e os impostos pelo judiciário. A segunda é a fusão com outros menores, de forma que a autonomia financeira do novo ente decorra, majoritariamente, de sua arrecadação e não de repasses da União ou dos Estados, sendo possível, dessa forma, arcar com todos os compromissos pertinentes a um ente da federação, inclusive os oriundos de decisões judiciais transitadas em julgado.

Mas de qualquer forma, não há que se falar em aplicação do regime especial como solução, visto que a sua adoção, repita-se, representa grande risco de agravamento do passivo decorrente de decisões judiciais transitadas em julgado.

5 CONCLUSÃO

O regime especial para pagamento de precatórios, instituído pela EC nº 32 de 09 de dezembro de 2009, é flagrantemente inconstitucional, conforme análise da legislação, da doutrina e das decisões judiciais sobre a matéria.

Primeiro porque a emenda que instituiu tal regime foi proposta e a aprovada no mesmo dia, com discussão, votação, rediscussão e nova votação do projeto em menos de 01 (uma) hora, deixando de observar, dessa forma, a limitação procedimental imposta pelo art. 60, § 2º da CF, restando evidente a sua inconstitucionalidade formal.

Segundo porque viola vários direitos, garantias e princípios fundamentais: há clara afronta ao princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da CF), ao próprio Estado Democrático de Direito (art.1º da CF), à efetividade da jurisdição, ao princípio da

separação dos poderes (Art. 2º da CF), há mitigação à responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º da CF), há vulneração à intangibilidade da coisa julgada (art. 5º XXXVI), ao princípio da isonomia (art. 5º, I da CF) e, especialmente, ao princípio da moralidade (art. 37 *caput* da CF), restando patente a sua inconstitucionalidade material.

Tal entendimento, inclusive, já foi acolhido pelo eminente Ministro Ayres Britto, relator do julgamento conjunto das ADIN's nºs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425 que questionam a constitucionalidade da EC nº 32. Em seu voto, o Ministro julgou parcialmente procedente a ação para o fim de declarar a inconstitucionalidade formal, bem como a inconstitucionalidade material de vários dispositivos da emenda, inclusive, do § 15 do art. 100 da CF e de todo o art. 97 do ADCT (especificamente o *caput* e os §§ 1º, 2º, 4º, 6º, 8º, 9º, 14 e 15, sendo os demais por arrastamento ou reverberação normativa), que tratam do regime especial de pagamento de precatórios.

Todavia, até a conclusão do presente artigo, não foi concluído o julgamento e tampouco proferido outros votos. O que se espera é que os demais Ministros do Pretório Excelso acompanhem o voto do Ministro Relator, especialmente, para expurgar do ordenamento jurídico o regime especial de pagamento de precatórios.

Afinal, além de flagrantemente inconstitucional, tal regime, ao que tudo indica, não se justifica pela insuficiência de recursos dos Estados e das respectivas capitais, e tampouco é uma solução para os demais Municípios, visto que a sua adoção representa grande risco de agravamento do passivo decorrente de decisões judiciais transitadas em julgado.

REFERÊNCIAS

JUSTEN FILHO, Marçal; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Emenda dos Precatórios – Fundamentos de sua Inconstitucionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. v. 2.

VAZ, Orlando. *Precatórios Problemas e Soluções*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LUÍS, Silva Américo. *Do Precatório- Requisitório na Execução contra a Fazenda Pública*. 3. ed. Forense. 2001.

DIDIER JR., Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil - Execução*. 4. ed. Jus Podivm. 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. Malheiros.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 7. ed. Impetus.

A ILEGITIMIDADE DA LEI Nº 6683/79, DENOMINADA “LEI DE ANISTIA”, PERANTE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO INSTITUÍDO EM 1988

*THE DEMOCRATIC RULE OF LAW ESTABLISHED IN 1988
CONSTITUTION AND THE ILLEGITIMACY OF LAW NO.
6683/79, ENTITLED “AMNESTY LAW”*

Renata Ricarte Domiciano Ferreira

*Advogada da União em exercício na Procuradoria da União no estado de Minas Gerais.
Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná e em Letras pela Universidade
de São Paulo. Pós-Graduada em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-MINAS)*

SUMÁRIO: 1 Enfrentando as consequências – Considerações introdutórias; 2 A Condenação internacional e a posição do STF; 3 Herança cultural, exigências históricas e escolhas políticas; 4 A ilegitimidade da Lei de Anistia brasileira; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O Brasil foi condenado no dia 24 de novembro do ano de 2010, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no caso Gomes Lund e Outros *versus* Brasil, mais conhecido como o caso da “Guerrilha do Araguaia”, ocorrida em solo nacional durante o período compreendido entre os anos de 1972 e 1974. No mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal declarou a improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.153, interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, afirmando, por conseguinte, a vigência da Lei de Anistia e a constitucionalidade da tradicional interpretação do parágrafo 1º do seu artigo 1º. O presente artigo tem o propósito de expor, em linhas bastante sucintas, alguns fundamentos que indicam a ilegitimidade da Lei n.6683/79, denominada “Lei de Anistia”, perante o Estado Democrático de Direito no Brasil pós-1988.

PALAVRAS-CHAVE: Lei. Anistia. Brasil. Ditadura. Direitos Humanos. Araguaia. Legalidade. Legitimidade.

ABSTRACT: Brazil was sentenced on 24 November 2010, the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), in the case of Gomes Lund and Others *versus* Brazil, known as the case of “Araguaia Guerrilla”, held on home soil during the period between the years 1972 and 1974. In the same year, the Supreme Court declared the dismissal of the complaint of breach of fundamental precept-ADPF n.153, filed by the Lawyers Association of Brazil, claiming, therefore, the validity of the Amnesty Act and the constitutionality of the traditional interpretation of paragraph 1 of its Article 1. This article aims to explain, in very succinct lines, some fundamentals that indicate the illegitimacy of Law n.6683/79 called “Amnesty Law” before the democratic rule of law in Brazil after 1988.

KEYWORDS: Amnesty. Law. Brazil. Araguaia. Dictatorship. Human Rights. Legitimacy. Legality.

1 ENFRENTANDO AS CONSEQUÊNCIAS – CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O presente artigo tem o propósito de expor, em linhas bastante sucintas, alguns fundamentos que indicam a ilegitimidade da Lei n.6683/79, denominada “Lei de Anistia”, perante o Estado Democrático de Direito no Brasil pós-1988.

Para tanto, não se tratará do tema segundo a fórmula kelseniana que, a despeito da notória dicotomia entre legalidade e legitimidade, funde tais conceitos em um só instituto. Ao contrário, cientes de que toda norma legal é presumidamente legítima (pretensão *iuris tantum* - sobretudo em um Estado Democrático de Direito), este trabalho tem por escopo trazer a lume alguns fundamentos que desconstroem esse amálgama (legalidade/legitimidade) na Lei n.6683/79, como premissa, ou, pelo menos, lançam dúvidas sobre a legitimidade dessa norma legal, em cotejo com a ordem instituída em 1988.

O Brasil ainda hoje se recupera dos males oriundos de seu passado político recente: a ditadura militar que vigorou no País no período de 1964 a 1984. E nesse contexto, os desmembramentos práticos da Lei de Anistia de 1979, quando aplicada nos dias atuais, indicam que o assunto ainda se encontra distante de um enfrentamento social, política e juridicamente maduro.

Basta notar que é impossível tratar dos fatos ocorridos no período de 1965 a 1984, sem que as mínimas “vírgulas”, mal ou bem colocadas, acabem por inflamar as paixões mais fanáticas e os discursos mais arbitrários.

Contudo, sobretudo o operador jurídico não se pode submeter a essa verdadeira “canonização” do assunto. Pelo contrário, as mentes meramente humanas devem debruçar-se sobre esse intrincado tema com intrepidez, já que não se pode apagar ou negar aquilo que continua a apresentar desdobramentos bastante palpáveis.

Nesse diapasão, algumas linhas históricas são importantes para que se contextualize o cenário político que propiciou a edição da Lei de Anistia, nos moldes em que aprovada em 1979.

O governo Geisel é comumente associado ao início da abertura política no Brasil, nos idos de 1975. Essa idéia de retomada do caminho para a redemocratização, contudo, além de bastante lenta, mostrou-se igualmente ambígua e espinhosa.

Ao mesmo tempo em que, devido a pressões das forças de oposição, parcela do governo paulatinamente promovia algumas medidas de abertura, outro seguimento do mesmo governo militar (mais conhecido

como “linha dura”) ainda possuía munição política hábil à manutenção do regime repressivo.

Nesse cenário, o Presidente Figueiredo, sucessor de Geisel, em que pese ser reconhecido como moderado e comprometido com a redemocratização brasileira, apropriou-se de uma bandeira até então sustentada a duras penas pela oposição e acabou por conduzir os termos da anistia política. Segundo registros históricos, assim teria agido devido a pressões da “ala conservadora”. Como fruto dessa apropriação e condução pouco democrática, a tão acalentada Lei de Anistia somente conseguiu chegar à aprovação pelo Congresso com a inexorável inserção, em seu texto, também dos interesses daquela ala mais radical. Assim, a Lei de Anistia acabou por, a par de permitir o retorno dos exilados políticos ao Brasil, estender o perdão legal aos agentes do Estado que, em nome dos interesses nacionais, tivessem cometido crimes comuns, tais como tortura, homicídio, sequestro, dentre outros.¹

Feitas essas brevíssimas considerações históricas, surge novamente o problema: a legalidade da Lei da Anistia brasileira teria alçado a categoria da legitimidade, nesse ponto?

Respondendo a essa questão, basta dizer que o Brasil foi condenado no dia 24 de novembro do ano de 2010, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no caso *Gomes Lund e Outros versus Brasil*, mais conhecido como o caso da “Guerrilha do Araguaia”, ocorrida em solo nacional durante o período compreendido entre os anos de 1972 e 1974.

Para que se entenda o caráter aflitivo do tema, no mesmo ano de 2010, o Supremo Tribunal Federal havia declarado, no mês de abril, por sete votos a dois, a improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.153, interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, afirmando, por conseguinte, a vigência da Lei de Anistia e a constitucionalidade da tradicional interpretação do parágrafo 1º do seu artigo 1º. Essa decisão é irrecorrível, tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Ou seja, em termos de efeitos práticos, o resultado condenatório da Corte IDH foi exatamente o oposto daquele exarado na ADPF n.153. A questão é, pois, no mínimo polêmica e deve ser enfrentada.

Uma vez que não se podem apagar as consequências de um acontecimento histórico cujos herdeiros remanesçam sem respostas, a mera prostração perante o espetáculo inglório não pode e não deve ser a saída mais adequada.

1 FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. EDUSP. São Paulo, 2001.

2 A CONDENAÇÃO INTERNACIONAL E A POSIÇÃO DO STF

Já se afirmou que, quando uma sociedade não consegue elaborar os efeitos de um trauma e opta, simplesmente, por apagá-los da memória ou por dissimular a gravidade de suas consequências, acaba forjando um simulacro de recalque coletivo, tendente a produzir repetições sinistras².

Pode-se afirmar que o Brasil padece de um efetivo enfrentamento de sua recente herança traumática, assim entendida como o conjunto palpável de sequelas do período de 1964 a 1984, ainda não superadas, apenas ‘toleradas’ em nome de um conceito abstrato, traduzido como preço pago pela Democracia.

O fato é que o fim do autoritarismo permitiu o retorno pleno ao Estado Democrático de Direito, consolidado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que incorporou ao sistema jurídico interno todas as obrigações contraídas em razão de tratados internacionais de direitos humanos, ampliando, sobremaneira, os instrumentos e garantias para a sua defesa.

Ademais, no contexto de um mundo globalizado, cujas sociedades apresentam-se cada vez mais complexas e interdependentes, o Brasil tem sido internacionalmente impingido a enfrentar alguns dos efeitos latentes dessa parcela de sua história.

E isso não ocorre por mera intromissão internacional em assuntos internos.

Se o Brasil incorporou ao sistema jurídico interno todas as obrigações contraídas em razão de tratados internacionais de direitos humanos, inclusive concedendo-lhes dignidade constitucional, os tradicionais discursos de inaplicabilidade por razões de soberania nacional e jurisdição interna, não mais se sustentam.

Ainda assim, observa-se que no Brasil, a supervisão internacional da prática de medidas assecuratórias dos direitos humanos é objeto de constante resistência e de uma boa dose de polêmica.

Diante disso, a leitura internacional desse enfrentamento tem atribuído ao Brasil uma atitude tímida, incoerente, tépida e titubeante, em especial diante da responsabilização penal daqueles agentes estatais que, à época da ditadura militar, sabidamente violaram os mais básicos preceitos de direitos humanos.

Muito embora instrumentos anteriores tenham contemplado algumas categorias de direitos humanos, foi a Carta da ONU de 1948 que consagrou, pela primeira vez, como norma de direito internacional

2 KEHL, Maria Rita. Tortura e Sintoma Social. In: *O que resta da ditadura*. TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.) São Paulo: Boitempo, 2010. p. 126.

de caráter geral, a promoção e proteção dos direitos humanos. A despeito de seu caráter não vinculante, a Declaração constitui instrumento básico de referência sobre os valores essenciais que todos os Estados estão obrigados a respeitar.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é uma das entidades do Sistema Interamericano de Proteção e Promoção dos Direitos Humanos nas Américas. A CIDH integra a Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo composta por sete membros independentes, eleitos pela Assembleia Geral e que não representam qualquer país em particular.

Em 1961, a CIDH já realizava visitas para observar a situação geral dos direitos humanos em um país ou para investigar determinada situação em particular. Desde 1960, a CIDH foi autorizada expressamente a receber e a processar denúncias ou petições sobre casos individuais, nos quais se detectavam violações aos direitos humanos.

Em 22 de novembro de 1969, foi assinada em San José da Costa Rica a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cuja vigência teve início no ano de 1978.

Dita Convenção, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, define quais os direitos humanos que os Estados aderentes comprometem-se internacionalmente a respeitar.

Nessa mesma Convenção de 1978, foi criada a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), como organismo competente para conhecer e decidir sobre assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes.

A despeito de ratificada a Convenção pelo Brasil em 1992, a aceitação da competência da Corte IDH somente se deu aos 10 de novembro do ano de 1998.

Pois bem.

Conforme já assinalado, por sua posição tradicionalmente tépida sobre o assunto, o Brasil foi recentemente condenado pela Corte IDH, por graves violações aos direitos humanos no caso mais conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, ocorrido em solo nacional no período compreendido entre os anos de 1972 e 1975.

O caso refere-se a uma série de ações repressivas realizadas pelas Forças Armadas entre 1972 e 1975, nas margens do Rio Araguaia, estado do Pará. Nas diligências estatais engendradas para a repressão do referido movimento guerrilheiro, houve a detenção, tortura, desaparecimento e execução sumária de pelo menos 70 pessoas, segundo dados do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (Cejiil).

Dos 70 (setenta) desaparecidos no Araguaia, somente foram encontrados os corpos de 4 (quatro), todos graças à obstinada persistência de seus próprios amigos e familiares.

A Comissão de Direitos Humanos submeteu o caso *GOMES LUNDE OUTROS VERSUS BRASIL* à jurisdição de sua Corte porque, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985), sobretudo em virtude da Lei n. 6.683/79, entendeu que o Brasil

não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva [...]; porque os recursos judiciais de natureza civil, com vistas a obter informações sobre os fatos, não foram efetivos para assegurar aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso à informação.³

Em 31 de outubro de 2009, o Brasil já havia apresentado sua defesa formal perante aquela Corte IDH, e que incluía três exceções preliminares: a) a incompetência *ratione temporis* para examinar as supostas violações ocorridas antes do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte pelo Brasil; b) a falta de esgotamento dos recursos internos; e c) a falta de interesse processual dos representantes.

Quanto ao mérito, o Brasil solicitava ao Tribunal que reconhecesse todas as ações empreendidas no âmbito interno e julgasse improcedentes os pedidos, uma vez que estaria sendo construída – internamente – uma solução adequada e compatível com as suas particularidades, com vistas à consolidação definitiva da “reconciliação nacional”.

Voltando à arguição preliminar, o Brasil dava realce ao fato de que reconheceria a competência contenciosa da Corte Interamericana somente em 10 de dezembro do ano 1998 e, por conseguinte, a Corte IDH poderia apreciar e julgar tão somente os “fatos posteriores” a esse reconhecimento.

Portanto, com fulcro no princípio de irretroatividade, o Brasil afirmava que aquela Corte IDH não poderia exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação de suas normas, sempre que os fatos alegados ou as condutas do Brasil (capazes de implicar sua responsabilidade internacional), fossem anteriores a esse reconhecimento da competência.

3 Trecho da sentença proferida no caso Gomes Lund e Outros versus Brasil, pela CIDH, em 24 de novembro do ano de 2010.

Em resposta ao Brasil, a Corte IDH, primeiramente, partiu de um pressuposto também dogmático. Lembrou que sua jurisprudência iterativa estabelecia que os atos de subtração forçada de pessoas têm caráter contínuo ou permanente, perdurando sua consumação por todo o tempo em que se mantêm em desconformidade com a obrigação internacional.

O caráter contínuo ou permanente desses crimes implica que a sua execução tem início com a privação da liberdade da pessoa; diante da subsequente falta de informações sobre o destino dos desaparecidos, a consumação do ilícito protraí-se no tempo.

Ou seja, em casos de crime permanente, o prazo de prescrição só passa a contar quando da interrupção do delito, o que não acontece enquanto desconhecido o paradeiro da pessoa subtraída. Nessa espécie de crime, em caso de sucessão de leis no tempo, mesmo diante de norma penal mais gravosa, esta última é que será aplicada ao agente, já que prossegue na sua execução sob a égide do novel regramento. Aqui não há que se falar em princípio da irretroatividade da lei penal menos benéfica, pois não se trata de retroatividade, mas de aplicação da lei no momento em que entra em vigor, já que a consumação é “renovada” diariamente pelo agente infrator, enquanto não interrompido o *iter* delituoso.

Estabelecida essa premissa jurídico-dogmática, a Corte IDH reafirmou sua competência para examinar e se pronunciar sobre as violações em comento, ainda que fundamentadas em fatos que ocorreram antes, mas persistiram em continuidade delitiva a partir de 10 de dezembro de 1998.

Em adição, a Corte IDH partiu para uma abordagem de teor axiológico, ressaltando a ética da responsabilidade internacionalmente assumida pelo Brasil. Como se poderia supor, declarou que apesar dos louváveis esforços no implemento de medidas para a reparação e apuração da verdade, a Lei de Anistia brasileira continua a ser um grande obstáculo para a persecução penal das graves violações de direitos humanos que, na verdade, são crimes praticados contra toda a humanidade.

Diante disso, a Corte IDH determinou ao Brasil que, por meio da sua jurisdição de direito comum, punisse criminalmente os agentes responsáveis pelas mortes e desaparecimentos forçados das vítimas.

A íntegra da condenação do Brasil pela Corte IDH revelou-se uma espécie de “verdade inconveniente”. Não apenas em razão do rebato contundente aos fundamentos da defesa brasileira, mas o embaraço encontrou agravantes em decisão do Supremo Tribunal Federal – diametralmente oposta àquela exarada pela Corte IDH – e proferida apenas alguns meses antes daquela condenação internacional.

Cerca de sete meses antes de prolatada a sentença pela Corte IDH, mais precisamente aos 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal (STF) teve a oportunidade de julgar aspecto intimamente ligado ao caso “Araguaia” sub judice perante a Corte internacional. Naquela oportunidade, por sete votos a dois, declarou-se a improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.153, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, afirmando-se, ademais, a recepção e plena vigência da Lei de Anistia, em especial, do parágrafo 1º do seu artigo 1º:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

Dita decisão é irrecorrível, tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Dentre vários fundamentos insertos nesse julgado do STF, cumpre dar realce ao entendimento de que a Lei de Anistia implementara uma decisão política “do momento”, para viabilizar uma transição conciliada nos idos de 1979, uma vez que “foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos”.

Esse “acordo” realizado pela classe política teria sido responsável, peremptória e eficazmente, por uma transição pacífica para o regime democrático.

Em suma, da análise do julgado é possível afirmar que o Supremo sentiu-se moralmente obrigado a repudiar com especial veemência aqueles atos de exceção praticados no período. Ao mesmo tempo, a parte dispositiva esvaziou a reprimenda lançada em sua fundamentação, já que

se declarou a existência de óbice constitucional à procedência da ADPF 153. Julgar procedente o pedido, no entendimento do STF, significaria alterar textos normativos em clara afronta ao princípio da separação de poderes, de modo que estaria usurpando de função constitucional reservada ao Poder Legislativo.

Paradoxalmente, a improcedência da citada ADPF teve um desfecho jurisdicional muito claro. Não obstante ter atribuído ao Poder Legislativo a incumbência de revogar aquele diploma normativo, o STF, nesse mesmo julgado, pronunciou-se de forma cabal quanto à recepção da Lei n. 6.683/79 na nova ordem constitucional democrática, salientando que a Lei de Anistia já não pertenceria à ordem decaída, estando validamente integrada ao novo regramento fundamental instaurado em 1988.

Uma vez consolidado, esse “refrão” conformista acerca da legitimidade da Lei de Anistia perante a ordem constitucional de 1988, revelou-se um paliativo fatal com efeitos mais nocivos do que propriamente terapêuticos.

Desde a data de sanção da Lei n. 6.683/79, algumas vozes ousaram questionar a abrangência e o alcance hermenêutico da expressão “crimes conexos de qualquer natureza”. Ou seja, todos os agentes do Estado que praticaram prisões ilegais, torturas, assassinatos e ocultação de restos mortais estariam anistiados, desde que assim tenham agido “em razão de crimes políticos ou por motivação política”?

Apesar de algumas manifestações dissonantes o que prevaleceu, desde então, foi a tese de que os agentes do Estado que, em nome do interesse público e utilizando-se da máquina político-administrativa, praticaram toda a sorte de excessos em detrimento dos direitos humanos, também estariam albergados pelo perdão “amplo, geral e irrestrito”.

E esse entendimento, como dito, foi reiterado pelo STF quando do julgamento da ADPF n. 153, já no final do ano de 2010.

Como conseqüência da recepção da Lei de Anistia na ordem constitucional vigente, até esta data o Brasil não investigou, processou ou sancionou penalmente os responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar.

Ciente da decisão na ADPF n. 153, a Corte IDH afirmou que a interpretação conferida por nossa mais alta Corte à Lei da Anistia brasileira seria incompatível com o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Ainda, pontuou sua perplexidade quanto à irresponsabilidade penal dos autores de violações de direitos humanos, já que o Supremo julgou improcedente a pretensão de declarar que a anistia, concedida pela citada Lei aos crimes políticos ou conexos, não

se estenderia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar.

Em consequência, a Corte IDH determinou na sentença condenatória, inclusive, a revisão do referido julgamento do STF sobre a Lei da Anistia na ADPF n. 153, já que favoreceu uma situação de total impunidade, agora qualificada pela força vinculante e pela eficácia *erga omnes*.

Como se não bastasse, foi dado realce para a estranheza causada pela posição brasileira no cenário internacional, que se encontra hodiernamente isolada entre os países com semelhante herança política na América Latina.

As leis anistiadoras sempre constituíram a ferramenta usual dos regimes de exceção em todo o mundo, como artefato jurídico-político impeditivo de investigação, e conseqüência punição dos responsáveis por violações aos direitos humanos. Por essa razão, há muito tempo os Órgãos das Nações Unidas e outros organismos de proteção dos direitos humanos já se pronunciaram sobre a incompatibilidade desse tipo de lei anistiadora com as obrigações internacionais assumidas pelos Estados.

A título de exemplo, cite-se que a CIDH teve oportunidade de declarar a incompatibilidade das leis anistiadoras do Peru, Chile, Argentina, Uruguai, Haiti e El Salvador, com a Convenção Americana, dada a gravidade das violações aos direitos humanos, não superáveis pela simples edição de uma norma legal de auto-perdão.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos concluiu que as anistias e outras medidas análogas somente contribuem para a impunidade, tornando letra morta as diversas fontes de Direito Internacional.

Em importante trecho do julgado, a Corte IDH alertou o Brasil quanto ao que denominou falso dilema entre paz ou reconciliação, por um lado, e justiça, por outro:

[a]s anistias que eximem de sanção penal os responsáveis por crimes atrozes, na esperança de garantir a paz, costumam fracassar na consecução de seu objetivo, e, em vez disso, incentivaram seus beneficiários a cometer novos crimes⁴

Logo, a fim de dar cumprimento aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, a supressão das leis de anistia seria medida impostergável.

4 Trecho da sentença proferida no caso Gomes Lund e Outros versus Brasil, pela CIDH, em 24 de novembro do ano de 2010.

Aquela Corte IDH ainda estimou oportuno recordar ao Brasil que a obrigação de cumprir de boa-fé os acordos firmados (e, ademais, voluntariamente contraídos) corresponde a um princípio basilar do Direito Internacional: *pacta sunt servanda*.

Não redundaria assinalar que o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, dispõe que os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir as obrigações internacionais assumidas.

Enfim, as numerosas medidas de reparação adotadas pelo Brasil, tais como a Lei n. 9.140/95, o Relatório “Direito à Memória e à Verdade” e a criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, em que pesem importantes, não se afiguram suficientes a um adequado desfecho, digno do Brasil que hoje aflora. Caso a responsabilização penal e a reprimenda internacional permaneçam como aspectos peremptoriamente alijados da discussão, a consciência pública do brasileiro será mais uma vez esmagada, com a condescendência daqueles que talvez assim ajam por hábito; um mau hábito, talvez inconscientemente forjado nas próprias sendas da repressão prolongada.

3 HERANÇA CULTURAL, EXIGÊNCIAS HISTÓRICAS E ESCOLHAS POLÍTICAS

A soma dos acontecimentos, concretamente observados no Brasil de 1964 a 1984, pode fornecer uma resposta empírica ao problema da (i) legitimidade da Lei de Anistia brasileira.

Não se pode olvidar, contudo, que, paradoxalmente, quanto mais se conhecem as circunstâncias em que praticados determinados atos, mais difícil se torna responsabilizar aqueles que assim agiram.

Explica-se.

Agora observados, asceticamente e à distância, os fatos ocorridos naquele período tendem a parecer cada vez menos “censuráveis”, como se estivessem inseridos em um contexto adequado àquele momento específico, quiçá como produto de um processo histórico inexorável, sem o qual agora estaríamos mergulhados em trevas inimagináveis, inescrutáveis ao “ingênuo” e jovem brasileiro de hoje.

Porém, se partirmos desse pressuposto fatalista, de que o País estará sempre sujeito a oscilações institucionais definidas pelas intempéries de um “processo histórico inexorável”, ficaria prejudicada a visão prospectiva do Brasil que se almeja para o futuro: um país estável, com instituições igualmente estáveis e sempre inspirado pelos princípios do Estado de Direito Democrático.

Destarte, independentemente das circunstâncias sazonais, a promoção e proteção dos direitos humanos é condição fundamental para a consolidação da Democracia. O casuísmo discrepa do ideal democrático.

Seguindo essa linha de raciocínio, a interpretação da Lei de Anistia dissonante daquela exarada pela Corte IDH, ao tentar colocar um “ponto final” na celeuma acerca do alcance da expressão “ampla, geral e irrestrita”, acaba por cristalizar o entendimento de que as exigências históricas do momento (semelhantes a uma entidade abstrata e quase mítica) justificam suficientemente todas as mazelas do passado.

Porém, as abstrações obscurantistas sobre o propalado “mal maior” que foi evitado, não se sustentam, tanto diante dessa visão prospectiva do Brasil que se deseja, quanto diante da soma dos acontecimentos reais do período de 1964 a 1984.

Tudo é, pois, uma questão de escolha do Brasil que se almeja no cenário do mundo atual: cabem concessões aos princípios estabelecidos pelo constituinte originário em nome de um falacioso conceito de “reconciliação nacional”?

Não se pode olvidar que o Brasil possui suas peculiaridades culturais, que acabam definindo uma cosmovisão institucional igualmente peculiar.

Lembre-mos, *a priori*, de que a natureza tipicamente “cordial” do brasileiro, não pode ser obliterada nesse aspecto. Temos uma tendência comportamental histórica que, sobretudo num mundo globalizado, não se coaduna à solução da renitente crise de paradigmas: à falta de uma ordenação impessoal, surge o indesejado predomínio de vontades particulares e também de supremacia

dos laços de sangue e de coração [...] mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas.⁵

Porém, a despeito de sua herança mais afeta ao “homem cordial”, o Brasil tem buscado o incessante incremento jurídico para a estabilidade de suas instituições democráticas, com autonomia, independência e impessoalidade. Essa conquista histórica não pode ser olvidada.

Logo, não combina com o atual discurso do Brasil o enfrentamento da recente reprimenda, contida na decisão da Corte IDH, “*com a*

5 HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 146.

*cumplicidade e indolência displicente das instituições e costumes*⁶, sobretudo diante de suas notórias pretensões de liderança no cenário internacional.

Para Sérgio Buarque de Holanda⁷, a cordialidade seria a própria raiz personalista das relações sociais, não se tratando de bondade ou de boas maneiras, mas de expressões legítimas de um fundo emotivo extremamente rico, sendo nossa sociedade, como que uma ampliação da esfera doméstica.

Essa dificuldade de rompimento com os laços sanguíneos nas relações sociais teria criado na sociedade brasileira, desde então, empecilhos para a institucionalização do País. A figura do “homem cordial”, derivada de uma análise weberiana da história brasileira, não é um tipo psicológico, mas um tipo ético, pelo qual o indivíduo guia inconscientemente suas ações, mesmo no terreno político.

Ilustrando essa nossa herança cultural, interessante notar que, quando publicada a sentença da Corte IDH, o sítio oficial do jornal O Estado de S. Paulo, na rede *internet*, apresentava a seguinte repercussão, em análise jurídica sobre o caso:

Os juízes da CIDH alegam que a Lei da Anistia foi concebida pela ditadura militar. Mas eles se esquecem de que, do ponto de vista jurídico, a Lei foi recebida pela Constituição de 88. Na redemocratização brasileira, em outras palavras, a Assembleia Constituinte não a alterou, reconhecendo assim sua validade formal. Além disso, quando ONGs questionaram a constitucionalidade da Lei da Anistia, pedindo sua revisão para poder punir funcionários públicos envolvidos com a repressão no regime militar e invocando o Pacto de San José, o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão tomada há oito meses, reiterou o que havia sido decidido pela Constituinte, há 22 anos, e deixou claro que o País é soberano em matéria de iniciativa legislativa, que as decisões da CIDH não vinculam a Justiça brasileira e que a Lei da Anistia resultou de um pacto para consolidar a democracia. [...] Foi por isso que os ministros do STF reagiram com indignação à condenação aplicada ao Brasil pela CIDH. ‘Essa é uma decisão que pode surtir efeito no campo moral, mas não implica a revogação da Lei da Anistia e a cassação da decisão do Supremo’, diz o ministro Marco Aurélio de Mello. ‘A decisão da CIDH não terá efeitos diretos em relação a pessoas processadas por crimes anistiados’, afirma o presidente da Corte, Cezar Peluso. Por mais barulho que movimentos

6 HOLANDA, op. cit., p. 33.

7 Idem. p. 142.

sociais e ONGs possam fazer no plano político, afirmando que o Brasil precisa respeitar o que foi determinado pela CIDH, a Lei da Anistia continuará em vigor, sendo respeitada e aplicada pela Justiça.⁸

Conforme assinalado no texto jornalístico, acima transcrito, pode-se perceber o registro de típicas expressões de fundo emotivo. Houve palavras, primeiro, de indignação, surpresa; depois, de certo desprendimento entre as esferas da análise nacional e da análise internacional, máxime mediante a garantia de separação entre o plano jurídico e o plano moral; e, por fim, de apaziguamento, aquietando-se os ânimos dos possíveis destinatários da sentença internacional, com a segura afirmação de que a Lei de Anistia continuará em vigor, sendo respeitada e aplicada pela Justiça brasileira.

De maneira sutil, nota-se a chancela da fórmula à qual estamos tão habituados: de que somos um País peculiar e incompreendido por aqueles que não comungam de nossas raízes histórico-culturais.

Importa observar que essa repercussão interna, acerca da condenação pela Corte IDH, discrepa em muito do discurso da diplomacia brasileira. Marco Antônio Diniz Brandão, Ministro da Carreira de Diplomata e Diretor-Geral do Departamento de Direitos Humanos e Temas Sociais (DHS) do Ministério das Relações Exteriores em meados do ano de 1997, e Ana Cândida Perez, Conselheira da Carreira de Diplomata, e Assessora do Diretor-Geral do DHS já tiveram a oportunidade de dissertar no texto intitulado “A Política Externa de Direitos Humanos”, que:

A diplomacia brasileira pauta-se na Constituição ao erigir como uma de suas prioridades a proteção internacional dos direitos humanos, e ao atuar nesse campo em permanente diálogo com a sociedade e com os organismos internacionais e organizações não-governamentais. [...] Nos foros internacionais de direitos humanos nossa diplomacia é reconhecida pela capacidade de promover consensos e fazer a ponte entre posições divergentes, notadamente nas dicotomias Norte-Sul. [...] Para o Brasil, a democracia e os direitos humanos são um binômio inseparável. Nessa concepção, os direitos humanos, vistos de uma perspectiva integrada e abrangente (direitos civis, econômicos, políticos, sociais, e culturais, direito ao desenvolvimento) são componente essencial da governabilidade, no plano interno e externo, e da manutenção da paz.

8 Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,a-condenacao-do-brasil,655168,0.htm>>.

Pedindo licença para utilizar as palavras poéticas da canção “Fado Tropical”,⁹ pode-se afirmar que a dicotomia no Brasil entre discursos e ações no plano de Direitos Humanos constitui distância quase esquizofrênica entre *intenção* (liderança no plano internacional) e *gesto* (menoscabo de parte da decisão proferida pela CIDH).

Se o Brasil, no plano da política internacional, possui agenda de liderança, não poderá eximir-se do enfrentamento dos “temas globais” mediante a coordenação de esforços internacionais conjuntos. Mesmo no contexto plural de um mundo globalizado, há temas supranacionais cujo tratamento deve ser uniforme, consentâneo aos acordos firmados, sobretudo de modo a não se desvencilhar do seu compromisso ético com a consolidação da democracia, tal como definido pelo constituinte originário.

4 A ILEGITIMIDADE DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA

A forte herança positivista nos seduz a um certo alijamento da análise da legitimidade do direito posto, como se tal conteúdo estivesse circunscrito aos lindes filosóficos e sociológicos. Porém, não se pode reduzir a legitimidade à legalidade, assim como não se pode afastar da legalidade a legitimidade enquanto qualidade ética do direito positivado.

Até que ponto a racionalidade jurídica formal tem servido ao compromisso ético do Brasil com o constante fortalecimento do ideal democrático num cenário sabidamente globalizado? E mais: quando o discurso jurídico além de obedecer à legalidade, atinge o nível da legitimidade?

O formalismo jurídico moderno impõe que, a par de sua própria *ratio* interna – sem dúvida uma conquista inegável do direito para a segurança jurídica – não se desvencilhe do fato de que a racionalidade do direito não é feita exclusivamente de elementos jurídicos neutros, mas, ao contrário, é permeada por valores morais e políticos, que também integram a estrutura do direito moderno.

Tanto é assim que o direito atual não está circunscrito a um procedimento formalista neutro, fechado e exauriente. O próprio direito constitucional demonstra a positivação de princípios morais, que assentam uma clara opção do constituinte originário pelo compromisso com a democracia.

Do ponto de vida filosófico, a legitimidade repousa no plano das crenças, das convicções ideológicas, das valorações subjetivas, dos critérios axiológicos variáveis segundo as pessoas, tomando os contornos

9 Fado Tropical de Chico Buarque e Ruy Guerra “[...] Meu coração tem um sereno jeito/E as minhas mãos o golpe duro e presto./De tal maneira que, depois de feito,/Desencontrado, eu mesmo me contesto./Se trago as mãos distantes do meu peito/É que há distância entre intenção e gesto [...]”

de uma máxima de caráter absoluto, de princípio inabalável, fundado em noção puramente metafísica que se venha a eleger por base do poder.¹⁰

A legalidade, por sua vez, na lição oportuna de Paulo Bonavides¹¹, suporia o livre e desembaraçado mecanismo das instituições e dos atos de autoridade, movendo-se em consonância com os preceitos jurídicos vigentes. Desse modo, o poder legal representaria o poder em harmonia com os princípios jurídicos, que serviriam de esteio à ordem estatal. Nesse sentido, a legalidade estaria situada no domínio exclusivamente formal, técnico e jurídico.

Se a legitimidade de uma norma legal revela um certo “consenso livre e democraticamente manifestado”, qual a legitimidade da Lei de Anistia, em especial do alcance exegético concedido internamente ao §1º do seu artigo 1º, e qual a legitimidade das normas internacionais que, aplicadas ao caso concreto, impuseram juízo condenatório ao Brasil?

O constituinte originário brasileiro, no âmbito das garantias e direitos fundamentais, declarou expressamente, em seu artigo 5º, parágrafo 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isso indica uma decisão inequívoca no sentido de outorgar aos direitos fundamentais uma normatividade independente de uma concretização pelo legislador infraconstitucional.

Ora, as obrigações jurídicas assumidas pelo Estado brasileiro no campo dos direitos humanos preveem a absoluta proibição da tortura, o direito à verdade e o direito à justiça, todos consagrados nos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil, tais como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Até aqui, pode-se concluir que as Constituições nacionais não de ser interpretadas ou, se necessário, até emendadas para manter harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Cumprasse asseverar que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas adotou em 26 de novembro de 1968, a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Na mesma esteira, em 1974, o Conselho da Europa elaborou a Convenção Europeia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade e dos Crimes de Guerra. Por outro lado, 42 anos após a sua adoção no âmbito internacional, o Brasil permanece

10 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1996.

11 *Idem*, p. 111-114.

sem a devida ratificação da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, não obstante tê-la assinado.

Muito embora a forma legal da Lei de Anistia não suscite maiores dissensões, ocorre que não é possível obliterar a dissonância da interpretação dada ao § 1º do artigo 1º da Lei de Anistia em cotejo com os valores democráticos albergados na Constituição pátria. Logo, a tese da plena recepção, tal como firmada pelo STF, destoa de todo esse conteúdo axiológico.

Há certo consenso de que muitos dos agentes do Estado brasileiro, durante o período militar, não se utilizaram do poder que lhes cumpria exercer de modo legal, sequer diante das normas vigentes à época. Basta notar que, além do Código Penal, a Lei nº 4.898 de 1965, previa o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometessem abusos.

Como se isso não bastasse, no caso da “Guerrilha do Araguaia”, a responsabilidade estatal pelo desaparecimento forçado das vítimas nunca se encontrou controvertida. Contra os fatos já revelados, a defesa que normalmente se faz é a de que o Brasil vivia um estado de guerra e o direito posto não se aplicaria à excepcionalidade dos fatos. Aliás, os que ainda sustentam essa versão carregada de emotividade patriótica persistem em ocultar arquivos, provas e outras informações históricas de público interesse e que, talvez corroborassem tal versão...

Outra defesa consiste na equiparação entre as ofensas contra os direitos humanos quando praticadas, à época, pelo Estado - por seus agentes - e aquelas cometidas pelos cidadãos criminosos, rebeldes e infratores. Ora, por mais articulado que fosse um movimento revolucionário com vistas a infringir normas vigentes, ou mesmo derrubar o poder estabelecido (articulação talvez rudimentar se comparada hoje em dia a crimes de outra natureza, como tráfico de entorpecentes, lavagem de dinheiro, sonegação, desvio de dinheiro público, corrupção...), as conquistas sociais do mundo civilizado não podem ser simplesmente descartadas pelo poder repressivo estatal. Não há crime que chancelo ao Estado o poder de agir como se também criminoso fosse.

Permitir que, quer fatos concretos, quer abstrações, sirvam de supedâneo para que o Estado legitime ações de sequestrar, matar e torturar com a consciência tranquila do dever cumprido, não se coadunam aos mais mezinhos princípios duramente conquistados pela civilização democrática.

Por fim, outra defesa “sui generis” é a de que hoje se encontra no poder um espírito nitidamente revanchista, que busca incriminar fatos pretéritos de forma ilegal, em julgamento de exceção, a exemplo do que ocorreu em Nuremberg:

O Tribunal de Nuremberg há de ficar como uma nódoa da civilização contemporânea: fez tabula rasa do *nullum crimen nulla poena sine lege* (com um improvisado Plano de Julgamento, de efeito retroativo, incriminou fatos pretéritos e impôs aos seus autores o “enforcamento” e penas puramente arbitrárias); desatendeu ao princípio da “territorialidade da lei penal”; estabeleceu a responsabilidade penal de indivíduos participantes de tais ou quais associações, ainda que alheios aos fatos a elas imputados; funcionou em nome dos vencedores, que haviam cometido os mesmíssimos fatos atribuídos aos réus; suas sentenças eram inapeláveis, ainda quando decretavam a pena de morte.¹²

Essa afiada análise do Tribunal de Nuremberg evidencia que não há razão para que se firmem paralelos, já que em nada se assemelham. No caso brasileiro, a ordem jurídica estava previamente estabelecida em plena observância ao *nullum crimen nulla poena sine lege*. Ocorre que, diante das normas internacionais às quais aderiu o País há muito, os delitos contra a humanidade são permanentes e não abarcados pelas leis nacionais de anistia, conforme já analisado.

Enfim, como sem justiça não há paz, o Brasil não pode cobrar tamanho estoicismo das vítimas e dos familiares das vítimas de crimes cometidos pelo Estado no período de 1964 a 1984. A indiferença nacional diante da condenação imposta pela Corte IDH não significa a culminância de um processo histórico superado; pelo contrário, indica mera e temporária prostração a um resultado aparentemente triunfante.

Consequentemente, para responder sobre a legitimidade a Lei de Anistia, diante dos efeitos da condenação imposta ao Brasil pela CIDH, considera-se que, no atual Estado Democrático de Direito, o Brasil não pode estribar-se em um método puramente dogmático, que limita o positivismo a um mero obstáculo à evolução e à superação do direito. O problema prático da escolha entre os valores em conflito passa, necessariamente, também pela lição sempre oportuna de Carlos Maximiliano¹³, de que incumbe à Hermenêutica e buscar os meios de

12 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 1, t. 1. p. 31

13 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, p. 26.

aplicar à infinita variedade dos casos da vida real e à multiplicidade das relações humanas, a regra abstrata objetiva e rígida.

Ou seja, interpretar não se limita a simplesmente buscar a vontade do legislador; a interpretação possui, antes, viés sociológico indissolúvelmente atado à estrutura jurídica, devendo ser descoberta a *mens legis* adequada aos princípios definidos pelo constituinte originário.

Uma visão limitadamente dogmática do direito não nos traz soluções adequadas ao dilema atualmente vivido pelo Estado brasileiro em matéria de direitos humanos. Se para a dogmática, o direito se resume ao teor da lei, não cabendo ao julgador questionar as condições do caso concreto, pode-se afirmar que tal método não traduz legitimidade ao discurso jurídico.

Se é fácil constatar a impossibilidade de um texto legal apresentar solução para todos os casos levados ao Poder Judiciário, deve o operador jurídico interpretar o direito sempre de modo a proteger os interesses atualmente albergados pelo ordenamento, e não aqueles conceitos previamente determinados e incongruentes com os princípios estruturantes dessa nova sociedade.

Considere-se, pois, qual das decisões está mais consentânea ao Brasil dos nossos discursos: uma decisão que faz do passado um limitador de todas as conquistas legislativas do presente, ou aquela que corrobora a moderna agenda nacional de constante comprometimento com os princípios democráticos?

A resposta não nos parece difícil, em que pese ser dura. Na busca da efetiva realização da justiça, a solução parece indicar para aquela que tem feição prospectiva, adequada à realidade subsumida ao Direito.

5 CONCLUSÕES

Sempre calcado na Constituição Federal, cumpre ao operador jurídico, ao contrário de evitar questões mal resolvidas, contribuir para a consolidação de uma nova cultura, de uma nova mentalidade social, mais apta a resguardar o progresso democrático já alcançado por diversos segmentos da sociedade brasileira.

A efetividade deve orientar o aplicador da norma constitucional, de modo que a exegese não diminua o valor de nossas conquistas e de nossas intenções para o futuro.

Por isso mesmo, a Professora Katie Arguelo¹⁴ propõe o retorno a Weber como uma necessidade atual uma vez que, a par de visões reducionistas

14 ARGUELLO, Katie Silene Cárceres. *O Ícaro da Modernidade: Direito e Política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997. p. 20 a 25.

sobre sua teoria, esse pensador revela-se um grande crítico da modernidade ocidental, antecipando muitas das questões atualmente enfrentadas, com um afiado diagnóstico da modernidade. A partir do clima ideológico vivido por Weber na Alemanha, este pensador teve a capacidade de se posicionar com equilíbrio entre o realismo político e o sentido da responsabilidade civil. Sua preocupação com a conduta prática diante do enfrentamento entre o conflito de valores traz luzes à reflexão proposta.

É inegável que Max Weber delimitou com precisão o conceito positivista do direito, segundo o qual, direito é tudo aquilo que o legislador assim estabelece, mediante um processo juridicamente institucionalizado. A força legitimadora do direito não derivaria, pois, de um parentesco com a moral, mas sim de uma racionalidade que possui fórmulas próprias.

Porém, a teoria de Max Weber deve ser corretamente retomada na sociedade atual, pois a larga positivação ascética e flutuante, nem sempre é suficiente para que a legalidade extraia sua legitimidade como consectário lógico.

Obviamente, a legitimidade de uma norma advém de um razão ínsita à própria estrutura jurídica – formal e procedimental, sim – não dependente da moral, sim; mas, certamente, imbuída de teor moral.

Na leitura weberiana de Arguelo¹⁵, o valor seria, portanto,

O resultado da atividade dos homens que, como seres culturais, encontram-se obrigados a cumprir escolhas. [...] É fundamental, do ponto de vista da ação política, resgatar a dimensão política do jurídico, a partir da qual se torna possível afirmar um compromisso ético para com a causa da democracia e da dignidade humana.

Se, como apregoava Weber, a existência de um aparelho de coerção é determinante para a definição sociológica do Direito, qual deveria ser a força da sentença condenatória proferida pela Corte IDH?

Deve-se reconhecer que ainda há muito por se fazer para a conquista da coercitividade do amplo arcabouço das normas internacionais. Porém, também se deve reconhecer que o plano do direito constitucional interno e o plano do direito internacional ao qual aderiu o País não são estanques. Ao contrário, conectam-se e interpenetram-se cada vez mais o que, por si só, concede maior eficácia jurídica prática ao direito internacional.

Já disse Descartes que:

15 ARGUELLO, op. cit., p. 41e 200 a 201.

Torna-se útil o arrependimento quando o indivíduo, ao qualificar uma ação como má e, tendo disso conhecimento certo, tentará agir melhor em outras oportunidades.¹⁶

Nesse sentido, o Brasil ainda precisa experimentar o “arrependimento institucional” em sua plenitude, o que ousou definir como a consciência do erro praticado por aqueles que, em qualquer época, respondem ou responderam pelas ações de Estado, com a consecutória adoção de medidas que minimizem eventuais danos e impeçam ulteriores desvios dos paradigmas definidos pelo constituinte originário.

Esse enfrentamento está na ordem do dia.

Se nos reportarmos ao longínquo ano de 1764, já será possível identificar registros contundentes, contrários às práticas odiosas comumente manejadas por agentes do Estado.

Beccaria, em sua famosa obra intitulada “Dos Delitos e das Penas” insurgia-se contra a prática de torturas, banimentos, acusações secretas, penas infamantes, enfim, de quaisquer medidas coercitivas que, a propósito de punir o infrator, causavam efeitos mais danosos que o próprio delito em si:

Em verdade, abusos tão ridículos não deveriam ser tolerados no século XVIII. [...] Coisa espantosa para quem não refletiu sobre a tirania do uso! São homens endurecidos nos morticínios e familiarizados com o sangue que dão aos legisladores de um povo em paz o exemplo de julgar os homens com mais humanidade!¹⁷

Hoje, no ano de 2013, pede-se vênica para formular idêntica assertiva: em verdade, abusos tão ridículos não deveriam ser tolerados no século XXI. E leis produzidas “com sangue” nas mãos, não deveriam impor uma pauta do que seja humanidade e justiça em detrimento daqueles que buscam a pacificação dos conflitos sociais pela via democrática.

Se o constituinte originário brasileiro, no âmbito das garantias e direitos fundamentais, declarou expressamente que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, não se pode olvidar que isso indica uma decisão inequívoca no sentido de outorgar aos direitos fundamentais uma

16 TEIXEIRA, Lívio. *Ensaio sobre a Moral de Descartes*. São Paulo: Brasiliense, 1990.

17 BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores (www.jahr.org)

normatividade independente de uma concretização pelo legislador infraconstitucional.

Permanece atual a expressiva e célebre frase de Herbert Krüger, de que hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas sim, em leis na medida dos direitos fundamentais.”¹⁸

Por tudo o que foi dito e exposto, espera-se que o debate seja reacendido e vivificado já que não se pode enterrar definitivamente aquilo que não está sequer de longe superado.

Sobretudo, espera-se que os operadores jurídicos de hoje, sempre amparados pela ordem constitucional vigente, não se submetam de modo “cordial” a visões ilegítimas ou a opiniões dos que não podem servir de padrão de conduta, em geral com ânimos intimamente familiarizados ou coniventes a todo o abuso praticado e que, portanto, em nome da “paz” impõem uma pauta que não se coaduna ao Brasil do futuro.

Em suma, a dogmática jurídica não pode transformar-se em instrumento de legitimação de interesses que não mais pertencem à ordem jurídica vigente. Ao contrário, o Direito não deve legitimar exceções parciais ao compromisso ético, internacionalmente firmado pelo Brasil, em prol da garantia e defesa dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ARGUELLO, Katie Silene Cárceres. *O Ícaro da Modernidade: Direito e Política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <(www.jahr.org)>.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2001.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 1, t. 1.

KEHL, Maria Rita. Tortura e Sintoma Social. In: *O que resta da ditadura*. TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.) São Paulo: Boitempo, 2010.

18 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 311

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

TEIXEIRA, Lívio. *Ensaio sobre a Moral de Descartes*. São Paulo: Brasiliense, 1990.

JUDICIALIZAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO:
REPERCUSSÕES DA INGERÊNCIA DO
JUDICIÁRIO NAS CONTAS PÚBLICAS E NO
PLANEJAMENTO DA GESTÃO ESTATAL EM
DECISÕES REFERENTES À SAÚDE

*JUDICIALIZATION OF PUBLIC BUDGETS: EFFECTS OF THE
INTERFERENCE OF THE JUDICIARY IN PUBLIC ACCOUNTS
AND ON THE PLANNING OF STATE MANAGEMENT IN
DECISIONS RELATED TO HEALTH*

*Rínio Geraldo Alessandro de Miranda Luz
Advogado da União*

*Coordenador de Gestão Estratégica da Procuradoria da União/Minas Gerais
Pós-graduado em Direito Público. Bacharel em Direito pela UFMG.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Ingerência judicial no ciclo de orçamentação; 2 Assistência farmacêutica: ponderação de valores e finitude orçamentária; 3 Indiferença do Judiciário perante o orçamento; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: As crescentes demandas judiciais objetivando o reconhecimento da garantia constitucional do direito à assistência farmacêutica provocam decisões do Judiciário compelindo a União ao fornecimento imediato de medicamentos e medidas terapêuticas. Essa interferência, que vem provocando desequilíbrio e impactantes consequências nas contas públicas dimensionadas na peça orçamentária, se mostra questionável sob os aspectos dos custos dos direitos, da reserva do financiamento possível, da ingerência de um poder sobre deliberações aprovadas democraticamente pelos demais e da ausência de discricionariedade dos juízes para se pronunciarem sobre o planejamento da gestão pública. Conclui-se que esses éditos judiciais, sob o pretexto de aplicação da microjustiça, acarretam desfalque financeiro em outras áreas de atuação estatal, vulneram o princípio da universalidade de atendimento do Sistema Único de Saúde ao atender em sua maioria demandas orquestradas por setores específicos e comprometem os serviços e ações públicas definidos no ciclo de orçamentação face a finitude dos recursos financeiros de que dispõe o Estado. Trazem ainda em seu bojo efeitos outros não menos nefastos, como a imposição ao administrador público de realizar a compra dos fármacos em mercados altamente monopolizados, negando-lhe a capacidade de administração dos preços de compra em maior escala e sem ser premido pela urgência da medida judicial e a alteração de toda a estrutura burocrática do Executivo.

PALAVRAS-CHAVE: Orçamento Público. Ingerência do Poder Judiciário. Decisões Judiciais. Fornecimento de Medicamentos. Desequilíbrio Orçamentário. Prejuízos ao Erário.

ABSTRACT: Growing lawsuits targeting the recognition of constitutional guarantee of the right to cause pharmaceutical care court decisions compelling the Union to the immediate supply of medicines and therapeutic measures. This interference, which is causing imbalance and impactful consequences on public accounts in part sized budget, shows up under the questionable aspects of the costs of rights, the reserve's financially possible, the interference of a power over resolutions passed democratically by others and the absence of discretion of judges to advise on the planning of public management. We conclude that these judicial edicts, under the pretext of applying micro justice, lead financial embezzlement in other areas of state action, violate the principle of universality of service of the Health System to meet demands mostly orchestrated by specific sectors and undertake services and public actions defined in the budgeting cycle face the finitude of the financial

resources available to the State. Also bring in its wake other no less adverse effects, such as the imposition of public administrator to make the purchase of drugs in highly monopolized, denying him the ability to administer the purchase price on a larger scale and without being pressed by the urgency of the measure judicial and changing all the bureaucratic structure of the Executive.

KEYWORDS: Public Budget. Interference with the Judiciary. Judgements. Drug Supply. Budget Imbalance. Losses to the Treasury.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos União e Estados-membros, em regra, e em menor escala Municípios¹, vem se defrontando com a crescente prolação de decisões, proferidas em sede de juízo de delibação ou em cognição exauriente, veiculadoras de comando determinando o fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo ou excepcionais² a pessoas que se dizem não atendidas pela cobertura de saúde insculpida no art. 196 da Constituição Federal³.

Na esteira da denominada “judicialização do direito à saúde”⁴ ou, como preferimos, judicialização do orçamento público destinado às políticas públicas de saúde, referidos éditos judiciais, fundamentando-se na

1 A orientação pretoriana vem se consolidando no sentido de que o fornecimento gratuito de medicamentos e demais serviços de saúde constitui responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios (Cf. Apelação Cível nº 70046325668/TJRS). Contudo, tem o Judiciário optado por condenar rotineiramente a União, e em poucos casos os Estados-membros, a arcar com os custos relativos à assistência farmacêutica, sendo que em determinadas situações, por critérios mais pragmáticos que jurídicos, vem os Estados-membros sendo obrigados a comprar e fornecer os medicamentos, cabendo à União, em última instância, o repasse dos custos dispendidos (Cf. ApReeNec nº 2006.3300012009-8/TRF-1).

2 A Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde define medicamento excepcional como sendo aquele utilizado no tratamento de doenças crônicas, consideradas de caráter individual e que, a despeito de atingirem um número reduzido de pessoas, requerem tratamento longo ou até mesmo permanente. Por serem em sua maioria disponibilizados por restrito número de laboratórios, tornam-se excessivamente onerosos, daí também sendo denominados medicamentos de alto custo.

3 Tamanho quantitativo de ações intentadas perante o Poder Judiciário, com reflexos no orçamento da saúde, que culminou com a realização pelo Supremo Tribunal Federal da Audiência Pública nº 4, convocada pelo Ministro Gilmar Mendes. Na oportunidade (27 a 29/04 e 4 a 7/05, 2009), foram ouvidos cinquenta especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde.

4 Para Luís Roberto Barroso, citado por Alves (2010, p. 147), o termo judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

obrigação constitucional do Estado de prestar serviço de saúde de forma universal e no princípio da dignidade da pessoa humana, buscam legitimar a intervenção do Judiciário no orçamento público discutido e aprovado pelos poderes eleitos majoritariamente com supedâneo no voto popular.

Essa interferência, que será discutida adiante, vem provocando desequilíbrio e impactantes consequências nas contas públicas dimensionadas na peça orçamentária, mostrando-se questionável sob múltiplos aspectos:

- a) custos dos direitos;
- b) finitude orçamentária;
- c) reserva do financeiramente possível;
- d) ingerência do Judiciário sobre opções políticas traçadas pelo Legislativo e Executivo (separação de poderes e discricionariedade);
- e) desconhecimento técnico dos juízes para procederem ao remanejamento de verbas orçamentárias; e
- f) ausência de discricionariedade atribuída pelo constituinte ao Poder Judiciário para se imiscuir no planejamento da gestão pública.

Conforme será analisado, esse intervencionismo judicializador originado dos tribunais vem acarretando (i) sérias distorções no sistema de orçamentação, com reiterados desfalques financeiros em outras áreas de atuação primordial do Estado e consequente realocação de receitas e despesas, e (ii) obrigando o gestor público, dado o inerente caráter coercitivo que se revestem os comandos judiciais, a redimensionar o orçamento traçado, assim como alterar toda a rotina burocrática para a aquisição dos insumos farmacêuticos determinados em ordens judiciais cada vez mais intransigentes.⁵

Almeja-se, assim, analisar como as decisões judiciais que compelem a União a custear o fornecimento de fármacos e a disponibilizar tratamentos de altíssimo custo repercutem na esfera orçamentária do ente federal, tanto na questão do valor dispendido às expensas de outras

5 Conforme se verifica nos autos dos processos nº 23699-81.2012.4.01.3800, 1387-78.2012.4.01.3811, 4163-51.2012.4.01.3811 e 57816-98.2012.4.01.3800.

políticas públicas como na gestão cada vez mais irrealizável da execução orçamentária, na medida em que obriga o administrador público a realizar verdadeiros contorcionismos contábeis, financeiros e operacionais.

1 INGERÊNCIA JUDICIAL NO CICLO DE ORÇAMENTAÇÃO

Historicamente o orçamento público originou-se da necessidade premente de desvincular as finanças estatais daquelas de propriedade do monarca; em período posterior traduziu-se como o instrumento legal de que se valeu o Estado⁶ para estimar receitas e realizar despesas em dado exercício financeiro;⁷ em fase intermediária passou a agregar a função de confrontar previsão de receitas e realização de despesas, estampando caráter maior de publicidade e controle do agir da Administração Pública; por derradeiro, incorporou o planejamento na tomada de decisões na gestão estatal.

Modernamente, no Brasil, o orçamento estatal caracteriza-se como o instrumento técnico-jurídico-legal que contém o demonstrativo dos recursos financeiros arrecadados pelo Estado e sua destinação de acordo com as políticas públicas⁸ traçadas pela gestão governamental⁹, aprovado após rigoroso processo legislativo traçado na própria Constituição¹⁰.

O orçamento público brasileiro caracteriza-se, assim, como o instrumento realizador da opção política adotada pelo governo. Nesse diapasão:

A decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A

6 Aqui e doravante a expressão se presta a ser utilizada na sua acepção ampla (Estado Brasileiro) e não àquela referente aos estados-membros da federação.

7 Assevera-se que “classicamente, o orçamento é uma peça que contém a previsão das receitas e a autorização das despesas, sem preocupação com planos governamentais e com interesses efetivos da população” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999).

8 Nesse sentido, Oliveira (2006, p. 251) pontua que as políticas públicas referem-se a “providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados”.

9 O orçamento público se caracteriza como “instrumento que a administração dispõe para equacionar as realizações do futuro em termos realísticos, num programa operacional, como um curso de ação, servindo de ligação entre os sistemas de planejamento e de finanças.” (MACHADO JR, J. Teixeira; REIS, Heraldo Costa. *A lei 4320 comentada*. Rio de Janeiro: IBAM, 1997. p. 13)

10 “A lei orçamentária é, depois da Constituição, a mais importante para o país [...]”, nos dizeres do Ministro Ayres Britto (ADI-MC 4048-1/DF, j. 14.5.2008. p. 38).

decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de gastos.¹¹

No mesmo sentido, complementando, assinala Ricardo Lobo Torres que:

o relacionamento entre políticas públicas e orçamento é dialético: o orçamento prevê e autoriza as despesas para a implementação das políticas públicas; mas estas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras e por valores e princípios como o do equilíbrio orçamentário.¹²

Importante delinear que a peça orçamentária, que ostentará o plano de ação e a implementação das políticas públicas em vários setores da sociedade, se reveste de especial relevância para inúmeros grupos de interesse e de poder interessados, não só preocupados com a forma de arrecadação das receitas que irão alimentar os cofres públicos, como sobretudo pela destinação destes recursos e seus beneficiários. Natural, portanto, que da complexa interação dessas múltiplas forças políticas, econômicas e sociais que compõem o cenário nacional resulte um pacto (consenso político), fruto de concessões mútuas e intenso debate democrático travado na seara política. Afinal:

A vontade política se materializa nas leis orçamentárias. A destinação dos recursos públicos para desenvolvimento das tarefas estatais que proporcionarão o desfrute dos direitos fundamentais sociais é a instrumentalização da ação do Estado e o modo pelo qual são colocadas para os indivíduos as prioridades eleitas para um período determinado.¹³

No Brasil, a Constituição Federal atribui ao Poder Executivo a consolidação da proposta orçamentária, assim como competência exclusiva para propor o projeto de lei respectivo (CF, art. 84, XXIII); ao Legislativo caberá, em momento subsequente, propor emendas na forma regimental, devendo o projeto ser encaminhado à aprovação em sessão

11 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006. p. 243.

12 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v. 5. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 110.

13 SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direitos Fundamentais Sociais e Execução Orçamentária: reflexões sobre a teoria da reserva do possível numa perspectiva constitucional*. Artigo não publicado.

conjunta do Congresso Nacional (CF, art. 166), com posterior submissão à sanção presidencial.

Nota-se, pois, que em momento algum, exceto em fase anterior à proposição do projeto de lei orçamentária,¹⁴ participa o Poder Judiciário, como ator político, das discussões e emendas ao projeto de lei que culminará no consenso orçamentário, até porque destituído de discricionariedade¹⁵ e legitimidade para deliberar acerca de decisões políticas fundamentais¹⁶. Nesse aspecto, é justificada a ausência de participação do Judiciário na tomada de decisões de governo, no que andou bem o constituinte originário, pois pautando-se como poder imprescindível à defesa das instituições democráticas e da ordem jurídica, poderia ter questionadas sua imparcialidade ou mesmo credibilidade institucional quando se visse envolvido nas inúmeras negociações e concessões políticas a que se veem submetidos os demais poderes em prol da governabilidade.

Dessa maneira, qualquer intervenção da magistratura nos critérios acertados politicamente durante o processo legislativo orçamentário, que não seja aquela atinente a sua condição de fiscalizador da higidez jurídico-constitucional (controle jurisdicional), soará no mínimo como ingerência nas competências atribuídas pela própria Carta da República ao Executivo e Legislativo, rompendo, não resta dúvida, com o equilíbrio e harmonia que deve prevalecer entre os poderes estatais (princípio da separação de poderes). Não de outro modo:

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONSTRUÇÃO DE CENTRO DE ENSINO FUNDAMENTAL RESERVA DE RECURSOS

14 Frise-se que ao Poder Judiciário, na sua conformação constitucional, se reconhece a competência para sindicair e corrigir irregularidades formais detectadas no curso da execução orçamentária. Ainda aqui, contudo, estará agindo como órgão judicante e não como poder político no sentido da tomada de decisões fundamentais.

15 Para quem, como MELLO (2001, p. 385), se caracteriza como a “margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”.

16 Ensina-nos Humberto Lauar Sampaio Meirelles que Karl Loewenstein “propôs uma nova dinâmica das funções do Estado chamando de decisões políticas fundamentais ou conformadoras as escolhas realizadas pelos representantes da administração pública, que deliberam e discutem assuntos relevantes em diversos aspectos da gestão pública. Uma vez que a lei é o instrumento de efetivação das decisões políticas fundamentais, temos que estas seriam próprias dos Poderes Executivo e Legislativo, ou seja, não seria possível ao Poder Judiciário participar das decisões políticas fundamentais se seus representantes não são dotados de legitimidade pela soberania popular”. (In *O poder judiciário no controle de normas orçamentárias*. Disponível em: <http://www.cgmadvogados.com.br/publicacoes_texto.php?id_pub=294> . Acesso em: 29 jan. 2013).

ORÇAMENTÁRIOS PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 1. A ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO É TAREFA QUE COMPETE AOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO, NÃO PODENDO O PODER JUDICIÁRIO DETERMINAR À ADMINISTRAÇÃO QUE RESERVE VERBA ORÇAMENTÁRIA PARA A RECONSTRUÇÃO DO CENTRO DE ENSINO FUNDAMENTAL, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.¹⁷

Na esteira do quanto afirmado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em ação na qual se buscava a realização em uma criança brasileira de cirurgia nos Estados Unidos para tratamento de distrofia muscular, assim decidiu:

Não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevailecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício mostra amplitude bastante para sujeitar-se ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu [...]¹⁸

Avançando um pouco mais, pode-se afirmar que a Constituição, em que pesem as competências do Executivo e do Legislativo no processo de orçamentação, tratou de limitar as ações desses atores políticos, impondo-lhes restrições na confecção da peça orçamentária. É dizer, pois, que os poderes que deliberam sobre o orçamento não possuem margem absoluta de discricionariedade na destinação dos recursos públicos alocáveis. Nesse sentido:

[...] ao lado de privilegiar o processo orçamentário como instrumento de governo e de vincular a realização de despesas à previsão orçamentária, o texto constitucional definiu uma série de

17 TJDF- Agravo de Instrumento nº 181074320118070000, publ. em 16.01.2012.

18 TJSP – Agravo de Instrumento nº 42.530.5/4, julg. em 11.11.1997.

critérios, limites e objetivos a serem levados em conta na elaboração do orçamento público.¹⁹

Discorrendo sobre os critérios definidos pelo constituinte, Mânica²⁰ enumera-os: princípios da legalidade tributária, anterioridade e capacidade contributiva; dever dos entes federados de aplicar determinada porcentagem na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212); aplicação de recursos em ações e serviços de saúde pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 198, § 2º); fundos destinados ao atendimento de determinados valores constitucionais (art. 60, § 1º, 71, 72, 79 e 80 do ADCT); pagamento de precatórios decorrentes de débitos judiciais (art. 100).

Como preleciona Scaff²¹, não existe inteira liberdade de conformação do legislador para incluir no sistema de planejamento orçamentário o que bem entender. Já aqui, vislumbra-se a pretensão do constituinte de vincular até mesmo o legislador orçamentário em determinadas matérias, dando-lhe, em contraponto, ampla discricionariedade para destinar no orçamento os demais recursos públicos. Ora, não seria desarrazoado afirmar que se existem limitações impostas pela Constituição aos próprios poderes encarregados de discutir e aprovar o orçamento (Executivo e Legislativo), vinculando-os a determinados *facere* ou *non facere*, com muito mais razão em relação ao Judiciário que foi explicitamente aliado do processo orçamentário.

Em outra quadra, nota-se que o ciclo construtivo do orçamento brasileiro reveste-se de complexidade técnica e estrita obediência às determinações contidas na Constituição, tanto sob o aspecto material como formal. Nesse contexto, o processo de elaboração, aprovação, execução, avaliação e controle do planejamento orçamentário compreende a edição de três leis ordinárias, todas a cargo do Poder Executivo, com posterior aprovação do Poder Legislativo: Plano Plurianual (PPA)²²,

19 MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186.

20 *Ibidem*, p. 169.

21 SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse público*. v. 7, n. 32, jul./ago 2005. p. 220.

22 Preconiza a Constituição que a lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (CF, art. 165, § 1º).

Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)²³ e Lei Orçamentária Anual (LOA)²⁴.

Essa complexidade, que não se resume exclusivamente às exigências de legitimidade política para participação do ciclo de orçamentação (competências delineadas na Constituição), nem tampouco a conhecimentos jurídico-legais, estende-se a aspectos técnicos relacionados com contabilidade, finanças, auditoria, gerenciamento e planejamento. Não sem razão a Constituição exige a manifestação da Comissão Mista de Orçamento (CF, art. 166, § 1º). Com isso se quer afirmar que a premissa, sustentada por alguns, de que juízes e tribunais, de formação notoriamente jurídica, tem capacidade para avaliar os desdobramentos resultantes de determinada intromissão ou alteração no orçamento público soa, no mínimo, temerária ou destoante da realidade fática.

Apropriada, nesses termos, a lição dispensada por Luciano Benetti Timm²⁵ quando enfatiza:

O Poder Judiciário, porque preso a um processo judicial (e de seus princípios, como a demanda, o contraditório, a ampla defesa), não pode fazer planejamento, que deve ser a base das políticas públicas, como já defendido, pois, esta permite visualizar objetivos, prever comportamentos e definir metas. Somente um planejamento sério, que envolva profissionais da área de administração, economia e contabilidade, poderá permitir eficiência no emprego de recursos públicos (ou seja, como já dito, atingindo um maior número de pessoas com o mesmo recurso proveniente da tributação).

Na perspectiva de microjustiça aplicada ao caso concreto, o magistrado ou a Corte, instrumentalizando conhecimentos jurídicos, dificilmente conseguirão aferir as repercussões em cadeia proporcionadas

23 Em linhas gerais, a Lei de Diretrizes Orçamentárias define metas e prioridades para a administração pública a partir do Plano Plurianual, assim como orientações para elaboração da Lei Orçamentária, devendo estabelecer as prioridades das metas fiscais, entre o resultado primário e nominal com vistas ao equilíbrio das contas públicas, e ainda relacionar os possíveis riscos fiscais. Tem ainda o objetivo de orientar a elaboração da lei orçamentária anual e dispor sobre alterações na legislação tributária local, além de definir a política da aplicação das agências financeiras oficiais de fomento, critérios e formas de limitação de empenho, direcionar formas de limites de gastos com pessoal, dívidas, uso da reserva de contingência, avaliação dos passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar tal equilíbrio.

24 A Lei Orçamentária Anual caracteriza-se como o instrumento autorizador da arrecadação das receitas e execução das despesas necessárias ao desenvolvimento das ações e serviços públicos, para cada exercício financeiro, incluindo os investimentos no sistema econômico.

25 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 55-68.

por uma decisão judicial na dinâmica orçamentária, tampouco o rearranjo necessário para equacionar receitas e despesas (equilíbrio orçamentário). Em verdade, sendo finitos os recursos públicos que compõem o orçamento estatal, invariavelmente a efetivação de específica despesa em virtude de édito judicial acarretará a anulação de outra anteriormente prevista na peça orçamentária, obrigando, não o magistrado, mas o gestor, a remanejá-la com vistas à estabilização das contas públicas.

Lado outro, não é desconhecido a ninguém que os recursos públicos não raras vezes são malversados, aplicados de forma pouco eficiente e mesmo desviados indevidamente. Contudo, essas anomalias podem e devem ser corrigidas pelo Poder Judiciário no exercício do controle jurisdicional, pronunciando o direito dentro daquele processo de dialeticidade (tese e antítese) que resultará no pronunciamento definitivo (síntese). Para isso, não há dúvidas, existem instrumentos e meios que o ordenamento jurídico disponibiliza aos interessados para provocar a jurisdição (lei da ação civil pública, lei do mandado de segurança, lei de improbidade administrativa, lei da ação popular, entre tantas outras). O que se questiona, e que a nosso sentir não se coaduna com a vontade emanada da Constituição, é querer o Judiciário se arvorar na condição de administrador público ou legislador, sobrepondo-se aos legítimos atores políticos eleitos majoritária e periodicamente, a ditar opções políticas que entende apropriadas e interferindo na mais importante lei depois da Carta Magna (parafraseando o ministro Carlos Ayres Brito).

2 ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA: PONDERAÇÃO DE VALORES E FINITUDE ORÇAMENTÁRIA

Não se sabe até que ponto notícias veiculadas pela mídia ou pelo próprio governo quanto ao crescimento econômico do Brasil tem exercido influência na concessão de medidas judiciais compelindo o fornecimento de medicação gratuita, mas fato é que o país, ainda situado na zona periférica da economia global, está longe de ser considerado potência econômica, possuindo visíveis e gravíssimas desigualdades sociais a serem equalizadas²⁶.

Não se pode olvidar que mesmo em países centrais como a Alemanha tem-se refutado pleitos que acarretem ônus demasiados ao

26 Para Timm (2008, p. 60) “o Brasil infelizmente não é um país rico. Se a distribuição de renda fosse perfeita (máxima e eficiente) nós chegaríamos a uma distribuição de renda igual à renda per capita do país que hoje é de cerca de R\$ 12.000,00 a R\$ 14.000,00 (cerca de R\$ 7.000,00) por ano, portanto, longe ainda de países ricos (que ficam na casa dos U\$ 20.000,00)”.

Estado e à coletividade, sob o argumento de que não é lícito ao indivíduo demandar prestações estatais que não sejam plausíveis.

Nesse particular, referentemente à denominada teoria da reserva do possível,²⁷ cabe assinalar que no Brasil esta tem sido frequentemente associada à alegação que se vale o Estado da insuficiência de recursos financeiros para fazer frente ao cumprimento de seus deveres prestacionais inscritos na Constituição Federal. Não passa indiferente o fato de que no direito comparado, notadamente no âmbito da comparação constitucional, não raras vezes institutos e conceitos são transplantados com desvios de correlação fidedigna, vezes em decorrência de traduções ou interpretações apressadas, ou porque extraídas de fonte secundária, ou ainda porque a situação fática ou o fundamento jurídico utilizados originariamente não correspondem ao que o pesquisador intentava inicialmente.²⁸ Contudo, talvez por descuidos ou equívocos de interpretação na transposição do instituto para terras nacionais, a acepção originária da teoria da reserva do possível relaciona-se muito mais com a razoabilidade ou plausibilidade das pretensões dos indivíduos perante o Estado, a determinar o que é possível ou não ser exigido da coletividade, do que propriamente com a noção de escassez de recursos econômicos para atender a estas pretensões.

Nesse contexto, antes mesmo de se indagar sobre a existência de recursos públicos para o atendimento de todas as exigências sanitárias dos brasileiros (escassez fática), é preciso inquirir se o fornecimento de medicamentos para alguns (individual) em detrimento aos demais (coletivo) se mostra razoável perante a realidade vivenciada por nosso país e a finitude dos aportes públicos. Na contundente lição de Juliano Heinen:

A primeira limitação que se impõe consiste na impossibilidade de definir a existência de um direito subjetivo de um membro da sociedade com uma visão do caso concreto desconexa do entorno

27 A expressão “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen) originou-se de pronunciamento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (Bundesverfassungsgericht), em julgamento proferido em 18 de julho de 1972, no leading case apelidado de numerus clausus I ou BVerfGE 33,303, tendo a Corte Constitucional decidido que algumas prestações estatais ficam sujeitas àquilo que a sociedade pode exigir de forma razoável, ou seja, há prestações que ficam restritas a uma reserva do possível.

28 Descreve Posner: “Os problemas com tal tipo de citação de decisões estrangeiras são quatro, além daquele óbvio de que, a menos que o significado de um tratado esteja em questão, a corte internacional não interpretou os mesmos textos constitucionais ou legais ou precedentes que limitaram e guiaram a análise pela corte Norte-americana.” (POSNER, Richard. *No thanks, we already have our own laws*. The court should never view a foreign legal decision as a precedent in any way. *Legal Affairs*, [s.l.], jul./ago. 2004. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>. Acesso em: 19 dez. 2012).

em que se insere. É imperioso enquadrar tal necessidade em uma perspectiva geral, a fim de que o interesse de todos não seja sacrificado em face de uma demanda individual. Enfim, sopesar o custo social de uma concessão individual, cujo atendimento frustraria a própria ideia de segurança jurídica compartilhada. É imperioso que se insira o ato de governo ou o ato judicial em uma perspectiva coletiva, que satisfaça o bem comum, não somente uma perspectiva individual.²⁹

É o questionamento, a ser dirigido ao Judiciário, se mostra imprescindível na medida em que, sendo parcos os recursos públicos (no sentido de finitude), se a ordem judicial determina a entrega do fármaco ao autor da ação, privilegiando a microjustiça, em contraponto estará retirando de outras tantas pessoas recursos para o atendimento de suas variadas necessidades (macrojustiça), desestruturando não só o sistema de saúde que se baseia nos princípios da universalidade, integralidade e equidade, como também outros de vital importância como educação, segurança pública e moradia.

É ir além: estará o magistrado, na sua decisão, contemplando que o fornecimento de certo medicamento de alto custo, restrito a determinada pessoa, equivale a tantos e quantos leitos que poderiam salvar muito mais vidas? Visitando a doutrina de Luís Roberto Barroso, encontramos a mesma angústia:

Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.³⁰

29 HEINEN, Juliano. *O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista*: uma opção trágica. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OP-CAO_TRAGICA.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2013.

30 BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva*: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf/view>. Acesso em: 29 jan. 2013.

Heinen vaticina que, devido à escassez de bens, um conflito entre valores terá que ser resolvido, tendendo os juristas a encontrarem respostas “no vazio da proporcionalidade, no vácuo da ponderação, na metafísica razoabilidade”³¹. Acrescentará ainda:

[...] a posição jurídica é por deveras ampliada se assim posta, uma vez que se trata não de uma ponderação, de uma proporcionalidade ou de uma razoabilidade, mas sim, em última análise, de uma simples opção. O jurista opta, sim, entre dois valores: ou protege a vida de um, em detrimento de se alocar recursos a muitos, ou se opta pela coletividade em detrimento do direito subjetivo de um só. Está posta a opção, sem floreios, nua³².

Concordamos com Dhenize Maria Franco Dias³³ que, com peculiar clareza, referindo-se a “escolhas trágicas”, pondera que essas opções na realização de tarefas públicas se materializam por meio da Lei Orçamentária Anual, que já engloba a teoria do possível.

Em outro quadrante, deve ser apontado que para assegurar o gozo dos direitos sociais insculpidos na Carta Política, necessita o Estado aumentar suas despesas, socorrendo-se invariavelmente das receitas que arrecada. Ocorre, contudo, que o direito à saúde, como qualquer outro direito prestacional (fácere) do ente estatal perante o indivíduo, possui custos, a ficarem na dependência de fatores econômicos e disponibilidade, intransponível faticamente pelo próprio Estado³⁴. Nas palavras de Holmes e Sunstein, citados por Paradela:

Para a verdade evidente que os direitos dependem do governo deve ser acrescentado como corolário lógico, com ricas implicações: direitos custam dinheiro. Os direitos não podem ser protegidos efetivamente sem financiamento e apoio público. Esta é a verdade dos direitos antigos como dos novos direitos... Tanto o direito ao bem-estar quanto o direito à propriedade privada tem custos públicos nada menos do que o direito aos cuidados de saúde, o direito à liberdade de

31 HEINEN, op. cit.

32 HEINEN, op. cit.

33 DIAS, Dhenize Maria Franco. A teoria do limite fático da reserva do possível como obstáculo à efetivação dos direitos sociais. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 10, p. 22.

34 Nesse sentido, Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (*The Cost of Rights*, 1999) apud NETTO, Sérgio de Oliveira. *O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=739>. Acesso em: 29 jan. 2013.

expressão, nada menos do que o direito à habitação digna. Todos os direitos clamam pelos cofres públicos.

Ou ainda:

[...] comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.³⁵

Novamente aqui se vê que o Judiciário, na esteira da sua conduta como agente judicializador da saúde, extrapola competências reservadas apenas ao Executivo e ao Legislativo na condução dos assuntos orçamentários. É afirmar, nas palavras de Heinen:

[...] quando o Poder Judiciário decide se os poucos recursos existentes deverão tratar milhares de vítimas de doenças comuns ou um pequeno número de doentes terminais, faz política pública. E, em sendo assim, faz uma opção. E optar é, no âmbito dos poucos recursos, subtrair de alguém para dar a outrem.³⁶

Está claro que não se está aqui advogando a tese da submissão da efetivação dos direitos fundamentais a fatores econômicos ou de mercado, até porque, longe de ser consenso não se amolda aos estreitos limites deste trabalho. Pretende-se, isso sim, deixar evidenciado que restrições de ordem econômico-financeira (limitação patrimonial) impossibilitam, por uma questão fática (e não jurídica ou ideológica) que determinados direitos ou serviços públicos sejam entregues ao indivíduo pelo Estado. Afinal, direitos geram custos:

É indagar, no campo hipotético, se o Estado estaria obrigado juridicamente a prestar assistência farmacêutica quando esgotados todos os seus recursos financeiros (exaustão orçamentária).³⁷

35 ADPF-45. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 185, p. 794-796.

36 HEINEN (op. cit.) cita a advertência feita por Raquel Urbano Melo de Carvalho de que o Estado, "(...) ao ser compelido, por decisão judicial a arcar com despesas que exorbitem seu âmbito regular de atuação em matéria de política pública, [...] tem de destinar parte dos recursos, já escassos, para atendimento específico das ações propostas, em detrimento de outros tantos cidadãos que necessitam de procedimentos e medidas cuja efetivação e/ou prestação também lhe compete".

37 O exemplo, levado ao extremo, não é de todo irrealizável, como se pode notar na situação de países em situação de ruína financeira, como o caso do Haiti e de países africanos.

John Maynard Keynes teorizava que o déficit orçamentário impõe limites à atuação do Estado³⁸. Cabe ainda derradeira lição de Heinen, sempre preciso e realista:

Não há mais saída senão voltar-se para uma leitura pragmática dos direitos fundamentais. Em 2006, verbas públicas destinadas à compra de cadeiras para salas-de-aula foram bloqueadas para custear o tratamento de apenas um paciente. Ontem, foram as cadeiras que não chegaram; amanhã poderão ser os vencimentos, os proventos, os salários...³⁹

Depreende-se do exposto que, preliminarmente à análise da razoabilidade ou plausibilidade da pretensão deduzida pelo indivíduo perante o Estado, deve-se sopesar se existem meios financeiros suficientes para a efetivação do direito invocado (escassez fática) ou, ainda, se existentes esses meios, se sua destinação para a salvaguarda de um (desigualdade perante os iguais) não acarretará prejuízos ou limitações aos direitos do restante da coletividade (igualdade perante os iguais).

3 INDIFERENÇA DO JUDICIÁRIO PERANTE O ORÇAMENTO

No Brasil, desde a promulgação da Carta Política de 1988, notadamente no que se refere às disposições encartadas nos artigos 6º e 196, que se reconhece a saúde como direito social⁴⁰ dispensado aos nacionais e estrangeiros⁴¹.

Sob os argumentos que o Estado Brasileiro comprometeu-se a dispensar aos seus nacionais o acesso universal às políticas de saúde (direito fundamental prestacional) e que a vida humana se encontra no

38 HEINEN, op. cit.

39 HEINEN, op. cit.

40 José Afonso da Silva ensina que os direitos sociais são "prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais". (SILVA, 2000, p. 289).

41 Ressalta-se que alguns estrangeiros são beneficiários do Sistema Único de Saúde (SUS). De acordo com artigo que analisa a fruição do direito à saúde na fronteira do MERCOSUL, a gratuidade do sistema brasileiro na região da Tríplice Fronteira, englobando o Brasil, a Argentina e o Uruguai, é a principal razão que motiva a demanda por não residentes no Brasil. Constata-se relevante número de estrangeiros, em algumas cidades no Brasil, em busca de atendimento fornecido pelo SUS. NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; PRÁ, Keli Regina del; FERMIANO, Sabrina. A diversidade ética e política na garantia e fruição do direito à saúde nos municípios brasileiros da linha da fronteira do MERCOSUL. *Caderno de Saúde Pública* v. 23, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2007001400012&script=sci_arttext&ting=>>. Acesso em: 27 dez. 2012.

epicentro da proteção garantista do constituinte originário, vem os juízes e tribunais pátrios sistematicamente compelindo os entes federativos a fornecerem medicamentos e tratamentos de alto custo àqueles pacientes acometidos de grave enfermidade e hipossuficientes para fazerem frente aos gastos financeiros para recuperação da sua saúde.

Nessa cruzada épica do Poder Judiciário almejando atender os reclamos dos que invocam a necessidade de recebimento de fármacos e tratamentos hospitalares de alto custo às expensas do Estado, desconsidera-se de forma arrogante a realidade sócio-econômica do país e a constatação de que os recursos orçamentários são escassos para atender a todas as demandas. Numa alusão ao reverendo Thomas Robert Malthus, enquanto que as necessidades se avolumam em progressão geométrica, os recursos públicos crescem em proporção aritmética.

Argumento salutar, e demasiadamente esquecido, que deve ser trazido à baila, é que os recursos para financiar esse sistema de saúde universal afiançado por decisões judiciais utópicas partem do Erário Público. Contudo, por mais elementar que seja a premissa, é preciso recordar que o Tesouro Nacional não possui recursos próprios permanentes, socorrendo-se invariavelmente do ingresso de receitas advindas da sociedade. É dizer: quem financia o sistema de saúde é o Estado, que por sua vez é financiado por todos os integrantes da sociedade. Mas, enfim, quem financia o contribuinte?

O Brasil, não se pode nunca esquecer, é um dos países com a maior carga tributária do planeta. O sistema, por si só desigual, se torna definitivamente perverso: muitos outros terão que trabalhar mais, verem seus patrimônios estagnados ou diminuídos, e recolher mais impostos com vistas à transferência de receitas para o Tesouro Nacional custear o tratamento de alguns poucos, sem que isso tenha se dado no amplo debate democrático ou na vontade das urnas – apenas, diga-se, nos gabinetes do Judiciário. A depender do montante gasto com essa assistência farmacêutica, a tributação no bolso dos contribuintes se elevará, convertendo-se em sangria. Para alguns, isso se denomina princípio da solidariedade; para outros, confisco!

Em casos concretos, o que se tem visto nas demandas em que a Procuradoria da União atua na Seção e Subseções Judiciárias Federais do Estado de Minas Gerais permite inferir que os princípios⁴² atinentes ao orçamento público, notadamente aqueles que se referem à escassez de recursos

42 No entendimento de Carrazza “princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.

e a não previsão de gastos, são cabalmente desprestigiados em detrimento do alagado direito à saúde albergado no art. 196 do Texto Constitucional.

O magistrado, preocupado com a situação clínica do autor e entendendo ser a saúde dever absoluto do Estado, a par de considerar que sua decisão certamente não causará repercussões maiores no gigantesco orçamento da União – afinal, o que é a despesa com certo tratamento farmacêutico em vista de gastos com propagandas, obras superfaturadas e corrupção⁴³ -, afasta para plano secundário eventuais ansiedades orçamentárias.

Porém, pretender o Judiciário que o Estado preste serviços de primeiro mundo aos seus cidadãos é, no mínimo utópico, perverso e antidemocrático: o Brasil e mesmo os países centrais (Alemanha, França, Estados Unidos, para citar alguns) não possuem recursos infinitos que possibilitem a satisfação de todas as necessidades da população; ao decidir pela proteção à saúde, estará o juiz drenando recursos orçamentários aplicados em outros setores também prioritários às ações de governo (educação, segurança pública, moradia et coetera); por derradeiro, se mostra antidemocrática e ilegítima a atuação na medida em que estará, ao fim e ao cabo, elegendo nova opção política, substituindo a vontade dos demais poderes por critérios próprios de discricionariedade, sem qualquer apoio majoritário. Fica consignada a lição de José Gomes Canotilho, citado por Barroso:

[...] os juízes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar juridicamente os órgãos políticos a cumprir determinado programa de ação⁴⁴.

Trilhando o caminho da indiferença, muitos magistrados, no afã de entregar a prestação jurisdicional ao paciente que necessita de medicamentos excepcionais ou de alto custo, voltam as costas para dificuldades cotidianas, determinando que a União cumpra a ordem judicial em prazos exíguos (15 dias, 5 dias... 48 horas), esquecendo-se que o Ministério da Saúde, dentro daquelas atribuições definidas no art. 198 da Constituição e no art. 9º da Lei nº 8.080/90, não possui estoques farmacêuticos ou dinheiro em espécie para a pronta aquisição do fármaco – na verdade, sequer estrutura logística

43 A certa altura, nos autos do processo nº 4994-02.2012.4.01.3811, o ilustre magistrado, fundamentando sua decisão de antecipação dos efeitos da tutela, expõe: “Também não posso deixar de considerar a conhecida ineficiência e desvios na aplicação de recursos públicos, razões pelas quais entendo que a solidariedade e a atenção à dignidade da pessoa humana devem orientar o Juiz no exame do caso individual submetido à Justiça, como este”.

44 BARROSO, op. cit., p. 24.

para aquisição, distribuição e recolhimento do fármaco na residência do autor, como exigem certas decisões judiciais⁴⁵.

Faz-se imprescindível assinalar que a ordem judicial por si só não permite ao administrador tangenciar os mecanismos de controle impostos pela lei, sendo que eventual descumprimento de prazos, condições e requisitos impostos legalmente (Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Finanças Públicas, Lei de Licitação) acarretará ao gestor público a necessária responsabilização perante o Tribunal de Contas da União e ao próprio Poder Judiciário.

A compra de um medicamento deve acompanhar a execução orçamentária e financeira. Assim:

Mesmo se tiver sido incluído previamente no orçamento, muitas vezes não existe o recurso financeiro, não podendo ocorrer a despesa ou a compra imediata do medicamento. Por outro lado, pode haver recurso financeiro, mas pode ser difícil gastá-lo, se não houver disponibilidade orçamentária.

Todo o processo orçamentário é obrigatório, previsto na Constituição Federal, que determina a necessidade do planejamento das ações de governo por meio da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA). Uma vez publicada a LOA, criam-se os créditos orçamentários dos Ministérios e, a partir daí, tem-se o início da execução orçamentária propriamente dita. Executar o orçamento é realizar exclusivamente as despesas públicas nele previstas seguindo à risca três estágios previstos na Lei n° 4.320/64: empenho, liquidação e pagamento. No caso de compra de um medicamento, pode ser feito o pré-empenho, após o recebimento do crédito orçamentário e antes do seu comprometimento para a realização da despesa. Há, ainda, uma fase de licitação obrigatória – dispensada quando há um único fornecedor do medicamento. Antes mesmo do término do processo licitatório ou da compra sem licitação há necessidade de garantir o crédito (por meio da carta de crédito, por exemplo), pois sem essa garantia o laboratório não entrega o medicamento.

Além da programação financeira, habilidade e conhecimento técnico, cada compra de um novo medicamento requer agilidade no planejamento da quantidade necessária, o que depende muitas vezes da programação de estado e municípios; e pesquisa dos preços praticados internacionalmente, para facilitar as negociações. E, em

45 Autos do processo n° 4088-46.2011.4.01.3811

alguns casos, o laboratório pode não ter capacidade de produção para a entrega imediata da demanda solicitada, fator que também resulta em atraso, assim como o processo de importação pode vir a ter dificuldades.

Em face do princípio da legalidade da despesa pública, ao administrador público é imposta a obrigação de observar as autorizações e limites constantes nas leis orçamentárias (art. 167, II, da CF/88), sob pena de incorrer no crime de responsabilidade previsto pelo art. 85, VI, da Constituição Federal.⁴⁶

Imperioso observar ainda que os advogados públicos, como representantes judiciais da pessoa federativa, não detem competência funcional para compelir os gestores públicos a cumprirem a ordem judicial no prazo assinalado, conforme já decidido pelo Conselho Nacional de Justiça⁴⁷.

Ademais, os éditos judiciais que determinam o fornecimento compulsório de medicamentos, dada a peremptoriedade dos prazos assinalados e à compra em pequena escala, trazem em seu bojo o efeito nefasto de imprimir à Administração Pública a perda da capacidade de administrar os preços de compra em um mercado altamente monopolizado, obrigando-a a se curvar à flutuação de preços imposta pelo mercado farmacêutico⁴⁸. Não por outra razão é assente que:

46 SCHEFFER, Mário (Coord.); SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *O Remédio Via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais*. Série Legislação, n. 3. Brasília, p. 48 et seq.

47 Ao menos no âmbito da Seção Judiciária Federal de Minas Gerais e suas adjacências, o Procurador-Chefe da União e seus Advogados, em que pese não terem competência funcional ou poder de gestão sobre a estrutura do Ministério da Saúde, tem sido não poucas vezes advertidos de que a não efetivação do comando inserto na determinação judicial de fornecimento do medicamento no prazo assinalado acarretará, além de multa pecuniária à União, medidas de privação de liberdade, multa pessoal, bloqueio de bens e representação junto à Corregedoria da AGU. Nesse sentido, os autos dos processos nº 23699-81.2012.4.01.3800, 1387-78.2012.4.01.3811, 4163-51.2012.4.01.3811, 57816-98.2012.4.01.3800 e 55019-52.2012.4.01.3800.

48 “Operando sem grande poder de administrar compras e dentro de um mercado monopolizado, o SUS não alcança economias de escala que seriam esperáveis sob outras circunstâncias. Em um sistema de aquisições centralizado é de se esperar que a compra de um maior volume de um medicamento esteja relacionada a um maior poder de barganha e a uma série de economias que, em conjunto, reduzem preços finais. Mesmo na impossibilidade de ganhos expressivos, a compra em maior quantidade assegura, ao menos, a capacidade de manter estável e em níveis mais baixos a relação entre quantidades e preços. A aquisição fragmentada não permite esses ganhos”. (DINIZ, 2012).

Monopólios de distribuição controlam preços, que tendem a ser mais altos do que os praticados em mercados concorrenciais. Nem sempre é possível evitar monopólios de distribuição, em particular no caso de medicamentos que muitas vezes são monopolizados em função da proteção de suas patentes ou, no caso específico das MPS, por serem medicamentos órfãos. Um comprador de grande porte, como o Estado, tem alguma flexibilidade para negociar preços com monopólios quando a aquisição de medicamentos é feita dentro de seu planejamento orçamentário. A judicialização, porém, determina a aquisição obrigatória e imediata de determinadas quantidades dos medicamentos, sem licitação. Isso afasta qualquer planejamento e negociação, que, no caso das compras públicas, são regidos por princípios fixos destinados a garantir que a administração pública faça bons negócios. A sujeição a monopólios de distribuição, portanto, tende a implicar custos totais mais altos para as políticas de saúde.⁴⁹

4 CONCLUSÃO

Medidas de urgência proferidas pelo Poder Judiciário com fins a compelir os Entes Públicos, mormente a União, ao fornecimento de medicamentos, sob o fundamento do reconhecimento do direito constitucional à assistência farmacêutica (CF, arts. 6º e 196), causam desequilíbrio e consequências gravosas nas contas públicas dimensionadas na peça orçamentária.

Sem olvidar da questionável ingerência dos juízes e tribunais pátrios na definição da política pública de saúde sob os aspectos dos

⁴⁹ DINIZ, op. cit. No mesmo artigo os autores deixam assentado que, no caso das mucopolissacarídeos (MPS), evidencia-se a sujeição do governo brasileiro ao monopólio na aquisição judicializada de medicamentos de alto custo. Prosseguem: “Cerca de 97% da despesa judicializada são feitas com um único distribuidor, a Uno Healthcare Inc., uma empresa especializada em uma carteira restrita de medicamentos de alto custo em fase ainda experimental, e que tem o Estado brasileiro como o seu maior comprador: mais de R\$ 213 milhões em medicamentos para MPS foram comprados desta empresa ao longo de cinco anos (2006-2010). O valor total das compras feitas pelo governo brasileiro junto a essa empresa é ainda maior do que os R\$ 213 milhões, pois além dos três medicamentos relacionados às MPS a Uno Healthcare Inc. vende uma série de outros medicamentos e materiais médicos de custo expressivo – alguns deles também objeto de judicialização, como microcatéteres e enzimas para o tratamento de outras doenças raras, como a doença de Gaucher. Os 3% restantes têm sua aquisição computada como tendo sido feita junto à Genzyme Corporation, uma subsidiária do grupo farmacêutico Sanofi-Aventis. No caso das MPS, pelo menos 97% das compras são feitas na empresa que monopoliza esse mercado no Brasil, pois distribui duas das três enzimas analisadas. A enzima cuja distribuição é compartilhada por duas empresas é aquela de menor relevância no custo total, a laronidase. Trata-se de um monopólio estrito desse mercado específico. Para o sistema de saúde brasileiro, uma consequência da determinação judicial de compra em um mercado monopolizado é a perda da capacidade plena de administrar os preços de aquisição.

custos dos direitos, da reserva do financeiramente possível, da separação dos poderes, da ausência de discricionariedade e do financiamento público pelos contribuintes, procurou-se demonstrar ainda o desfalque financeiro acarretado por decisões judiciais em outras áreas de atuação estatal, comprometendo serviços e ações públicas em face da finitude dos recursos financeiros e patrimoniais de que dispõe o Estado, assim como a ocorrência de efeitos outros não menos nefastos, como a imposição ao administrador público de rearranjar as contas públicas, realizar a compra dos fármacos em mercados altamente monopolizados e a limitação da capacidade da administração pública na imposição dos preços de aquisição de medicamentos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Raquel de Andrade Vieira. Legalidade Financeira e Ativismo Judicial: Judicialização das Políticas Públicas. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 28, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf/view>. Acesso em: 29 jan. 2013.

CARRAZZA, Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIAS, Dhenize Maria Franco. A teoria do limite fático da reserva do possível como obstáculo à efetivação dos direitos sociais. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 10, jun. 2011.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida Vanessa. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 3, mar. 2012.

HEINEN, Juliano. *O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2013.

POSNER, R. *No thanks, we already have our own laws*. The court should never view a foreign legal decision as a precedent in any way. *Legal Affairs*, [s.l.], jul./ago. 2004. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>. Acesso em: 19 dez. 2012.

MACHADO JR, J. Teixeira; REIS, Heraldo Costa. *A lei 4320 comentada*. Rio de Janeiro: IBAM, 1997.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007.

MEIRELLES, Humberto Louar Sampaio. *O poder judiciário no controle de normas orçamentárias*. Disponível em: <http://www.cgmadvogados.com.br/publicacoes_texto.php?id_pub=294>. Acesso em: 29 jan. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

NETTO, Sérgio de Oliveira. *O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=739>. Acesso em: 29 jan. 2013.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; PRÁ, Keli Regina del; FERMIANO, Sabrina. A diversidade ética e política na garantia e fruição do direito à saúde nos municípios brasileiros da linha da fronteira do MERCOSUL. *Caderno de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v. 23, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2007001400012&script=sci_arttext&ting=>>. Acesso em: 27 dez. 2012.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro*. 3. ed. São Paulo: RT.

PARADELA, Valesca Athayde de Souza. Judicialização da saúde. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1.

POSNER, Richard. *No thanks, we already have our own laws*. The court should never view a foreign legal decision as a precedent in any way. *Legal Affairs*,

[s.l.], jul./ago. 2004. Disponível em: http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp. Acesso em: 29 jan. 2013.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse público*. v. 7, n. 32, jul./ago. 2005.

SCHEFFER, Mário (Coord.); SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *O Remédio Via Justiça*: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais. Série Legislação, n. 3. Brasília, 2005.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direitos Fundamentais Sociais e Execução Orçamentária*: reflexões sobre a teoria da reserva do possível numa perspectiva constitucional. Artigo não publicado.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v. 5. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO E O DIREITO DE REGRESSO EM FACE DO AGENTE PÚBLICO

*GOVERNMENT TORT LIABILITY AND RIGHT OF RECOURSE
AGAINST PUBLIC SERVANTS*

*Shandor Portella Lourenço
Procurador Federal
Mestre em Direito pela FDMC*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A responsabilidade civil extracontratual do Estado; 1.1 A evolução das teorias sobre a responsabilidade extracontratual do Estado; 1.1.1 Irresponsabilidade do Estado; 1.1.2 Responsabilidade subjetiva da Administração. Teoria da culpa administrativa; 1.1.3 Responsabilidade objetiva do Estado. Teoria do risco administrativo; 1.1.4 Teoria do risco integral; 1.2 Omissão e responsabilidade civil do Estado; 1.3 Omissão do Estado e reserva do possível; 1.4 Responsabilidade civil por ato do Legislativo e do Judiciário; 1.5 Responsabilidade por atos terroristas; 2 Excludente de responsabilidade civil do Estado; 3 Sujeitos que compromete o Estado; 4 Dano Indenizável;

5 Do Direito de regresso; 5.1 Da natureza jurídica do direito de regresso: poder-dever da Administração; 5.2 Da ação de regresso e denúncia da lide; 5.3 Do momento do ressarcimento pelo agente público; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem como objeto a análise da responsabilidade civil extracontratual do Estado, sobretudo a ação de regresso contra o agente público decorrente do poder-dever de recompor o prejuízo sofrido. O escopo do estudo consiste em examinar, de modo crítico e sistematizado, os principais elementos caracterizadores do dever de indenizar, bem como consolidar os principais aspectos das construções teóricas e normativas que hoje compõem a responsabilidade objetiva do Estado, bem como do agente público. Para uma melhor contextualização do tema, partiu-se de uma análise histórico evolutiva das teorias que embasaram os diversos pensamentos sobre do dever ressarcitório do poder público em face do cidadão. Ultrapassadas essas questões, dedicou-se especial atenção ao estudo da ação regressiva, oportunidade em que foi traçado um perfil normativo e dogmático sobre os pontos mais polêmicos envolvendo o tema e em permanente discussão nos tribunais. Diante dessas considerações, o trabalho tem seu desfecho em criteriosa análise da legislação que regre a ação regressiva do Estado em face do agente público e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, oportunidade em que apresentamos as principais conclusões sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Objetiva do Estado. Ação Regressiva. Agente Público.

ABSTRACT: This work aims to analyze the liability objective responsibility of the State, especially the action of recourse against the public agent due to the power and duty to recover the loss suffered. The scope of the study is to examine critically and systematized the main elements that describes the duty to indemnify, and to consolidate the main aspects of theoretical and normative constructions that today compose the objective responsibility of the State as well as the public agent. For a better contextualization of the topic, we made a historical analysis of the evolutionary theories that supported the various thoughts on the duty of the government to reimburse the citizen. Overcome these issues, special attention was dedicated to the study of the action down, at which time a profile was drawn normative and dogmatic about the most controversial points related with this issue and continuing discussion in the courts. Given these considerations, the work has its outcome in careful

consideration of legislation that supports the action of the State in the face of the public official and his doctrinal and jurisprudential interpretation, at which present the main conclusions on the subject.

KEYWORDS: Objective Responsibility of the State. Public Agent. Action of Recourse.

INTRODUÇÃO

Em razão das diversas atividades desenvolvidas pelo poder público em prol da coletividade, a Administração, inevitavelmente, acarretará danos ao cidadão, mesmo que não seja essa sua intenção.

A complexidade da máquina pública e a gigantesca gama de obrigações atribuídas ao Estado coloca-o numa posição de grande exposição ao risco de ter de ressarcir eventuais prejuízos decorrentes dessas atividades.

Na evolução das diversas teorias que estudaram a responsabilidade civil extracontratual do Estado, vigora hoje, como regra, a responsabilidade objetiva da Administração, conforme a teoria do risco administrativo. Em outras palavras, na maior parte dos casos, entende-se que basta ao prejudicado comprovar uma ação ou omissão imputável ao Estado, o efetivo dano e o nexo de causalidade entre os dois primeiros elementos.

Tal concepção atende ao princípio da igualdade, vez que não seria justo imputar a um só cidadão os prejuízos de uma situação que é criada em prol de toda a sociedade. Assim, comprovados os elementos caracterizadores da responsabilidade do poder público, conforme dicção do art. 37, §6º da Constituição, caberá a mesma ressarcir o prejudicado e, apurado dolo ou culpa do agente estatal, mover a respectiva ação regressiva contra esse de modo a ver-se ressarcida dos prejuízos experimentados em razão da conduta errônea do mesmo.

A ação regressiva do Estado é um assunto ainda polêmico, sendo que, somente agora vem sendo dado seus efetivos contornos pela doutrina e pela jurisprudência.

Diversas são as indagações sobre o tema: a) o “direito” de regresso é uma faculdade ou um poder-dever da Administração? b) Como se dará a responsabilidade do agente público no plano formal? Caberá denúncia da lide contra o mesmo? c) Em que momento deve ser acionado o servidor e quando surgirá para o mesmo o dever de ressarcir os cofres públicos?

No intuito de responder essas e outras questões, iniciamos nosso trabalho com a abordagem da responsabilidade do Estado, seus pressupostos, elementos caracterizadores e análise dos casos mais específicos.

Diante dessas considerações, desenvolvemos o tema da ação regressiva da Administração contra seus agentes. Procuramos, assim, discutir e trazer a lume os principais posicionamentos da doutrina acerca da matéria. Deixamos propositalmente a jurisprudência num plano inferior, só a citando quando absolutamente imprescindível para o deslinde da questão posta. Com isso, procuramos discutir mais os argumentos que os julgados das Cortes Superiores, visto que a composição desses tribunais e, sobretudo, o entendimento dominante sobre determinado assunto tem variado conforme vai se modificando sua composição.

Ao final, trazemos as principais conclusões sobre os diversos temas debatidos, sempre fulcrados no marco teórico do Estado Democrático de Direito, sopesando os direitos fundamentais do cidadão e o interesse público em sua acepção mais contemporânea.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

O cotidiano das atividades estatais em busca do bem comum envolve uma gama enorme de condutas que, eventualmente, possam vir a causar danos ao cidadão. O poder-dever de atuar nos mais diversos campos da vida social, acaba por envolver o Estado num feixe inimaginável de relações jurídicas e, assim, torna-o responsável por uma série de situações danosas.

Desse modo, como mero reflexo dessa necessidade de prover o interesse coletivo, surge o inequívoco dever do poder público em responder pelos atos danosos decorrentes de seus atos comissivos e omissivos. Nesse sentido é a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹ acerca da responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 799.

Como qualquer sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva.

Ressalte-se, por oportuno, que embora esse conceito englobe os danos decorrentes de atos lícitos praticados pelo poder público, não estamos aqui a tratar daqueles casos em que a ordem jurídica já de antemão confere ao ente estatal o poder de atingir diretamente o direito do privado sob a condição indenizatória, tal como ocorre no caso das desapropriações.

Trataremos, pois, tão somente da atuação estatal cujo dano ao cidadão surge como mera seqüela de uma ação estatal cujo fim não seria, ao menos *a priori*, atingir direitos alheios.

O ponto chave da responsabilidade do Estado e para onde parece caminhar seu desejado equilíbrio é a teoria do risco social. Essa é, segundo consenso doutrinário, o embasamento teórico que dá suporte ao art. 37, §6º da Constituição de 1988:

Art. 37. [...]. § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Com efeito, a necessidade de socializar os riscos decorrentes da atividade estatal, evitando que um ou outro particular venha a sofrer prejuízos individualmente em prol da coletividade, parece convergir para os ideais republicanos.

Em adesão a esse pensamento José dos Santos Carvalho Filho² apresenta a fundamentação necessária a essa conclusão:

Foi com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica que os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público.

Esses fundamentos vieram à tona na medida em que tornou-se plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas que o administrado. É realmente o sujeito jurídica,

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p. 475.

política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos.

Diante disso, passou-se a considerar que por mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes havia de corresponder um risco maior. Surge, então, a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.

Além do risco decorrente das atividades estatais em geral, constitui também fundamento da responsabilidade objetiva do Estado o princípio da repartição dos encargos. O Estado, ao ser condenado a reparar os prejuízos do lesado, não seria o sujeito pagador direto; os valores integrantes da sociedade, a qual, em última análise, é a beneficiária dos poderes e das prerrogativas estatais.

Verifica-se, portanto, que os postulados que geraram a responsabilidade objetiva do Estado buscaram seus fundamentos na justiça social, atenuando as dificuldades e impedimentos que o indivíduo teria que suportar quando prejudicado por condutas de agentes estatais.

Note-se, contudo, que tal concepção foi precedida por diversas outras teorias, cujos fundamentos foram sendo paulatinamente superadas, conforme a seguir passaremos a expor.

1.1 A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

1.1.1 IRRESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Ao menos no plano mundial, a primeira manifestação acerca da responsabilidade civil do Estado vigorou durante um bom tempo o princípio da irresponsabilidade do Estado. Embora hoje o dever indenizatório em caráter universal seja um dos pilares do Direito Moderno, vigorou no período absolutista as conhecidas fórmulas “Le roi ne peut mal faire” e sua correspondente inglesa “The King can do no not

wrong”. Tais premissas sintetizavam o espírito do despótico e soberano que até então dominante.

Apoiado numa ideia equivocada de soberania, a teoria da irresponsabilidade civil da Administração, conforme explica Maria Sylvania Zanella Di Pietro³, jamais vigou no Brasil:

A teoria da irresponsabilidade do Estado não foi acolhida pelo direito brasileiro; mesmo não havendo normas legais expressas, os nossos tribunais e doutrinadores sempre repudiaram aquela orientação.

As Constituições de 1824 e 1891 não continham disposição que previsse a responsabilidade do Estado; elas previam apenas a responsabilidade do funcionário em decorrência de abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções.

Nesse período, contudo, havia leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, acolhida pela jurisprudência como sendo solidária com a dos funcionários; era o caso dos danos causados por estrada de ferro, por colocação de linhas telegráficas, pelos serviços de correio.

1.1.2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO – TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA

A lógica evolutiva da responsabilidade do Estado partiu, pois, de sua irrestrita irresponsabilidade, migrando, logo após, para a responsabilidade subjetiva (teoria da culpa administrativa) para só então alcançar o reconhecimento das teorias calcadas no Direito Público (responsabilidade objetiva).

Nessa escala evolutiva, o reconhecimento da responsabilidade subjetiva do Estado teve importante marco no direito francês, através do famoso aresto Blanco, cujo julgamento se deu em 1º de fevereiro de 1873. Sobre esse ponto, valemo-nos da lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁴:

O primeiro passo no sentido da elaboração das teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios do direito público foi dado pelo jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco,

3 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo : Atlas, 2007. p. 600.

4 *Ibidem*, p. 598.

ocorrido em 1873: a menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente do funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, por que se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.

É a partir dessa decisão que a teoria da culpa administrativa, primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva e culpa objetiva da Fazenda Pública, ganha força.

Hely Lopes Meirelles⁵ expõe a tese com clareza:

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do ressico administrativo que sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta do serviço/culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar culpa administrativa.

Esta teoria ainda pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a falta do serviço para obter a indenização.

A mesma crítica à referida teoria da culpa administrativa é corroborada por Odete Medauar⁶:

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 644.

6 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. op. cit., p. 429.

Numa outra fase, transferiu-se para a atuação administrativa o sentido de culpa, elaborando-se a idéia de que o Estado repararia o dano se fosse comprovado o mau funcionamento, o não funcionamento do serviço, a falha da administração (culpa publicista ou culpa anônima). Essa concepção acarretava para a vítima o encargo da prova do mau funcionamento ou da falha, muito difícil de realizar, sobretudo por demandar um padrão de funcionamento previamente estabelecido, que em geral não existe.

Note-se, contudo, a importante ressalva de que a teoria da culpa administrativa não é uma modalidade de responsabilidade objetiva, mas tão somente a expressão da responsabilidade subjetiva do Estado, conforme nos alerta Mello (2001, p. 809):

É mister acentuar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. [...]

É muito provável que a causa deste equívoco, isto é, da suposição de que a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva, deva-se a uma defeituosa tradução da palavra *faute*. Seu significado corrente em Francês é o de culpa. Todavia, no Brasil, como de resto em alguns outros países, foi inadequadamente traduzida como “falta” (ausência), o que trz ao espírito a idéia de algo objetivo.

1.1.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado, sob o embasamento da Teoria do risco administrativo, encontra-se sedimentada pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º.

Essa concepção teórica faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou demonstração de falta do serviço público.

A responsabilidade objetiva do risco administrativo exige a ocorrência dos seguintes requisitos: a) a ocorrência de dano indenizável;

b) ato omissivo ou comissivo advindo do poder público; c) nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e, por fim, d) inexistência de causa excludente de responsabilidade.

Os fundamentos da teoria do risco administrativo é assim justificado por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁷:

A nosso ver, a fundamentação da responsabilidade estatal reside na busca de uma repartição isonômica, equânime, do ônus proveniente de atos ou dos efeitos oriundos das atividades da Administração. Evita-se, com a repartição, entre todos os cidadãos, do ônus financeiro da indenização, que somente alguns suportem os prejuízos ocorridos por causa de uma atividade desempenhada pelo Estado no interesse de todos.

É a idéia fundamental: se todos seriam beneficiados pelos fins visados pela Administração, todos devem igualmente suportar os riscos decorrentes dessa atividade, ainda que essa atividade tenha sido praticada de forma irregular, porém em nome da Administração. É, em última análise, mais uma face do princípio basilar da igualdade.

Ainda sob esse enfoque observa-se que a responsabilidade objetiva reconhece a desigualdade jurídica existente entre o particular e o Estado, decorrente das prerrogativas de direito público a este inerentes, prerrogativas estas que, por visarem à tutela do interesse da coletividade, sempre assegurarão a prevalência jurídica destes interesses ante os do particular.

Seria, portanto, injusto que aqueles que sofrem danos patrimoniais ou morais decorrentes da atividade da Administração precisassem comprovar a existência de culpa da Administração ou de seus agentes para que vissem assegurado seu direito à reparação.

1.1.4 TEORIA DO RISCO INTEGRAL

A teoria do risco integral é assim definida por Diógenes Gasparini⁸:

Por teoria do risco integral entende-se a que obriga o Estado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento. Não se indaga, portanto, a respeito da culpa da vítima na

7 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 13. ed. Niterói: Ímpetus, 2007. p. 500.

8 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 978.

produção do evento danoso, nem se permite qualquer prova visando elidir essa responsabilidade. Basta para caracterizar a obrigação de indenizar, o simples envolvimento do Estado no evento. Assim, ter-se-ia de indenizar a família da vítima de alguém que, desejando suicidar-se, viesse a se atirar sob as rodas de um veículo, coletor de lixo, de propriedade da Administração Pública, ou se atirasse de um prédio sobre uma via pública. Nos dois exemplos, por essa teoria, o Estado, que foi simplesmente envolvido no evento por ser o proprietário do caminhão coletor de lixo e da via pública, teria de indenizar. Em ambos os casos os danos não foram causados por agentes do Estado. A vítima os procurou, e o Estado, mesmo assim, teria de indenizar.

A doutrina e a jurisprudência tem sido vacilante quanto à efetiva adoção da teoria do risco integral. Lucas Rocha Furtado⁹ tem defendido sua incidência:

A teoria do risco integral é mencionada apenas de forma excepcional pelo texto constitucional no art. 21, XXIII, “c”, quando se refere ao denominado dano nuclear.

Em situações igualmente excepcionais, e sem previsão constitucional – o que não deve ser entendido como equívoco dos tribunais –, a jurisprudência pátria tem adotado a teoria do risco integral. Veja-se o exemplo dos acidentes ferroviários envolvendo atropelamento de pessoas que transitam nas linhas férreas em que é aplicada a teoria do risco integral sem que a culpa da vítima seja utilizada para eximir ou atenuar a responsabilidade do poder público.

Defendendo posição diametralmente oposta, Diógenes Gasparini¹⁰ pondera: “*Essa teoria, por ser injusta (RT, 589:197, 738:394), não recebeu maiores cuidados da doutrina nem é adotada por qualquer país*”.

Sob esse ponto, ousamos discordar da posição adotada pelo preclaro doutrinador. Ora, se mesmo na legislação civil, há diversas hipóteses de responsabilidade civil lastreada no risco integral, por que não adotá-la em similitude de hipóteses em face do poder público? Cite-se, a título de exemplo, a responsabilidade ambiental (Lei 6.938/81 – art.

9 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 1012.

10 GASPARINI, op.cit., p. 979.

14), do transportador aéreo (Lei 7.565/86) e até mesmo em nosso Código Civil – coisa caída – art. 938 da Lei 10.406/2002.

Não seria, pois, razoável, em face de toda evolução ocorrida sobre o tema, admitir que o particular respondesse nas hipóteses supra mencionadas com base da teoria do risco integral e o poder público não, sobretudo em matéria afeta a danos nucleares.

1.2 OMISSÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Muito embora a teoria da responsabilidade subjetiva da Administração tenha sido, ao menos de um modo geral, superada pela teoria da responsabilidade objetiva, na modalidade da teoria do risco administrativo, em relação aos danos gerados por condutas omissivas do Estado, tem-se discutido acerca da sua efetiva aplicação, tomando-se, para tanto, como norte decisório a existência ou não sobre a efetiva existência de um especial dever de agir em relação ao dano sofrido pelo particular. Lucas Rocha Furtado¹¹ nos dá um exemplo bastante ilustrativo acerca da controvérsia:

Para melhor entendermos a questão, tomemos por como exemplo a situação comum em centros urbanos: a queda de árvores em veículos estacionados com vias públicas.

O poder público é chamado a ressarcir esse tipo de dano, porque lhe compete conservar as vias públicas, adotando as medidas necessárias à segurança e à preservação da integridade das pessoas e dos bens que por elas trafegam. Na hipótese de árvores ou galhos que danificam veículos, o Estado é chamado a ressarcir o prejuízo, independentemente de culpa, em razão do nexo de causalidade decorrente da sua omissão, que deve providenciar a poda das árvores, e o dano dela decorrente. Se, todavia, o poder público é demandado e demonstra que adotou as providências que lhe cabia, ou seja, que realizou a poda com a observância de todos os parâmetros técnicos e ambientais exigidos, e que, em razão de forte vendaval – de intensidade poucas vezes vista naquela região – houve dano, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado. No caso, se o Estado logra demonstrar que não houve omissão, ele é isento de responsabilidade civil do Estado. No caso, se o Estado logra demonstrar que não houve omissão, ele é isento de responsabilidade

¹¹ FURTADO, op. cit., p. 1030.

porque descaracteriza o nexó de causalidade, e não por que houve ou deixou de haver culpa.

Em conclusão, a discussão sobre a responsabilidade civil do Estado na omissão, especificamente acerca do seu enquadramento na teoria objetiva ou na teoria subjetiva, vem de muito tempo, e não há sinais de que venha a ser adotada uma teoria em detrimento da outra. É certo, todavia, que na jurisprudência é mais fácil identificar a menção à teoria subjetiva quando se trata de omissão do Estado.

Sob esse aspecto, não podemos nos furtar de transcrever a argumentação dispendida pelo Celso Antônio Bandeira de Mello¹², mesmo porque nela, ele ressalta que caberá à Administração desconstituir a presunção do seu dever de agir:

Ademais, solução diversa conduziria a absurdos. É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que o “serviço não funcionou”. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de uma assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evita-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando acúmulo de água. Nestas situações, sim terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuricidade, que advém do dolo, ou da culpa tipificada na negligência na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública.

Finalmente, quadra advertir que a responsabilidade por comportamentos omissivos não se transmuda em responsabilidade objetiva nos casos de “culpa presumida”.

Com efeito, em inúmeras situações de “falta de serviço” é de admitir-se uma presunção de culpa contra o Poder Público, sem o quê o

12 MELO, op. cit., p. 821.

administrado ficaria em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido ante a dificuldade impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria. O administrado não pode conhecer toda a intimidade do aparelho estatal, seus recursos, suas ordens internas de serviço, os meios financeiros e técnicos de que dispõe ou necessita dispor para estar ajustado às possibilidades econômico-administrativas do Estado. Ora, quem quer os fins não pode negar os necessários meios. Se a ordem jurídica quer a responsabilidade pública nos casos de mau funcionamento do serviço, não pode negar as vias de direito que permitiriam coloca-la em jogo. Razoável, portanto, que nestas hipóteses ocorra a inversão do ônus da prova.

Sem embargo do peso argumentativo das questões postas, temos que, no que tange aos danos ocorridos por suposta omissão da Administração, a melhor solução será sempre verificar, no caso em concreto, a existência de um efetivo dever de agir do Estado de modo a embasar a necessária existência do nexo de causalidade alegada entre o dano sofrido e a omissão do poder público. Desnecessário, pois, perquirir sobre questões processuais de inversão do ônus da prova. Todo Juiz, pautado pelas regras de experiência, é capaz de inferir, pautado pelo princípio da razoabilidade se determinada conduta era ou não exigível da Administração.

1.3 OMISSÃO DO ESTADO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Outra importante questão sobre o tema, é a tese da “reserva do possível” como fator excludente da responsabilização do Estado, sobretudo quanto às prestações positivas devidas pela Administração. O tema, diretamente relacionado aos estudos da “Análise Econômica do Direito”, ganhou especial relevo nos tribunais brasileiros.

A solução até agora acenada pelos Tribunais Superiores é no sentido de que a tese de limitações orçamentárias não podem, como regra, ser utilizadas como fundamento para eximir o Estado do dever de cumprir seus deveres constitucionais básicos, especialmente no que diz respeito àqueles relacionados à realização dos direitos fundamentais.

Tal posicionamento deve, contudo, ser adotado com parcimônia, conforme entendimento sufragado por Lucas Rocha Furtado¹³:

13 FURTADO, op. cit., p. 1032.

A regra não é fixada, todavia, de forma absoluta. Em seu voto, o relator ressalva que “comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”.

Em resumo, é possível afirmar que se for demonstrado que a impossibilidade de agir do Estado é real, que se deve à efetiva inexistência de recursos orçamentários, deve ser afastada a responsabilidade do poder público pela não prestação de serviços ou pela não realização de obras públicas. Ou seja, a teoria da reserva do possível não é totalmente afastada do nosso ordenamento e não deve ser, portanto, desconsiderada por completo nas situações em que a impossibilidade de agir do Estado se deva à absoluta incapacidade de atuação por força de limitações orçamentárias ou financeiras.

Por óbvio, não poderá ser invocado a “reserva do possível” em casos como o assassinato de um detento em razão da superlotação da penitenciária, óbito de pacientes do SUS por falta de medicamentos ou tratamentos médicos minimamente aceitáveis ou mesmo acidentes e calamidades públicas pré-anunciadas em razão da falta de investimento em políticas de saneamento e infraestrutura básicas.

1.4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO DO LEGISLATIVO E DO JUDICIÁRIO

É recorrente o debate acerca da responsabilização dos agentes políticos, membros do Poder Legislativo e magistrados. Não obstante, a dicotomia entre servidores públicos “comuns” e agentes políticos deite suas razões em critérios históricos e pouco convincentes sob a ótica democrática, é de se reconhecer que a responsabilização dos atos legislativos e judiciais devem ser sopesados em face de critérios ontológicos e não formais.

Quanto à primeira hipótese, vale dizer, a responsabilidade por ato legislativo cumpre ponderarmos que a lei, ao menos em seu aspecto material, possui a caráter abstrato, razão pela qual seu potencial ofensivo à esfera dos direitos dos cidadãos é diminuta, ao contrários dos atos administrativos que, dada a sua concreção, invariavelmente atingirão em alguma medida o interesse privado.

Sobre o tema, Edimur Ferreira Faria¹⁴ discorre:

14 FARIA, Edimur Ferreira. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 651.

A função precípua do Poder Legislativo é a de editar o Direito consubstanciado em normas gerais e abstratas, materializadas na lei. Ora, sendo de natureza geral, a lei, em princípio, destina-se à comunidade como um todo e não ao indivíduo. Por esse motivo, seria impossível identificar-se dano individual provocado por lei geral.

A lei, mesmo que aparentemente prejudicial, por ser dirigida a todos que se encontram nos raios de seu alcance, não pode ser considerada danosa para os efeitos de indenização. A regra é, por conseguinte, a da irresponsabilidade do Estado por ato do Legislativo, no exercício de sua atividade fim: editar a lei. Hely Lopes Meirelles inadmite o dever de a Fazenda Pública indenizar por dano causado em virtude de ato típico do Legislativo. Argumenta que, se admitisse a reparação, a sociedade estaria indenizando a si mesma, visto que o Estado é gestor de coisa pública, por conseguinte, paga aos lesados com recursos arrecadados da sociedade por intermédio, principalmente, de tributos. Outro argumento de Hely Lopes e de outros autores é de que a sociedade não pode cobrar do Estado por atos danosos praticados pelos legisladores, escolhidos por ela para lhe representarem na atividade administrativa.

Ademais, parece-nos acertado o entendimento de que os cidadãos não tem direito a um regime jurídico específico. Diz a Constituição em seu art. 5º que lei apenas respeitará o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. Não verificada na prática uma dessas violações, o que certamente se dará através de um ato administrativo e não legislativo, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado.

No que pertine a responsabilidade da Administração por atos jurisdicionais, tem-se defendido a tese que a ao Judiciário cabe a pacificação das relações jurídicas postas ao seu crivo. Evidentemente, prestigia-se, nesse momento, o princípio da segurança jurídica. Assim, questionar-se sobre a responsabilidade por ato jurisdicional significaria perpetuar as lides, substituindo-se apenas o polo passivo das ações, em afronta ao postulado da coisa julgada.

A questão, entretanto, tem singeleza apenas aparente. Odete Medauar¹⁵ defende a solução positivista para o assunto:

Somente vem aceita a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário de natureza criminal, em virtude do art. 630 do Código de Processo Penal, cujo teor é o seguinte: “O tribunal, se o interessado

15 MEDAUAR, op. cit., p. 437.

o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”. O direito à reparação por erro judiciário (criminal) independe da revisão da sentença, como se depreende do art. 5º, LXXV, da CF, segundo o qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. O preceito não vincula o direito à indenização à revisão da sentença.

O ordenamento pátrio previu a responsabilidade pessoal do juiz, no art. 133 do Código de Processo Civil: “Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no n. II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lha atender o pedido dentro de 10 (dez) dias”.

Com a devida vênia ao entendimento acima esposado, ressalta-se contraditório defender que a responsabilidade por erro judicial, sobretudo nos casos de dolo e fraude, limitar-se-á aos casos de natureza penal. Primeiro porque não há fundamento jurídico limitador para tanto. Ao contrário, o art. 133 do CPC nos conduz a entendimento diverso. Segundo, porque esse entendimento violaria o princípio da isonomia. Um exemplo talvez deixe a questão um pouco mais clara: suponhamos que uma determinada lide de natureza cível tenha sido decidida desfavoravelmente em detrimento de um particular. Logo depois, descobre-se que a sentença foi fruto de propina (corrupção passiva praticada pelo Juiz em conluio com a outra parte). Ora, inequívoco o dever indenizatório na espécie, assim como nos lamentáveis casos de erros judiciários na esfera penal.

1.5 RESPONSABILIDADE POR ATOS TERRORISTAS

Embora absolutamente casuística a hipótese, felizmente atribuível à elogiável posição pacifista do Brasil no cenário internacional, coube ao Congresso Nacional regulamentar hipótese de responsabilidade civil perante terceiros no caso de atentados terroristas.

Com efeito, Diógenes Gasparini¹⁶ recorda:

16 GASPARINI, op. cit. p. 993.

A União responde objetivamente por atos terroristas, consoante disciplina imposta pela Lei federal 10.744, de 9 de outubro de 2003, que dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresa brasileira de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo.

2 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Como já dito alhures, a responsabilidade objetiva do risco administrativo exige a ocorrência dos seguintes requisitos: a) a ocorrência de dano indenizável; b) ato omissivo ou comissivo advindo do poder público; c) nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e, por fim, d) a existência de uma excludente de responsabilidade civil do Estado.

A toda evidência, a primeira questão a ser indagada é se, uma vez caracterizado o dano ao particular, houve de fato uma ação ou omissão imputável ao Estado e há o imprescindível nexo de causalidade do mesmo com o prejuízo experimentado.

Costuma-se relacionar como causas excludentes da responsabilidade estatal, a culpa exclusiva da vítima, a força maior e o caso fortuito.

Diógenes Gasparini¹⁷ traz a lume os elementos dessa discussão:

Afirma-se, assim, que em duas hipóteses o Estado não tem que indenizar. A primeira diz respeito a acontecimento, imprevisível e irresistível, causado por força externa ao Estado, do tipo tufão e da nevasca (caso fortuito) ou da greve e da grave perturbação da ordem (força maior). Destarte, demonstrado que o dano é uma decorrência de acontecimentos dessa ordem, não há o Estado que indenizar, dado não ter sido ele o causador do dano, conforme decisões de nossos tribunais, a exemplo do STF (RDA, 128: 554) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (RT, 509: 141). Assim, demonstrado o estado de imprevisibilidade e de irresistibilidade do evento danoso, nada mais é necessário para liberar a Administração Pública da obrigação de indenizar o dano sofrido pela vítima. [...]

A segunda diz respeito à situação em que a vítima deu causa ao evento danoso. É o que ocorre quando a vítima se atira sob as rodas de um caminhão de lixo pertencente ao Estado. Por evidente,

¹⁷ GASPARINI, op. cit. 979.

nada fez o agente estatal para a ocorrência desse evento gravoso para a vítima. Nesse caso e em outros semelhantes, não cabe qualquer responsabilidade do Estado, pois não está presente o nexo indispensável entre a ação do Estado e o dano sofrido pela vítima. Ao contrário, se algum prejuízo deve ser indenizado é o do Estado, pois foi a vítima quem, com sua contribuição exclusiva e total para o evento, causou dano ao veículo público.

Costuma-se, ainda, mencionar como causa excludente o fato do agente público estar fora de suas atividades funcionais. Acerca do assunto, Cármen Lúcia Antunes Rocha¹⁸ dispõe:

A característica destas circunstâncias excludentes da responsabilidade estatal é a inexistência do vínculo causal entre o comportamento da entidade pública ou da entidade concessionária de serviço público e o dano produzido. Assim, não obstante tenha ocorrido dano, este não é imputável ao Estado, por ser oriundo da causa estranha à conduta da pessoa jurídica. Consoante antes afirmado, é o elo de causalidade entre o comportamento e o dano dele decorrente que circunscreve o espaço da responsabilidade estatal. Onde este não se puder acertar, não sobrevirá a responsabilidade. [...]

Não se cogita, assim, de responsabilidade estatal quando o autor do comportamento causador do dano, não obstante seja agente público, não tenha agido nessa qualidade. O agente público pratica atos em sua vida que não têm pertinência com a função correspondente ao cargo, função ou emprego público no qual se encontra investido, vale dizer, não são todos os seus atos praticados na sua condição de servidor público. O que exorbita daquela qualidade, ainda que ocasione dano, não terá qualquer relação obrigacional gerada para a entidade a cujo quadro ele pertença.

Assim, nas hipóteses mais comuns de responsabilidade objetiva do Estado decorrentes de atos comissivos e lastreada na teoria do risco, adotar-se-á o entendimento retro sufragado. Quanto às hipóteses de risco integral (quando admitidas) e atos omissivos, uma análise mais ou menos aprofundada da questão no caso em concreto far-se-á necessária.

18 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte : Del Rey, 1994. p. 278.

3 OS SUJEITOS QUE COMPROMETEM O ESTADO

Obviamente, por tratar-se de uma ficção jurídica, o Estado manifesta diretamente sua vontade, fazendo-o, outrossim, por meio da atuação de seus agentes, na medida em que investidos dessa qualidade.

Hoje em dia há uma gama de agentes e entes públicos atuando em nome do Estado. Nesse contexto, surgiram diversas teorias que buscam explicar a relação do Estado com seus agentes (teoria do mandato, teoria da representação e teoria do órgão).

Uma infinidade de entes também atuam em prol do interesse público e investidos da condição de poder público.

Sobre o tema, é de se trazer a lume a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹:

A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira, em qualidade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada –, entende-se que o Estado quis, ainda que haja requerido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. Nas relações não se considera tão-só se o agente obrou (ou deixou de obrar) demodo conforme ou desconforme com o Direito, culposamente ou dolosamente. Considera-se, isto sim, se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal.

Em suma: não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante ou mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois, entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, procedida na intimidade da pessoa estatal.

Quem são as pessoas suscetíveis de serem consideradas agentes públicos, cujos comportamentos, portanto, ensejam engajamento da responsabilidade do Estado? São todas aquelas que – em qualquer nível de escalão – tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio.

¹⁹ MELLO, op. cit. p. 814.

Nesta qualidade interessam desde as mais altas autoridades até os mais modestos trabalhadores que atuam pelo aparelho estatal.

Ademais, para fins de responsabilidade subsidiária do Estado, incluem-se, também, as demais pessoas jurídicas de Direito Público auxiliares do Estado, bem como quaisquer outras de Direito Privado, que, inobstante alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegação explícitas (concessionárias de serviço público e delegados de função pública) ou implícitas (sociedades mistas e empresas do Estado em geral, quando no desempenho de serviço público propriamente dito). Isto porque não faria sentido que o Estado se esquivasse a responder subsidiariamente – ou seja, depois de exaustas as forças da pessoa alheia à sua intimidade estrutural – se a atividade lesiva só foi possível porque o Estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano.

Embora esclarecedora a lição do professor paulista, a questão da responsabilidade por atos praticados por prestadores de serviço público, pessoas jurídicas de direito privado, ainda suscita dúvidas.

Para aclará-las, tomamos a lição de Lúcia Valle Figueiredo²⁰:

Que tipo de responsabilidade é empenhada quando o dano for praticado não propriamente por alguém ligado ao aparelho estatal, mas por quem esteja prestando, descentralizadamente, serviços públicos cabentes ao Estado?

A responsabilidade também é objetiva. É dizer, depende apenas do nexó de causalidade entre o dano e o agente que o causou; e, atualmente, pelo texto constitucional vigente, descabe dúvida.

Se a atividade é estatal e, por delegação legal, foi transferida a uma pessoa estatal, responsável último será sempre aquele que delegou ou transferiu o exercício do serviço.

Enfatizamos: não há por que se falar em responsabilidade subsidiária. Consoante nos afigura, a responsabilidade seria solidária, colocando-se, evidentemente, o indisponível dever de regresso.

Tal afirmação parece-nos mais afinada ao texto constitucional.

20 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 279.

Todavia, se a prestação de serviço foi cometida a concessionário de serviço, pessoa de direito privado, na verdade temos duas relações instauradas: 1) a do concedente e concessionário, nos termos do contrato de concessão; 2) a do concessionário em face de terceiros ou dos usuários do serviço público. Nessa última hipóteses a responsabilidade é objetiva do concessionário. Entretanto, se exauridas as forças do concessionário, responderá o concedente, subsidiariamente.

Vê-se, pois, que, a lei é bem abrangente quanto aos agentes que comprometem a Administração no seu dever de indenizar.

5 O DANO INDENIZÁVEL

A abertura democrática, ao mesmo tempo em que teve o mérito de tornar a acessibilidade à justiça uma máxima do direito do indivíduo, propiciou seu efetivo abuso, notadamente daqueles que litigam sob o pálio da justiça gratuita.

Talvez por uma concepção distorcida acerca da missão do Judiciário, observa-se, sobretudo nas duas últimas décadas uma litigiosidade exacerbada. Não se pondera mais sobre o efetivo direito posto em juízo. Assim como num cassino, jogam-se as fichas (no caso, petições iniciais) ao crivo do Judiciário na esperança de obter algum benefício ou prestação.

Note-se que não estamos aqui a falar dos legítimos direitos assegurados por este importante Poder da República. Dizemos das milhares de lides consubstanciadas em pedidos de indenizações pelos fatos mais estapafúrdios e corriqueiros.

Nesse passo, cabe-nos analisar quais são os danos decorrentes da responsabilidade civil extracontratual do Estado são realmente indenizáveis.

Aqui, mais uma vez é irretocável a posição adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello²¹:

Inobstante o quanto se expôs, cumpre advertir que não é qualquer dano relacionável com comportamentos comissivos ou omissivos do Estado que dá margem a indenização.

[...]

21 MELLO, op. cit., p. 826.

Não basta para caracterizá-lo a mera deteriorização patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Importa que se trate de um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, reconhecendo-o como um direito do indivíduo.

Por isso, a mudança de uma escola pública, de um museu, de um teatro, de uma biblioteca, de uma repartição, pode representar para os comerciantes e profissionais instalados em suas imediações evidentes prejuízos, na medida em que lhes subtrai toda a clientela natural derivada dos usuários daqueles estabelecimentos transferidos. Não há dúvida de que os comerciantes e profissionais vizinhos terão sofrido um dano patrimonial, inclusive o “ponto” ter-se-á destarte desvalorizado. Mas não haverá dano jurídico. [...]

Há ainda outro traço necessário à qualificação do dano.

Para ser indenizável cumpre que o dano, ademais de incidentes sobre um direito, seja certo, vale dizer, não apenas eventual, possível. Tanto poderá ser atual como futuro, desde que certo, real.

Nele se engloba o que se perdeu e o que se deixou de ganhar (e se ganharia, caso não houvesse ocorrido o evento lesivo). [...]

Assim também, não configurariam dano moral providências legítimas, embora às vezes constrangedoras, como a revista, desde que evetuada sem excessos vexatórios, por agentes policiais ou alfandegários em alguma pessoa, seja por cautela, seja por suspeita de que porta consigo uma arma, bem ou produto que não poderia portar ou que, na circunstância, ser-lhe-ia defeso trazer consigo.

Também nessa mesma linha Robertônio Santos Pessoa²² aduz:

Não há responsabilidade sem prejuízo. A responsabilidade civil do Estado somente se manifesta ante a demonstração inequívoca de um dano efetivo causado por uma ação ou omissão administrativa. Contudo, o dano suscetível de indenização, de forma a desencadear de forma legítima a responsabilidade civil do Estado, deve revestir algumas características especiais.

22 PESSOA, Robertônio Santos. *Curso de Direito Administrativo Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 582.

Cumpra, antes de tudo, que do dano seja certo, ou seja, que seja efetivo, real e que esteja perfeitamente configurável no presente, embora sua amplitude e dimensão possa ainda não estar perfeitamente determinada, sendo assim, passível de aferição futura quanto a este aspecto.

Importa que o prejuízo seja, conforme já destacado, especial, ou seja, que onere uma situação particular, perfeitamente determinável, pertinente a um ou a alguns indivíduos. Gravames demasiado genéricos, disseminados por toda a sociedade, não são objeto de indenização.

O dano deve ser anormal, isto é, exceder àqueles gravames normais decorrentes da vida societária, mormente em nossos dias, quando a crescente atuação estatal e do grande número de demandas a serem equacionadas importam, com frequência, na imposição de constantes restrições ao conjunto da população. Assim, v.g., descabe indenização no caso de breves interrupções no tráfego de ruas e avenidas, decorrentes de obras públicas, e que venham, temporariamente, a causar transtornos aos seus residentes e comerciantes.

Um caso emblemático tomou lugar na cidade de Belo Horizonte, em função das obras preparatórias para recebimento da Copa do Mundo no Brasil. Pois bem. O bairro Savassi, zona urbana de uso comercial intenso passou a sofrer uma série de obras de melhoria o que acarretou inegavelmente a perda abrupta da clientela ao longo dos meses em que a intervenção se fez necessária. O fato foi amplamente noticiado pela imprensa local. Passados alguns meses e concluída a obra, houve inegável melhoria do bairro, com significativo acréscimo não só ao valor dos imóveis, mas dos próprios pontos comerciais que passaram a ser intensamente frequentados. Esse exemplo, em nosso sentir, ilustra com riqueza a necessidade de cautela na aferição do dano alegado pela parte prejudicada, muita das vezes em seus interesses e não em seus direitos.

5 DO DIREITO DE REGRESSO

Aferido o dano e reunidos os elementos responsabilizatórios do Estado exsurge a questão do “direito” de regresso da Administração em face do agente causador do dano.

Tal iniciativa, expressamente prevista no art. 37, § 6º da Constituição de 1988, só se dará nas hipóteses em que o agente agiu de

modo ilícito, com dolo ou culpa, já que, em relação a este, como regra, ao contrário do que ocorre no caso do ente público, vigora o princípio da responsabilidade subjetiva.

Ocorre que, diante dessa situação surgem diversas indagações: a) o “direito” de regresso é uma faculdade ou um poder-dever da Administração? b) Como se dará a responsabilidade do agente público no plano formal? Caberá denúncia da lide contra o mesmo? c) Em que momento deve ser acionado o servidor e quando surgirá para o mesmo o dever de ressarcir os cofres públicos?

5.1 DA NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE REGRESSO: PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO

Quanto a natureza judícia da ação de regresso, Fábio Bellote Gomes²³ afirma:

Caso a Administração Pública seja condenada ao pagamento da indenização, uma vez transitada em julgado a respectiva sentença condenatória e efetuado o pagamento pela Administração Pública, essa poderá promover ação regressiva contra o agente público que praticou o ato danoso, na hipótese de ficar demonstrado que o referido agente concorreu com culpa ou dono para o evento lesivo.

Assim, para a propositura da competente ação regressiva pela Administração Pública contra o agente causador do dano, serão necessários: a) a condenação da Administração Pública ao pagamento da indenização; b) a prova efetiva do dolo ou da culpa do agente público na ocorrência do evento lesivo; c) o efetivo pagamento, pela Administração Pública, da indenização fixada em juízo.

Muito embora o sobredito doutrinador tenha se referido ao “direito” de regresso como uma opção à Administração, não parece ser esta a vontade do legislador.

Com efeito, a Lei 4.619/65, que dispõe sobre a ação regressiva da União contra seus agentes, prevê, em seu artigo 1º, que os procuradores são obrigados a propor competentes ações regressivas contra os funcionários de qualquer categoria declarados culpados por haverem causado prejuízos aos cofres públicos.

23 GOMES, Fábio Bellote. *Elementos de Direito Administrativo*. Barueri: Manole, 2006. p. 237.

Corroborando essa assertiva, Marçal Justen filho²⁴ afirma:

De todo modo, se o particular promover a ação de responsabilização do Estado, caberá a este o poder-dever de promover a ação regressiva contra o agente estatal cuja conduta gerou a condenação. No âmbito federa, esse dever está disciplinado pela Lei n. 4.619/65).

Estabelece-se, assim, um verdadeiro poder-dever da Administração Pública em mover a devida ação regressiva contra seus agentes.

Lamentavelmente, não se sabe por espírito *interna corporis* ou mera praxe administrativa, não se tem verificado na prática o ressarcimento dos prejuízos da Fazenda Pública por seus agentes. Pelo menos é isso que nos tem revelado a prática não só como representantes judiciais da fazenda pública, mas também como servidores.

5.2 DA AÇÃO DE REGRESSO E DENUNCIÇÃO DA LIDE

De outra parte, revela-se igualmente relevante é se saber quanto ao momento do exercício do direito de regresso, conforme estabelece Edimur Ferreira Faria²⁵:

Nos casos em que comporta o exercício do direito de regresso do Estado contra o servidor causador do dano, a doutrina se biparte quanto ao momento do exercício do direito. Uma corrente entende que o ente estatal, uma vez acionado pela vítima, terá que, imediatamente, denunciar a lide o servidor causador do dano. Assim entendem os integrantes da corrente, fundados no art. 70, III do CPC. Para essa corrente, a Administração perderá o direito de regresso se, no momento processual próprio, não denunciar a lide o servidor culpado.

Outra corrente posiciona-se em sentido contrário. Entende esta que a denúncia é dispensável e até inoportuna. [...]

Este parece-nos ser o entendimento que melhor se adapta à situação jurídica, pois tem-se, de um lado, um direito com fundamento na responsabilidade objetiva e, de outro, um direito baseado na culpa subjetiva. O lesado, titular do direito de indenização, terá que

²⁴ JUSTEN FILHO, op. cit. p. 812.

²⁵ FARIA, op. cit., p. 443.

provar na ação própria, apenas o nexo causal do comportamento da Administração Pública e o dano dele decorrente. Não terá de perquirir a culpa do agente e nem de apontar o agente. Já a entidade estatal responsabilizada pelo dano e compelida ao pagamento da indenização, na ação de regresso, terá de provar a atuação culposa ou dolosa do seu agente. São duas ações distintas que exigem procedimentos probatórios diversos. Logo, não devem ser discutidas em um mesmo processo. Em princípio, a ação da vítima contra o Estado é muito mais rápida do que a do Estado contra o seu agente, dada a simplicidade probatória da primeira em relação a segunda. Por essa razão, o lesado titular de um direito cristalino, não deve ficar esperando a Administração provar a culpa do agente causador do dano.

Nessa linha, parece direcionar-se o comando do art. 122, §2º, da Lei 8.112/90 ao prescrever que, “tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva”. Não cuidou a norma nem de denúncia da lide e nem do litisconsórcio.

A questão posta, suscita, em nosso sentir e conforme concepção discutida pela doutrina, a existência do direito do administrado demandar diretamente o servidor público (ou mesmo ambos) ou se lhe cabe direito de ação tão somente contra a Fazenda Pública.

Hely Lopes Meirelles²⁶ defende a separação dessas responsabilidades nos seguintes termos:

A reparação do dano causado pela Administração a terceiros obtém-se amigavelmente ou por meio da ação de indenização, e, uma vez indenizada a lesão da vítima, fica a entidade pública como direito de voltar-se contra o servidor culpado para haver dele despendido, através da ação regressiva autorizada pelo §6º do art. 37 da CF.

O legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente.

Defendendo tese oposta, Celso Antônio Bandeira de Mello pondera que:

Entendemos que o art. 37, §6º do art. 37 não tem caráter defensivo do funcionário perante terceiro.

26 MEIRELLES, op.cit., p. 653.

A norma visa a proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou o dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições a lesado. A interpretação deve coincidir como sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar dela conclusões que caminham na direção inversa, benéfica apenas ao presumido autor do dano.

Ao seu turno, a parte final do §6º do art. 37, que prevê o regresso do Estado contra o agente responsável, volta-se à proteção do patrimônio público, ou da pessoa de Direito Privado prestadora de serviço público.

Daí a conclusão de que o preceptivo é volvido à defesa do administrado e do Estado ou de quem lhe faça as vezes, não se podendo vislumbrar nele intenções salvaguardadoras do agente. A circunstância de haver acautelado os interesses do lesado e dos condenados a indenizar não autoriza concluir que acobertou o agente público, limitando sua responsabilização ao caso de ação regressiva movida pelo Poder Público judicialmente condenado.

Não obstante a relevância do argumento em prol da salvaguarda dos interesses do administrado prejudicado em seu direito, sobretudo num país onde Estados e Municípios em quase sua totalidade, descumprem o prazo de pagamento dos precatórios por eles devidos, com a vergonhosa complacência da cúpula do Judiciário, não é esta a tese atualmente reinante no Supremo Tribunal Federal, conforme noticiado no Informativo n. 436, de 18 de agosto de 2006, que traz em seu bojo as conclusões do RE 327904/SP, de relatoria do Ministro Carlos Britto:

Responsabilidade Civil do Estado e Agente Público

A Turma negou provimento a recurso extraordinário em que se sustentava ofensa ao art. 37, §6º da CF, ao argumento de ser cabível o ajuizamento de ação indenizatória diretamente contra o agente público, sem a responsabilização do Estado. No caso, a recorrente propusera ação de perdas e danos em face de prefeito, pleiteando o ressarcimento de supostos prejuízos financeiros decorrentes de decreto de intervenção editado contra hospital e maternidade de sua propriedade. Esse processo fora declarado extinto, sem julgamento

de mérito, por ilegitimidade passiva do réu, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça local.

Considerou-se que, na espécie, o decreto de intervenção em instituição privada seria ato típico da Administração Pública e, por isso, caberia ao Município responder objetivamente perante terceiros. Aduziu-se que somente as pessoas jurídicas de direito público ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos podem responder, objetivamente, pela reparação de danos ocasionados por ato ou omissão de seus agentes, enquanto estes atuarem como agentes públicos. No tocante à ação regressiva, asseverou-se a distinção entre a possibilidade de imputação de responsabilidade civil, de forma direta e imediata, à pessoa física do ente estatal, pelo suposto prejuízo a terceiro, e entre o direito concedido ao ente público, ou a quem lhe faça as vezes, de ressarcir-se perante o servidor praticante de ato lesivo a outrem, nos casos de dolo ou de culpa. Em face disso, entendeu-se que, se eventual prejuízo ocorresse por força de agir tipicamente funcional, não haveria como se extrair do citado dispositivo constitucional a responsabilidade per saltum da pessoa natural do agente. Essa, se cabível, abrangeria apenas o ressarcimento ao erário, em sede de ação regressiva, depois de provada a culpa ou o dolo do servidor público. Assim, concluir-se que o mencionado art. 37, §6º da CF consagra dupla garantia: uma em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público; outra, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional pertencer. A Min. Cármen Lúcia acompanhou com reservas a fundamentação. (STF, RE 327904/SP, rel. Min. Carlos Brito. 15.8.2006).

Esse parece ser, ao menos no presente momento, o entendimento dominante no plano jurisdicional, Hely Lopes Meirelles²⁷ traz importante reflexão sobre a hipótese específica de dano decorrente de abuso de responsabilidade:

A Lei federal 4. 898, de 9.12.65, passou a regular o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. Esse diploma legal criou, assim, um sistema especial de responsabilização dos servidores,

²⁷ MEIRELLES, op. cit, p. 657.

facultando à vítima promover a ação civil antes mesmo da condenação da Fazenda Pública pelo dano causado por seu agente (art. 9º). Não se trata, pois, de ação regressiva, mas de ação direta do ofendido contra a autoridade que o lesou, por abuso de poder.

5.3 DO MOMENTO DO RESSARCIMENTO PELO AGENTE PÚBLICO

A Lei federal n. 4.619/65 dispõe que, no prazo de 60 (sessenta) dias a contar do trânsito em julgado a Administração deverá exercer o direito de regresso.

A doutrina critica o termo inicial como sendo o “transito em julgado”, já que o mais correto seria o termo de efetivo desembolso pela Administração, sobe pena de enriquecimento ilícito desta.

A matéria se torna ainda mais controvertida na medida em que o Código Civil estabelece prazo prescricional distinto em seu art. 206, §3º, V (lei 10.406/02).

Sobre a questão vale transcrever a lição de Fábio Bellote Gomes²⁸:

O prazo para ajuizamento da ação regressiva, nos termos do disposto no art. 2º, é de sessenta dias a partir da data em que transitar em julgado a condenação imposta à Fazenda Pública, sendo que a competência para iniciar a ação regressiva cabe ao procurador lotado no Estado em que haja corrido o processo judicial cuja decisão contra a Fazenda haja transitado em julgado.

Por fim, note-se que a liquidação do que for devido pelo funcionário estável à Fazenda Nacional poderá ser feita mediante desconto em folha de pagamento, que não excederá de uma quinta parte da importância de seu vencimento ou remuneração (conforme art. 6º, da Lei n. 4.619, de 28.04.1965).

Contudo, Fernanda Marinella²⁹ parece fixar com precisão os conceitos relativos ao tema, o que nos conduziria, inclusive a não recepção da Lei 4.619/65, em face do disposto no art. 37, § 5º da CF/88. Senão vejamos:

Quando o Estado indeniza a vítima por prejuízos causados por seus agentes, a Constituição garante-lhe o direito de regresso em face do infrator ter agido com culpa ou dolo. Essa ação de ressarcimento

²⁸ GOMES, op. cit. p. 237.

²⁹ MARINELLA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 964.

(exercício do direito de regresso) é imprescindível, isto é, não tem prazo, regra prevista no art. 37, §5º, da CF. Entretanto, se o causador do dano não for um agente público, mas um terceiro sem vínculo com o Estado, não há aplicação do artigo citado e o regime será o do Código Civil, art. 206, §3º, inciso V, prescrição trienal.

6 CONCLUSÃO

O Brasil já adota, há algum tempo, como regra, a responsabilidade objetiva do Estado com fulcro na teoria do risco administrativo.

Tal obrigação tem respaldo constitucional no art. 37 da Constituição que prevê textualmente em seu § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

A ação regressiva prevista nesse dispositivo constitucional foi regulamentada pela Lei 4.619/65 e tem sido compreendido não como uma faculdade, mas sim um “poder-dever” do Estado.

Lamentavelmente, a praxe tem impedido que maus servidores sejam responsabilizados por danos decorrentes de condutas dolosas e culposas. Isso tem propiciado grande prejuízo aos combalidos cofres públicos.

Quando aos aspectos procedimentais, não se tem aceito a denúncia da lide a esses agentes nas ações em que os particulares buscam o ressarcimento perante o Estado. O entendimento dominante é no sentido de que o art. 37, §6º “consagra dupla garantia: uma em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público; outra, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional pertencer”.

Ressalte-se, contudo, que, em nossa concepção, o agente público só será obrigado a efetivar o ressarcimento do dano quando a Fazenda Pública efetivamente cumprir com a obrigação que lhe foi imposta judicialmente. Caso contrário, estaríamos admitindo o enriquecimento ilícito do Estado.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 13. ed. Niterói: Ímpetus, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DI PIERTRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FARIA, Edimur Ferreira. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GOMES, Fábio Bellote. *Elementos de Direito Administrativo*. Barueri: Manole, 2006.
- MARINELLA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. Niterói: Ímpetus, 2011.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- PESSOA, Robertônio Santos. *Curso de Direito Administrativo Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

AUTORIZAÇÃO AMBIENTAL DE FUNCIONAMENTO E LAVRAS ILEGAIS DE MINÉRIO

*ENVIRONMENTAL OPERATING PERMIT AND LAVRAS
ILLEGAL MINING*

Valkiria Silva Santos Martins

*Advogada da União, Integrante do Grupo Permanente de Combate a Corrupção
Pós Graduanda em Advocacia Pública pelo IDDE em parceria com o Centro de
Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
especializada em Direito Civil e Processual Civil pela UNICOC e em Direito Público
pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Graduada em Direito pela Fundação Educacional Monsenhor Messias*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sustentabilidade: mineração para esta e para as futuras gerações; 2 Legislação minerária pertinente ao tema; 3 Licenciamento ambiental para lavrar minério; 4 Autorização ambiental de funcionamento como instituto diferenciado do licenciamento ambiental; 5 Procedimento simplificado na contramão do desenvolvimento sustentável; 6 AAFs em atividades minerárias: lavra ilegal por nulidade; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: Na contramão da sustentabilidade, o Estado de Minas Gerais criou a Autorização Ambiental de Funcionamento - AAF, obtida mediante procedimento simplificado, objetivando regularizar determinadas atividades de mineração.

Apresenta-se aqui um estudo sobre os aspectos da AAF, discorrendo sobre a sua inaplicabilidade aos empreendimentos minerários e asconseqüências jurídicas da utilização das AAFs para os fins de obtenção de títulos de lavra, qual seja, a própria nulidade da Guia de Utilização ou da Portaria de lavra.

PALAVRAS-CHAVE: Sustentabilidade. Licenciamento. Autorização. Simplificação. Ambiente. Mineração. Nulidade. Lavra. Ilegalidade.

ABSTRACT: Against the sustainability, the State of Minas Gerais created the Environmental Authorization of Operation - AAF, obtained by simplified procedure, aiming to regularize certain mining activities.

Here we present a study on aspects of the AAF, discussing its inapplicability to mining ventures and legal consequence of the use of AAFs for the purpose of obtaining securities mining, which is the very void of Usage Guide or Ordinance Mining.

KEYWORDS: Sustainability. Licensing. Authorization. Simplification. Environment. Mining. Nullity. Lavra. Illegality.

INTRODUÇÃO

Neste artigo faremos uma crítica à expedição de Autorização Ambiental de Funcionamento – AAF para os fins de regularizar ambientalmente às atividades de mineração. Apresentamos um estudo que conclui pela inconstitucionalidade e ilegalidade deste instituto, para os fins de viabilizar ambientalmente empreendimentos destinados à mineração, que geram grandes impactos ao meio ambiente.

Nossa problemática consiste no fato de que a lavra de minérios, cujo potencial degradador sobre o ambiente foi reconhecido até mesmo pela própria Constituição Federal (art. 225, § 2º), foi objeto de exigência expressa do licenciamento ambiental clássico na legislação. O tratamento específico é dado pelas Leis 6.938/81 e 7.805/89, Decreto 98.812/90 e Resoluções CONAMA¹ 01/86, 09/90, 10/90 e 237/97.

Entretanto, na contramão da sustentabilidade, no Estado de Minas Gerais não se exige licenciamento ambiental para muitas atividades minerárias, entendidas como de não significativo impacto ambiental. A DN Copam 74/2004 possibilita a regularização ambiental, de uma série de atividades, no anexo citadas, com base em mera Autorização Ambiental de Funcionamento, violando frontalmente o ordenamento jurídico vigente.

A AAF permite a mineração, sem qualquer estudo ambiental prévio, publicidade, anuência do município explorado ou monitoramento subsequente dos impactos, considerando tal atividade, por incrível que pareça, como sendo de pequeno potencial degradador.

Essa permissividade ambiental, flagrantemente ilícita, tem ocasionado sérios danos ao meio ambiente, natural e cultural, de Minas Gerais, motivo pelo qual, neste trabalho, nos posicionamos contra a expedição de AAF, para os fins de regularização ambiental de atividades mineradoras.

Com efeito, tendo conta a apresentação ao DNPM de AAFs para os fins expedição de títulos minerais – Guia de Utilização e Portaria de Lavra –, necessário se faz que, o Judiciário ou a Administração, entendam como nulos os referidos títulos, haja vista que não foi atendido requisito legal, essencial ao desenvolvimento sustentável, qual seja, a apresentação de licença ambiental.

¹ CONAMA, Conselho Nacional de Meio Ambiente, é um colegiado representativo dos diversos atores sociais envolvidos com a questão ambiental. É composto pelo plenário de pouco mais de 100 membros (valor que varia segundo o número de Ministérios, Secretarias da Presidência da República e Comandos Militares do Ministério da Defesa), onze câmaras técnicas, com sete membros cada, e grupos de trabalho temporários, entre outros. A função consultiva e deliberativa dos conselheiros, que tem caráter voluntário, não se confunde com a atribuição executiva, remunerada, a cargo do IBAMA. Essa estrutura, composta por órgão colegiado e órgão executivo, repete-se, com adaptações, nos estados, no Distrito Federal e em alguns municípios.

1 SUSTENTABILIDADE: MINERAÇÃO PARA ESTA GERAÇÃO E AS FUTURAS

Para satisfazer às variadas necessidades da humanidade, a atividade mineral se encontra em plena expansão no mundo². Desde os campos da alimentação ou da construção civil - com enormes prédios ou humildes casas-, a mineração está presente na vida em coletividade. Nos primórdios do nosso tempo, o homem já começou a converter pedras em ferramentas e armas, deixando de ser caça para ser caçador e:

Desde então, foi cada vez mais imprescindível à sobrevivência e ao desenvolvimento da Humanidade. Sem a mineração é impossível, por exemplo, a produção de alimentos. Dela provêm os corretivos de solos e os fertilizantes, que tornam produtivos terrenos impróprios a essa produção ou solos que perderam a fertilidade em função de sua utilização continuada.

Mas, não basta preparar o solo. Somente seria viável a produção de alimentos na escala de sua demanda mediante a utilização de equipamentos e máquinas fabricadas com matérias primas minerais. São elas que preparam a terra para receber as sementes, que as semeiam, que irrigam a terra, que eliminam as ervas daninhas da terra cultivada, que colhem e beneficiam a produção e, finalmente, que a distribuem por todos os recantos em que é demandada. Sequer as embalagens que acondicionam os alimentos existiriam sem a mineração.

Raras são as atividades humanas que não dependem da mineração, e estas geralmente não são importantes ou indispensáveis. *Ex vero*, máquinas, equipamento e ferramentas ou quaisquer utilidades ou objetos, desde dimensões microscópicas até gigantescas, necessários ao exercício de esmagadora maioria destas atividades são parcial ou totalmente constituídos de matéria prima mineral ou são fabricados com a utilização daquelas máquinas, ferramentas e equipamentos constituídos da mesma³.

A procura por estes recursos naturais é, então, cada vez mais agressiva e, noutra banda, o resultado, muitas vezes, são restrições

² Até 2006, em Minas Gerais, 78% das Licenças Prévias emitidas eram referentes às atividades minerárias e, atualmente, mil licenças são concedidas por ano (VIANA, 2007).

³ RIBEIRO, Carlos Luiz. *Direito Minerário Escrito e Aplicado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

indesejáveis à qualidade de vida da coletividade, mediante a degradação e/ou poluição do meio Ambiente⁴. Conforme FIORILLO⁵:

Atento a esses fatos, o legislador constituinte de 1988 verificou que o crescimento das atividades econômicas merecia um novo tratamento. Não mais poderíamos permitir que elas se desenvolvessem alheias aos fatos contemporâneos. A preservação do meio ambiente passou a ser a palavra de ordem, porquanto sua contínua degradação implicará diminuição da capacidade econômica do País, e não será possível à nossa geração e principalmente às futuras desfrutar uma vida com qualidade.

Entrementes,

Não existe incompatibilidade absoluta entre a prática da Mineração e preservação do Meio Ambiente, a despeito das atividades minerárias serem geralmente degradadoras do Meio Ambiente e, às vezes, localmente poluidoras. Contudo, poderão coexistir, tratando-se, por óbvio, da mineração racional e responsabilmente conduzida, que respeita as normas técnicas regulamentadas⁶.

Resta-nos, então, a bem desta e das futuras gerações, optar, inteligentemente, por um processo econômico que venha dar continuidade ao desenvolvimento. Viabilizar o *aproveitamento contínuo*⁷ da utilização dos recursos naturais.

Não significa dizer que, com a opção pelo *aproveitamento contínuo*, os recursos minerais são intocáveis, mas, sim, que deverão ser utilizados de maneira racional e equilibrada. *Nesse sentido, a necessidade*

4 Segundo o autor, RIBEIRO, 2005, considera-se meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas, entendendo-se como degradação ambiental a alteração adversa destas condições.

Poluição é a degradação ambiental resultante de atividades que prejudiquem a saúde, a segurança e o bem estar da população, ou que criem condições adversas às atividades sociais e econômicas ou à biota, ou às condições estéticas e sanitárias do meio ambiente, ou, ainda, que lacem matérias ou energia em desacordo com os padrões estabelecidos.

5 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.24.

6 RIBEIRO, op. cit, 2005

7 SOUZA, Marcelo Gomes de; CARNEIRO, Ricardo. Mineração e Desenvolvimento Sustentável: A possibilidade de lavra em áreas de preservação permanente in: SOUZA, Marcelo Gomes de. *Direito Minerário Aplicado*. Coordenador Marcelo Gomes de Souza. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

*de harmonização entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental encontra-se expressamente, consagrada no art. 170, inciso VI da CF/88*⁸.

Entende-se, assim, que a sociedade possui *padrões de desenvolvimento juridicamente desejados*⁹, que são aqueles que atentam para o ideal mútuo de conservação do patrimônio ambiental da coletividade. Afinal:

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.” (*MS 22.164*, Rel. Min. *Celso de Mello*, julgamento em 30-10-1995, Plenário, *DJ* de 17-11-1995.) *No mesmo sentido*: RE 134.297, Rel. Min. *Celso de Mello*, julgamento em 13-6-1995, Primeira Turma, *DJ* de 22-9-1995

É o que se depreende do estatuído no art. 225 da Carta Magna¹⁰ que estabelece que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida,*

8 SOUZA; CARNEIRO, op. cit.

9 SOUZA; CARNEIRO, op. cit.

10 Viana, 2007, externa que não é sem razão a preocupação normativa com a atividade minerária, uma vez que são inúmeros impactos ambientais, em maior ou menor grau, que ela pode provocar com a extração de minerais da crosta terrestre e o seu posterior beneficiamento e transformação. Como complementa, citando o Departamento Nacional de Produção Mineral, um aspecto determinante desse processo é o fato de esses depósitos se localizarem onde as condições geológicas foram favoráveis à sua formação – a chamada “rigidez locacional da jazida”(DNPM, 2005).

*incumbindo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*¹¹

Assim, tão significativos podem ser os impactos ambientais gerados pela atividade minerária, que a Lei Maior resolveu dar-lhe tratamento diferenciado, ao estatuir, no § 2º do art. 225, que “aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei”. Quanto às atividades potencialmente causadoras de significativa degradação – incluindo a mineração –, a CF exige para a sua instalação, no inciso IV do § 1º, o EIA¹².

Com efeito, o Estado deve estabelecer um conjunto de políticas e regras que devem balizar a proteção do meio ambiente. Atitude positiva,

11 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento)(Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

12 VIANA, Maurício Boratto Viana. *Licenciamento Ambiental de Minerações em Minas Gerais*: Novas Abordagens de Gestão./ Maurício Boratto Viana. Brasília, 2007. 305 p.

exigida pelo *caput* do art. 225, que resulta no dever de obediência do minerador. Sobre o tema, cite-se, mais uma vez, MARCELO GOMES DE SOUZA e RICARDO CARNEIRO¹³:

Ora, desses balizamentos não se pode desviar a atividade de exploração mineral, sendo indubitoso que os recursos minerais *in situ*, antes mesmo de serem inseridos nas cadeias de beneficiamento e transformação, constituem elementos integrantes da natureza, pertencendo, por tal modo, ao patrimônio ambiental da coletividade. Logo seu aproveitamento deve ser efetuado conforme as diretrizes estabelecidas para o uso dos demais recursos naturais.

Enfim, minério é algo que se produz a partir de substâncias minerais, que nada mais são do que elementos da natureza. A mineração, em si, já afeta negativamente o meio ambiente¹⁴, imaginem a sem controle?

13 SOUZA; CARNEIRO, op. cit., p. 334.

14 Neste ponto existe excelente trabalho de Maurício Boratto Viana (2007), que ao destinar um tópico aos "Principais Impactos Socioambientais", explana, e comprova com pesquisas sérias, os vários impactos da mineração. Vale aqui citar o inteiro teor do seguinte trecho:

A citada entidade (DNPM) registra que o método de lavra, o tipo de minério e as características naturais e humanas da área da jazida podem influir de forma positiva ou negativa na extração econômica dessa riqueza, levando à sua maior ou menor aceitação. Tais características naturais e humanas incluem, entre outros, a densidade da população, a topografia, o clima e os aspectos socioeconômicos.

Quanto à densidade da população, verifica-se que a percepção do impacto ambiental está diretamente relacionada ao número de pessoas por ele afetadas. Desta forma, em áreas rurais ou de baixa densidade populacional, a mineração é mais prontamente aceita do que numa área mais densamente povoada. Um exemplo típico é a mineração de agregados utilizados diretamente na indústria da construção civil (os denominados "minerais da Classe I"), tais como brita, cascalho, areia, argila etc. Eles, normalmente, são explorados junto às grandes cidades, o que pode acarretar transtornos e custos adicionais à sua atividade operacional, em função dos ruídos e vibrações gerados pelas detonações e pelos diversos graus de interferência nas áreas periurbanas.

Com relação à topografia, se a ocorrência mineral encontra-se em regiões montanhosas, é importante a posição dela na paisagem. Quando a mineração se localiza em altas encostas, como costuma ocorrer com o minério de ferro e o quartzito, por exemplo, provoca impacto visual, além de ruídos e poeiras, que podem percorrer grandes distâncias. Além disso, nessas áreas, a capacidade de carreamento de sedimentos pelo sistema de drenagem é elevada, gerando assoreamento nas porções mais aplainadas situadas à jusante.

Já em regiões de vales, os elementos da mineração são visíveis somente a curtas distâncias, sendo que as altas encostas adjacentes podem oferecer uma efetiva barreira para ruídos e poeiras. Convém lembrar que, nessas áreas, os cursos d'água fluem mais lentamente, gerando uma baixa capacidade para carrear sólidos em suspensão.

Normalmente, a oposição à mineração é mais intensa em regiões de alto valor cênico, nas várzeas e em locais de ocorrência de espécies raras da flora e da fauna.

No que diz respeito ao clima, o mecanismo de transporte para o meio ambiente da poluição originária da mina está diretamente relacionado ao regime pluviométrico, temperatura, umidade e direção dos ventos, entre outros. Sua principal influência é, portanto, sobre a amplitude da poluição, considerando a distância

Acrescente-se, como resultado da mineração desenfreada, o esgotamento, efetivo, do recurso mineral lavrado e do recurso, mineral e ambiental, a que é agregado o produto da lavra. Este se torna rejeito, por escolha do minerador, ou é afetado, desastrosamente, pelos efeitos da atividade.

Segundo Maurício Boratto Viana (2007), *os recursos minerais apresentam uma peculiaridade que os diferencia dos demais, a rigidez locacional, que significa que eles só ocorrem onde os processos geológicos assim o permitiram*. E reforça o autor que:

[...] ao contrário da maioria dos recursos naturais, que apresentam como característica a renovabilidade, outro aspecto que tipifica as substâncias minerais é que elas, com raríssimas exceções (água mineral, areia de aluvião etc.), “dão apenas uma safra” e tendem, portanto, à exaustão. Por fim, um complicador adicional é o facilmente perceptível impacto visual produzido pela atividade extrativa mineral, o que gera um sentimento de aversão por parte da maioria da população.

Destarte, o minerador não pode perder de vista a sustentabilidade da sua atividade, cumprindo todos os preceitos necessários ao aproveitamento dos recursos naturais que movimenta.

Vê-se, pois, que o desenvolvimento sustentável deve ser sempre o foco dos empreendedores. A atividade mineraria, aqui em análise, deve ter como norte o Princípio Constitucional da Sustentabilidade, que estatui: 1º o reconhecimento da titularidade de direitos desta e das futuras gerações; 2º a imposição de assumirmos *a ligação de todos os*

em que é perceptível o impacto da mineração. É de ressaltar que, enquanto os efeitos atmosféricos controlam a transmissão de efluentes gasosos, ruídos e poeiras, a precipitação pluviométrica é fator determinante na disseminação dos efluentes líquidos.

Quanto aos aspectos socioeconômicos, a atitude do público quanto à atividade mineradora é parcialmente condicionada pela situação econômica da região e pela natureza das comunidades existentes no entorno. Destacam-se, nesse quesito, a criação de empregos, a circulação de riquezas, o incremento do comércio e serviços e o fortalecimento do setor público mediante a arrecadação de impostos, entre outros fatores, bem como as alternativas econômicas (ou, mais comumente, a falta delas) após a exaustão das jazidas.

No que tange ao método de lavra utilizado, trata-se de um dos principais fatores determinantes da natureza e extensão do impacto ambiental. A maioria dos bens minerais é lavrada por métodos tradicionais a céu aberto (em superfície), mas alguns são em lavra subterrâneas (em subsuperfície). Os impactos mais significativos costumam ocorrer na lavra a céu aberto, em que se tem maior aproveitamento do corpo mineral, gerando grande quantidade de estéril (material sem minério, ou com teor deste abaixo do economicamente viável, mas que precisa ser retirado para permitir o acesso ao minério), poeira em suspensão, vibrações e poluição das águas, caso não sejam adotadas técnicas de controle adequadas.

*seres, acima das coisas, e inter-relação de tudo*¹⁵e, por fim, em 3º o dever *desopesar os benefícios, os custos diretos e as externalidades, ao lado dos custos de oportunidade, antes de cada empreendimento*¹⁶.

Reforça, FREITAS, 2012¹⁷, que do Princípio Constitucional em análise nasce:

A obrigação de sopesar, de maneira fundada, os custos e benefícios, diretos e indiretos (as externalidades) de todos os projetos e, finalmente, a obrigação de intervir, sem a costumeira omissão desproporcional, no sentido de promover a justiça ambiental, protegendo, com igual seriedade, as gerações presentes e futuras, ambas titulares de direitos fundamenta.

E nos dá um conceito do princípio:

Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente, de modo preventivo de precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Afinal, as gerações, presentes e futuras, possuem o direito fundamental, oponível ao Estado e a terceiros, de usufruir de um ambiente limpo e de uma vida digna. Sustentabilidade é, pois, o que se propõe ao minerador. Não como um *princípio abstrato ou de observância protelável*. Mas como um dever que vincula o minerador *plenamente e se mostra inconciliável com o reiterado descumprimento da função socioambiental de bens e serviços*¹⁸.

2 LEGISLAÇÃO MINERÁRIA PERTINENTE AO TEMA

Antes de adentrarmos propriamente ao tema deste artigo, é mister uma breve explanação sobre a legislação mineraria em conexão com o a temática do Licenciamento Ambiental.

15 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

16 Idem.

17 Idem.

18 Idem.

De início, esclarecemos que o Direito Minerário visa o estudo das normas e procedimentos destinados a permitir a transformação do recurso mineral em riqueza e conciliar os direitos e deveres do minerador, do Estado e do superficiário (proprietário do solo) com os princípios do desenvolvimento sustentável.

Segundo William Freire¹⁹ (2005), a matéria possui princípios próprios que direcionam toda a exegese desse Direito Positivo Especial:

- a) Princípio do uso prioritário; b) Princípio do desenvolvimento no interesse nacional; c) Princípio do interesse público na transformação do recurso mineral em riqueza; e) Princípio da predominância do interesse público sobre o particular; f) Princípio da compatibilização da exploração mineral com os direitos do superficiário; g) Princípio da compatibilização da atividade mineral com desenvolvimento socioambiental.

Em verdade, os recursos minerais, por princípio constitucional, são propriedade distinta do solo e pertencem à União, devendo a sua exploração prejudicar minimamente o meio ambiente.

A Constituição da República de 1988 trouxe à luz todo um arcabouço jurídico inovador sobre a matéria, privilegiando o Direito Minerário e o Ambiental, que devem ser interpretados interligados, como se faz com os seguintes artigos: Art. 20, IX; 21, XXIII, §1º; 22, XII; 24, VI, VII e VIII; 170, VI; 176, §1º; 225, §1º, I, II, III, IV, V, VI e VII e §§2º, 3º, 4º, 5º, 6º.

Entretanto, atendendo ao disposto no art. 22, XII da CF/88, existe uma extensa legislação específica, minerária e ambiental, com diversas leis federais esparsas. A previsão de reparação do dano ambiental decorrente de atividades de mineração está prevista na Lei 7.805/1989. Já a Lei 8.876/ concede ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) a atribuição de fiscalizar, em conjunto com as autoridades ambientais, o controle ambiental dessas atividades.

A legislação infraconstitucional, neste ponto, estabelece diversos requisitos e exigências prévias a serem cumpridas pelo minerador, como, por exemplo, licença ambiental e demonstrações de capacidade técnica e econômica. Tudo isso para que a potencial mina atenda à sua função social, no interesse público.

O primeiro passo a ser dado pelo minerador, de acordo com o artigo 11 do Código Mineral, é fazer o pedido da área por meio de requerimento

19 FREIRE, William. *Natureza Jurídica do consentimento e pesquisa mineral, do consentimento para lavra e do manifesto de minas no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Revista de Direito Minerário, 2005.

protocolizado junto ao DNPM, o que lhe outorga, se deferido, o “direito de prioridade”. Segue-se uma série de atos administrativos sucessivos, relacionados e dependentes entre si, objetivando uma finalidade única, que é possibilitar a transformação do recurso mineral em riqueza, trazendo para sociedade todos os benefícios consequentes.

Tais atos administrativos ensejam à publicação do Alvará de Pesquisa, instrumento que autoriza a mineradora a realizar trabalhos de pesquisa. Trata-se de um título intermediário que autoriza o empreendedor a pesquisar determinada substância mineral, de modo a definir sua quantidade, qualidade e distribuição espacial.

Após aprovado o Relatório Final de Pesquisa, pode o minerador requerer a expedição de Guia de Utilização, que o autoriza a extrair, em caráter excepcional, determina quantidade de minério, nos termos do art. 22, §2º Código de Minas²⁰.

Uma vez procedida a análise do aproveitamento da jazida, ou seja, submetido o minerador ao regime de autorização, deve a parte interessada submeter-se às regras do regime de concessão de lavra, previstas no art. 2º do atual Código de Minas, obtendo, por fim, a Portaria de Lavra.

Noutra banda, a legislação mineraria está em conexão coma ambiental. Após aprovação do Relatório Final de Pesquisa pelo DNPM, deverá o minerador obter a LP, que não autoriza a instalação de equipamentos e, muito menos, a operação do empreendimento potencialmente poluidor. Sucessivamente, tendo o Plano de Aproveitamento Econômico aprovado, pela autarquia, em mãos, deverá requerer a LI, que também não autoriza a extração de minério. Por fim, somente com a Portaria de Lavra em mãos, poderá o minerador obter junto ao órgão ambiental a LO e, assim, extrair.

3 LICENCIAMENTO AMBIENTAL PARA LAVRA DE MINÉRIO

A Constituição Federal, ao outorgar especial proteção ao meio ambiente, institui como obrigação, do Poder Público, a normatização e fiscalização, e, daqueles que exploram os recursos minerais, a observação fiel do regramento sobre a matéria.

²⁰ Art. 22. A autorização de pesquisa será conferida nas seguintes condições, além das demais constantes deste Código:

...

§ 2º. É admitida, em caráter excepcional, a extração de substâncias minerais em área titulada, antes da outorga da concessão de lavra, mediante prévia autorização do DNPM, observada a legislação ambiental pertinente. (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996).

Neste passo, o art. 24 da CF/88 estabeleceu a competência legislativa concorrente da União, dos estados e do Distrito Federal (municípios excluídos, a princípio) para, entre outros temas, “proteção do meio ambiente e controle da poluição” (inciso VI, *in fine*). Já nos parágrafos desse artigo, estatuiu que a competência da União para expedir normas gerais, o que não exclui a competência suplementar (se houver norma federal) ou plena (na ausência dessa norma) dos estados e, ainda, que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Os inormativos federais, que passamos a declinar, têm supedâneo na CF/88. A Carta Magna vigente sublinha o dever imposto aos poderes públicos e à coletividade de defesa e preservação do meio ambiente e a obrigação de recuperar o meio ambiente daquele que o degradar.

Com efeito, houve por bem a União em criar a Política Nacional do Meio Ambiente, por meio da Lei 6.938/81, materializando o princípio da avaliação de impactos ambientais por meio do licenciamento ambiental. O art. 10 da referida Lei Federal²¹, levando aqui em consideração as modificações trazidas pela Lei Complementar 140/2011, preceitua que todas as atividades, que podem causar danos ao meio ambiente, independentemente de seu potencial poluidor e de seu porte, dependerão de prévio licenciamento ambiental, instrumento capaz de identificar possíveis impactos e determinar as restrições e medidas de controle ambiental necessárias. Da simples leitura do art. 3º, Inciso II e III, alíneas²², da Lei 6.938/81, combinada com leigos conhecimentos da atividade mineraria, percebe-se que a degradação da qualidade ambiental

21 Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. (Redação dada pela Lei Complementar nº 140, de 2011)

§ 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente. (Redação dada pela Lei Complementar nº 140, de 2011)

§ 2º, § 3º e § 4º Revogados pela Lei Complementar nº 140, de 2011.

22 Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

e poluição do meio ambiente, decorrentes, direta e/ou indiretamente, da extração de minério.

Nessa linha, a concessão/autorização para a lavra de recursos minerais, cumpre registrar, encontra-se intimamente ligada à preservação do meio ambiente.

Acrescente-se, como já ilustrado no tópico anterior, que a permissão ou concessão de lavra, nos termos da Lei nº 7.805/89, deve ser outorgada pelo Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, e, ademais, dependerá de prévio licenciamento ambiental, a ser concedido pelos órgãos ambientais, Estadual e Municipal, competentes (artigos 3º e 16)²³.

Assim, restou ao Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, órgão criado pela Política Nacional de Meio Ambiente, normatizar temas referentes ao licenciamento ambiental, da Avaliação de Impacto Ambiental – AIA e do Estudo de Impacto Ambiental-EIA e seu relatório – RIMA. Tratam da matéria, entre outras, as Resoluções nº 001, de 1986, e 237, de 1997, ambas do CONAMA²⁴. A Resolução 001/86²⁵, além de definir o que deve ser considerado impacto ambiental,

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora. (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989).

23 Art. 3º A outorga da permissão de lavra garimpeira depende de prévio licenciamento ambiental concedido pelo órgão ambiental competente.

[...]

Art. 16. A concessão de lavras depende de prévio licenciamento do órgão ambiental competente.

24 Além das Resoluções citadas no corpo deste trabalho, sobre mineração, podemos destacar:

- Resolução 08/88, que explicita a necessidade de licenciamento ambiental para certas atividades de extração mineral;

- Resolução 09/90, que trata do licenciamento ambiental de extração mineral de todas as classes, exceto a II, e exige, entre outros pontos, a apresentação de Plano de Controle Ambiental (PCA) no ato de requerimento da LI;

- Resolução 10/90, que dispõe sobre o licenciamento ambiental de extração mineral da classe II (materiais de uso na construção civil), também exigindo o PCA;

- Resolução 378/06, que define os empreendimentos potencialmente causadores de impacto ambiental nacional ou regional para fins do disposto no inciso III, §1º, art. 19 da Lei 4.771/65 (Código Florestal);

25 Artigo 1º Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II - as atividades sociais e econômicas;

III - a biota;

IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V - a qualidade dos recursos ambientais.

estipulou o rol de atividades modificadoras do meioambiente²⁶, sujeitas ao licenciamento pelo órgão estadual integrante do SISNAMA, mediante a elaboração de EIA/RIMA, mas sem fazer referência expressa à significância do impacto.

Já o Decreto nº 99.274, de 1990, em seu art. 19²⁷, com teor repetido no art. 8º da Resolução CONAMA 237/97, define que, para ser titular de Concessão de Lavra, deverá o minerador obter, junto aos órgãos ambientais competentes, 3(três) espécies de licenças: a LP - Licença

Artigo 2º - Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

[...]

VIII - Extração de combustível fóssil (petróleo, xisto, carvão);

IX - Extração de minério, inclusive os da classe II, definidas no Código de Mineração;

[...]

- 26 Viana (2007) complementa que parte da doutrina entende que todas as atividades e empreendimentos listados nas Resoluções CONAMA 001/86 (art. 2º) e 237/97 (art. 2º, § 1º e Anexo 1) estão sujeitos, respectivamente, a EIA/RIMA e a licenciamento ambiental, podendo outros ser acrescidos. Em outras palavras, as listagens seriam obrigatórias, embora não exaustivas.

Outra parte da doutrina, minoritária, acredita que as listagens são só exemplificativas, ou seja, algumas atividades ou empreendimentos poderiam ser delas excluídos, desde que assim definido pelo órgão ambiental. O próprio § 2º do art. 2º da Resolução 237/97 estatui que “cabará ao órgão ambiental competente definir os critérios de exigibilidade, o detalhamento e a complementação do Anexo 1, levando em consideração as especificidades, os riscos ambientais, o porte e outras características do empreendimento ou atividade”.

- 27 Art. 19. O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:
- I - Licença Prévia (LP), na fase preliminar do planejamento de atividade, contendo requisitos básicos a serem atendidos nas fases de localização, instalação e operação, observados os planos municipais, estaduais ou federais de uso do solo;
 - II - Licença de Instalação (LI), autorizando o início da implantação, de acordo com as especificações constantes do Projeto Executivo aprovado; e
 - III - Licença de Operação (LO), autorizando, após as verificações necessárias, o início da atividade licenciada e o funcionamento de seus equipamentos de controle de poluição, de acordo com o previsto nas Licenças Prévia e de Instalação.
- 1º Os prazos para a concessão das licenças serão fixados pelo Conama, observada a natureza técnica da atividade.
- 2º Nos casos previstos em resolução do Conama, o licenciamento de que trata este artigo dependerá de homologação do Ibama.
- 3º Iniciadas as atividades de implantação e operação, antes da expedição das respectivas licenças, os dirigentes dos Órgãos Setoriais do Ibama deverão, sob pena de responsabilidade funcional, comunicar o fato às entidades financiadoras dessas atividades, sem prejuízo da imposição de penalidades, medidas administrativas de interdição, judiciais, de embargo, e outras providências cautelares.
- 4º O licenciamento dos estabelecimentos destinados a produzir materiais nucleares ou a utilizar a energia nuclear e suas aplicações, competirá à Comissão Nacional de Energia Nuclear (CENEN), mediante parecer do Ibama, ouvidos os órgãos de controle ambiental estaduais ou municipais.

Ambiental Prévia, LI - Licença Ambiental de Instalação e a LO - Licença Ambiental de Operação.

Desta feita, tendo em conta as normas federais, os estados poderiam ser mais exigentes – estabelecendo outras condicionantes, por exemplo –, mas não poderiam exigir menos.

Nos últimos anos, contudo, vários estados brasileiros criaram a modalidade da autorização ambiental, geralmente para atividades não sujeitas a LP/LI/LO ou a EIA/RIMA, ou ainda para atividades temporárias, de pequeno porte ou de impacto ambiental reduzido. Isso também ocorreu em Minas Gerais, em 2004, através da Deliberação Normativa COPAM n.74, com a criação da Autorização Ambiental de Funcionamento – AAF, como resposta ao contínuo aumento da demanda por licenciamento.

4 AUTORIZAÇÃO AMBIENTAL DE FUNCIONAMENTO COMO INSTITUTO DIFERENCIADO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Após citar os vários conflitos existentes entre as legislações estaduais e as normas federais supracitadas, Viana (2007) opina:

Quanto à existência de autorização ambiental em diversas normas estaduais, a discussão é mais complexa. A despeito de entendimentos contrários, o instrumento do licenciamento ambiental, no Brasil, foi direcionado à outorga de licenças, ou seja, atos administrativos vinculados e definitivos, declaratórios de direito preexistente e geradores de direito subjetivo, no âmbito do seu prazo de validade. É o que consta, implícita ou expressamente, nas principais normas federais sobre licenciamento ambiental (Lei 6.938/81, Decreto 99.274/90 e Resoluções CONAMA 001/86 e 237/97).

[...]

A despeito disso, vários estados (AP, BA, DF, ES, MS, MG, PA, PE, RR, SE) criaram a modalidade da autorização ambiental, com caráter discricionário e precário, constitutivo de direitos e não gerador de direitos subjetivos, para atividades não sujeitas a LP/LI/LO ou a EIA/RIMA, ou ainda para atividades temporárias, de pequeno porte ou de impacto ambiental reduzido. Tal autorização tem, em geral, natureza declaratória, e às vezes independe de fiscalização por parte do órgão ambiental.

Em síntese, para os fins de cumprir as normas federais, qualquer empreendimento potencialmente poluidor ou degradador do meioambiente sujeitar-se-ia, em tese, a licenciamento ambiental, com a obtenção sucessiva de LP, LI e LO. Mesmo aquele que não cause impacto ambiental significativo estaria sujeito a licenciamento, embora dispensasse a elaboração de EIA/RIMA, substituído por outro estudo mais simplificado ou específico.

Entretanto, como dito, em Minas Gerais, com a Deliberação Normativa²⁸ COPAM n.74/2004, há uma flexibilização até mesmo da necessidade de licenciamento ambiental, mediante a introdução da modalidade de autorização ambiental.

A DN COPAM 74/2004 é a norma que regulamenta o licenciamento ambiental no Estado de Minas Gerais e estabelece critérios para classificação dos empreendimentos e atividade em conformidade com porte e potencial poluidor.

Segundo a norma - por nós aqui questionada quanto a aspectos de constitucionalidade e legalidade de alguns de seus pontos-, a regularidade ambiental de empreendimentos enquadrados nas Classes 1 e 2²⁹, perfaz-se com a obtenção da denominada Autorização Ambiental de Funcionamento - AAF.

28 Esclarecemos que as Deliberações Normativas do COPAM são normas jurídicas regulamentares emanadas do Conselho Estadual de Política Ambiental, órgão a quem, em Minas Gerais, compete determinar os conteúdos da política de proteção ao meio ambiente, nos termos do art.3º da Lei Estadual 12.585/97.

29 Art. 2º - Os empreendimentos e atividades listados no Anexo Único desta Deliberação Normativa, enquadrados nas classes 1 e 2, considerados de impacto ambiental não significativo, ficam dispensados do processo de licenciamento ambiental no nível estadual, mas sujeitos obrigatoriamente à Autorização Ambiental de Funcionamento - AAF, pelo órgão ambiental estadual competente, mediante cadastro iniciado pelo requerente junto à Superintendência Regional de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável - SUPRAM competente, acompanhado de Termo de Responsabilidade, assinado pelo titular do empreendimento e de Anotação de Responsabilidade Técnica ou equivalente do profissional responsável.

§ 1º - A autorização ambiental de funcionamento somente será efetivada se comprovada a regularidade face às exigências de autorização para intervenção ambiental/florestal, através da emissão do Documento Autorizativo para Intervenção Ambiental - DAIA, e de Outorga de Direito de Uso de Recursos Hídricos, através da emissão da outorga.

§ 2º - As Autorizações Ambientais de Funcionamento dos empreendimentos constituídos através do Programa Minas Fácil, regulamentado pelo Decreto 44.106, de 14 de setembro de 2005 localizados em áreas urbanas e que não importem em supressão de vegetação, intervenção em área de preservação permanente, regularização de reserva legal ou que não dependam de intervenção em recurso hídrico, poderão ser emitidas por autenticação eletrônica, na forma definida pelo COPAM.

§ 3º - A validade das Autorizações Ambientais de Funcionamento de que trata o parágrafo anterior estará condicionada à apresentação e validação, pelo titular do empreendimento ou seu representante legal, do

A DN 74/2004 - violando até mesmo a própria normatização estadual³⁰, dehierarquia imediatamente superior, mas, mormente, colocando por terra a legislação federal já citada - exigiu para a concessão da AAF, tão somente: a) Cadastro iniciado através de Formulário Integrado de Caracterização do Empreendimento preenchido pelo requerente; b) Termo de responsabilidade, assinado pelo titular do empreendimento e Anotação de Responsabilidade Técnica ou equivalente do profissional responsável e c) Autorização ambiental para Exploração Florestal – APEF e de Outorga de Direito de Uso de Recursos Hídricos.

Trata-se, a Autorização Ambiental de Funcionamento – AAF, de novo sistema de controle ambiental³¹, podendo ser entendida como um ato administrativo que autoriza o funcionamento de atividades cujos impactos ambientais não são, por definição, significativos para pôr em marcha processos de licenciamento junto aos órgãos estaduais. Exigiu-se que o responsável legal pelo empreendimento assumia, formalmente, a responsabilidade por eventuais danos ao meio ambiente (via Termo de Responsabilidade) e que o profissional legalmente habilitado, às

termo de responsabilidade e anotação de responsabilidade técnica no prazo de 30 dias à SUPRAM de atuação do empreendimento, mediante protocolo e recibo de entrega.

§ 4º - A não apresentação do termo de responsabilidade e da anotação de responsabilidade técnica no prazo do parágrafo anterior acarretará o imediato cancelamento da AAF expedida eletronicamente e sujeitará o responsável às sanções cabíveis.

§ 5º - Os órgãos ambientais competentes procederão à verificação de conformidade legal nos empreendimentos a que se refere o caput deste artigo, conforme critérios definidos pelo COPAM.

§ 6º - O termo de responsabilidade de que trata o caput deste artigo deverá expressar apenas as questões da legislação ambiental pertinente à autorização de funcionamento em foco.

§ 7º - O órgão ambiental fará a convocação do empreendedor nos casos em que considerar necessário o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades enquadrados nas classes 1 e 2.

§ 8º - Os prazos de vigência da AAF de que trata o caput deste artigo serão definidos pelo COPAM.

- 30 Em Minas Gerais, a Lei Estadual 7772/80, em seu art. 8º, prevê os instrumentos do Licenciamento Ambiental e da Autorização Ambiental de Funcionamento como ferramentas para a prevenção e controle de degradações ambientais.

Por seu turno, o Decreto 44844/2008 estabelece que compete ao COPAM estabelecer, por meio de Deliberação Normativa, os critérios para classificação dos empreendimentos ou atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou degradadores do meio ambiente, especificando quais serão passíveis de Licenciamento Ambiental ou de Autorização Ambiental de Funcionamento – AAF (art. 3º).

Ainda de acordo com o mesmo Decreto, entende-se por formalização do processo de Licenciamento Ambiental e de AAF a apresentação do respectivo requerimento, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais exigidos pelo órgão ambiental competente (art. 8º).

- 31 Segundo o Parecer AAF_DINOP-MG, da lavra do Dr. Augusto Henrique Lio Horta – DINOP/SEMAD, a AAF surgiu da “ponderação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da avaliação de impactos ambientais, veio de ser a mudança estrutural de que necessitava o sistema ambiental mineiro para manter-se credível e funcional, duas condições sinequa o controle das fontes de poluição promovidas pelo Estado não pode ser exercido eficiente.”

expensas desse empreendedor, promova prévia avaliação ambiental e defina o sistema de controle adequado, atestando a regularidade do empreendimento com as normas ambientais, tudo formalizado pela Anotação de Responsabilidade Técnica (ART).

Se os impactos ambientais não são significativos, assim qualificados pelos integrantes do SISNAMA por meio de seus respectivos atos normativos, não há obrigatoriedade de licenciamento ambiental e, via de consequência, de exigência de licença ambiental a que se refere o art. 12 da Lei Federal 6.938/81.

O que se há de exigir, em Minas Gerais, é a comprovação da regularidade ambiental, o que se faz com a apresentação da Autorização Ambiental de Funcionamento, único ato exigível nessa hipótese (evidentemente, se o município exigir o licenciamento ambiental, os dois atos autorizativos serão necessários e suficientes à comprovação da regularidade).

Com efeito, a AAF não pode ser considerada uma forma de licenciamento ambiental, o que resta ainda mais evidente nos casos de empreendimentos minerários, eis que não possibilita a avaliação do *status quo ante* e *a posteriori* pela Administração, razão pela qual não se faz possível a regular recuperação ambiental.

5 PROCEDIMENTO SIMPLIFICADO NA CONTRAMÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O processo de licenciamento ambiental, apesar de moroso e trabalhoso, sempre permitiu uma discussão em alto nível sobre o controle ambiental das atividades produtivas, com transparência, participação dos diversos setores interessados e o devido controle social.

No caso de licenciamento ambiental, a análise técnica do processo é realizada pelo exame da documentação (RCA/PCA ou EIA/RIMA, seguido do PCA) pela equipe técnica e pela vistoria ao empreendimento. Em algumas situações previstas em norma, são realizadas audiências públicas para conhecimento e participação das comunidades, bem como solicitadas informações complementares aos documentos apresentados.

Depois de vistoriado o empreendimento e analisadas todas as informações do processo, é emitido parecer técnico, composto pelos seguintes itens: resumo, introdução, discussão dos estudos apresentados pelo empreendedor, contemplando a caracterização

do empreendimento, avaliação do diagnóstico ambiental, impactos identificados e medidas mitigadoras, conclusões e propostas de condicionantes para a concessão da licença. Esse parecer é revisto e aprovado pelo gerente e diretor da área técnica e encaminhado para a Procuradoria Jurídica. Nessa etapa, com o parecer jurídico, o processo de licenciamento é concluído e encaminhado para julgamento pelas câmaras técnicas do COPAM.³²

Noutro passo, não há no procedimento simplificado de emissão da AAF a apresentação, pelo empreendedor, de qualquer Avaliação de Impacto Ambiental – AIA³³, pelo que não será possível averiguar a extensão dos danos causados. Paira-nos, assim, algumas dúvidas:

Mas como explorar os recursos minerais e preservar o meio ambiente ao mesmo tempo?

Considerando-se que a exploração de uma jazida de minério provoca impacto ambiental, extrair matéria básica do meio ambiente para produção de bens e serviços, implica estabelecer qual é o limite para o crescimento e o desenvolvimento sustentável, e a partir de então considerar essa atividade como não abusiva e o dano como reparável.³⁴

Ocorre que o *limite para o crescimento* é estabelecido pelos estudos prévios, necessários ao licenciamento ambiental³⁵, que representa *um*

32 VIANA, Maurício Boratto. *Licenciamento Ambiental de Minerações em Minas Gerais: Novas Abordagens de Gestão*./ Maurício Boratto Viana. Brasília, 2007. 305 p.

33 A “AIA, em tese, pode ocorrer dentro ou fora do processo administrativo de licenciamento ambiental, a que todas as atividades efetiva ou potencialmente degradadoras estão sujeitas, enquanto que o EIA/RIMA só ocorre no âmbito dele. Todavia, como o Decreto 88.351/83, que regulamentou a Lei 6.938/81 e foi posteriormente revogado pelo Decreto 99.247/90, vinculou a AIA ao procedimento de licenciamento ambiental, ela acabou, na prática, se tornando uma etapa deste, uma ferramenta que fornece subsídios técnicos para a concessão ou não da licença. Mas nos casos de significativa degradação ambiental, a teor do art. 225, § 2º, inciso IV, da CF, é exigido EIA/RIMA por ocasião do licenciamento ambiental.

Como conclusão, o licenciamento ambiental é, no âmbito do SISNAMA, o principal instrumento de controle ambiental de empreendimentos e atividades potencialmente poluidores ou degradadores do meio ambiente. Já a AIA, além de constituir um instrumento do processo de tomada de decisão, dentro ou fora do processo de licenciamento, acaba sendo mais utilizada como etapa deste, sendo o EIA/RIMA apenas um de seus elementos, talvez o mais importante, exigido nos casos de impacto significativo.” VIANA, 2007. 305 p.

34 SOARES, Cristiana Nepomuceno de Sousa. Medidas Compensatórias de Natureza Ambiental e Florestal, in: GANDARA, Leonardo André et al (Coord.) *Direito Mineral: estudos* Belo Horizonte: DelRey, 2011.

35 “Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 182, § 3º, da Constituição do Estado de Santa Catarina. Estudo de impacto ambiental. Contrariedade ao art. <225>, § 1º, IV, da Carta da República. A norma impugnada, ao dispensar a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou

importante avanço para o desenvolvimento sustentável e constitui um bom exemplo a ser seguido pelos países em desenvolvimento.

CARNEIRO, Ricardo *apud* SOARES, 2011³⁶, acrescenta:

[...] a utilização de recursos naturais por parte das atividades humanas implica necessariamente um interferência, em graus e formas variadas, no equilíbrio ecológico do meio ambiente, enquanto bem de uso comum da inteira coletividade.

Ocorre, portanto, uma apropriação privada de um bem de titularidade difusa, sem que a sociedade seja por isso devidamente compensada em razão dos custos sócias (*externalidade negativas*) [...]

Mas como a coletividade será compensada se, com a AAF, não existiu uma avaliação prévia *in locu* para prevenir quais os impactos ambientais da atividade? Para realização da atividade mineraria é imprescindível o estudo de impacto ambiental³⁷. É o princípio da prevenção que fundamenta a realização do plano de recuperação

reflorestamento para fins empresariais, cria exceção incompatível com o disposto no mencionado inciso IV do § 1º do art. <225> da CF." (ADI 1.086, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 7-6-2001, Plenário, DJ de 10-8-2001.

"Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional. Periculum in mora não evidenciado. [...] A licença de instalação levou em conta o fato de que as condicionantes para a licença prévia estão sendo cumpridas, tendo o Ibama apresentado programas e planos relevantes para o sucesso da obra, dos quais resultaram novas condicionantes para a validade da referida licença de instalação. A correta execução do projeto depende, primordialmente, da efetiva fiscalização e empenho do Estado para proteger o meio ambiente e as sociedades próximas. Havendo, tão somente, a construção de canal passando dentro de terra indígena, sem evidência maior de que recursos naturais hídricos serão utilizados, não há necessidade da autorização do Congresso Nacional. O meio ambiente não é incompatível com projetos de desenvolvimento econômico e social que cuidem de preservá-lo como patrimônio da humanidade. Com isso, pode-se afirmar que o meio ambiente pode ser palco para a promoção do homem todo e de todos os homens. Se não é possível considerar o projeto como inviável do ponto de vista ambiental, ausente nesta fase processual qualquer violação de norma constitucional ou legal, potente para o deferimento da cautela pretendida, a opção por esse projeto escapa inteiramente do âmbito desta Suprema Corte. Dizer sim ou não à transposição não compete ao Juiz, que se limita a examinar os aspectos normativos, no caso, para proteger o meio ambiente." (ACO 876-MC-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 19-12-2007, Plenário, DJE de 1º-8-2008.)

36 SOARES, op. cit., 2011.

37 CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PUBLICA. MEIO-AMBIENTE. 1 - A elaboração de estudo com relatório de impacto ambiental constituem exigência constitucional para licenciamento de atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio-ambiente. 2 - A Resolução 001/86 do Conama apenas prescinde do eia/rima com relação a projetos urbanísticos de área inferior a 100 há. 3 - O relatório de viabilidade ambiental não é idôneo e suficiente para substituir o estudo de impacto ambiental e respectivo relatório. (TRF 5ª R.; AC 50495; Proc. 9405173820; CE; Segunda Turma; Rel. Juiz José

anteriormente ao exercício da atividade, abrindo ensejo para que, o Poder Público, determine as medidas possíveis de mitigação e compensação dos impactos a serem gerados, ao mesmo tempo em que permite que a reabilitação da área faça parte de todo o processo produtivo, criando, para o agente econômico, a preocupação em produzir o menor grau de prejuízo ao meio ambiente.

No caso das atividades minerárias, a AAF, embora contribua para a regularização formal de empreendimentos de menor porte e potencial poluidor, retirando-os da clandestinidade, promove, simultaneamente, por não vir acompanhada de estudos de impactos e, mormente, de fiscalização, um retrocesso no controle ambiental efetivo dessas atividades. Este é o entendimento da melhor doutrina³⁸:

De fato, a AAF imprime maior agilidade na regularização ambiental do empreendedor lpor parte do órgão ambiental, mas ela exclui os estudos ambientais e a AIA. Assim, na ausência de maiores informações socioambientais, o órgão ambiental corre o risco de autorizar empreendimentos, mesmo que de menor porte e potencial poluidor, em locais ou condições inadequadas. Além disso, ela não permite o estabelecimento de condicionantes, uma vez que, entre

Delgado; Julg. 02/08/1994; DJU 23/09/1994). No mesmo sentido o TJMG tem reconhecido a nulidade das autorizações ambientais concedidas de tal forma. Ex: AGRAVO Nº 1.0092.07.011326-8/001.

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DE MINERAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CAUSAR DANOS AO MEIO AMBIENTE. NECESSIDADE DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO OU DA CAUTELA.

Tratando-se de exploração de atividade de mineração revelando-se passível de causar danos ao meio ambiente deve-se obter licenciamento ambiental para seu exercício atendendo-se ao princípio da proteção ou da cautela. (TJMT; RAI 15646/2007; Alta Floresta; Segunda Câmara Cível; Relª Desª Maria Helena Gargaglione Póvoas; Julg. 12/12/2007; DJMT 16/01/2008; Pág.17).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IRREGULARIDADE EM ATIVIDADE DE MINERAÇÃO. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. OBRIGATORIEDADE DE APRESENTAÇÃO DE ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E RELATÓRIO DE IMPACTO SOBRE O MEIOAMBIENTE. Obrigatoriedade de apresentação de Estudo de Impacto Ambiental - EIA e Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente - RIMA, para as atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental (artigo 3º da Resolução CONAMA 237/97). Os pedidos de licença ambiental de empreendimentos minerários devem ser protocolizados na CETESB (artigo 4º, Resolução SMA nº 4/99). (TRF 3ª R.; AC 1062702; Proc. 2003.61.04.001816- 9; SP; Relª Juíza Fed.Conv. Mônica Nobre; DEJF 25/03/2009; Pág.929).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE LIBERA AS ATIVIDADES DE MINERAÇÃO POR 120 DIAS. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. Perícia judicial não equivale ao eia/rima. procedimentos diversos. agravo de instrumento desprovido. (TRF 4ª R.; AI 2008.04.00.028193-0; SC; Terceira Turma; Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz; Julg. 21/10/2008; DEJF 05/11/2008; Pág. 333).

38 VIANA, op. cit., 2007

outros documentos de natureza formal, a AAF compõe-se somente de um termo de responsabilidade de que a empresa *x*, assessorada tecnicamente pela consultoria *y*, está cumprindo as leis ambientais. Com isso, perde-se um importante instrumento para resguardar tanto o meio ambiente local quanto os interesses das comunidades vizinhas.

[...]

Adicionalmente, a AAF não se encaixa no procedimento integrado estabelecido há anos pelos órgãos mineral (DNPM) e ambiental (FEAM/COPAM) para os casos de licenciamento de atividades minerárias, a saber: de posse do alvará ou do relatório de pesquisa mineral, a empresa efetua os estudos ambientais (RCA/PCA ou EIA/RIMA) e pleiteia a LP junto ao órgão ambiental; obtida esta, o DNPM manifesta-se dizendo que o Plano de Aproveitamento Econômico – PAE é considerado satisfatório; com essa declaração, a empresa obtém a LI junto ao órgão ambiental, se cumpridas as condicionantes estabelecidas na LP; de posse da LI, a empresa volta ao DNPM para requerer a portaria de lavra; e só aí, após obtê-la, a empresa retorna ao órgão ambiental para solicitar a LO.

Inexiste um procedimento que viabilize a fiscalização efetiva do estado, diferente do constatado no Licenciamento Ambiental. *Durante a etapa de licenciamento, há uma atuação constante do órgão ambiental junto ao empreendedor, orientando-o, da mesma forma que a consultoria por ele contratada, quanto às medidas necessárias à adequação ambiental da atividade*³⁹.

A “procedimentalização” da avaliação dos impactos ambientais funciona como eficiente mecanismo da Administração para tutela preventiva da atividade, na medida em que propicia visibilidade ao processo de formação da vontade administrativa e também há, nessa ocasião, certo controle pela sociedade civil.

É comum entenderem como alcançada justiça somente quando for eficiente, rápida e acessível. Entretanto, deve-se ter a preocupação em não se incorrer em abusos de autoridade, de modo a submeter o cidadão a decisões antidemocráticas⁴⁰. Afinal, a efetividade da cidadania, e do

39 VIANA, op. cit.

40 Dispensar ou restringir qualquer das garantias processuais constitucionais não é simplificar, deformalizar, agilizar o procedimento, privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do

próprio Estado democrático de Direito, decorre do aceso ao processo, instituição capaz de garantir o controle e fiscalização.

O discurso neoliberal de produtividade e rapidez afeta o fluxo processual, com decisões que não primam pela adequação constitucional. Não há uma busca pela legitimidade que, por sua vez, ocorrerá, somente, com o provimento partindo da análise das especificidades do caso concreto.⁴¹

O que deve defender-se é a existência de um tempo razoável para o acerto das questões controvertidas e para a atuação dos sujeitos de maneira participativa para formação dos provimentos, a significar que devem ser evitadas *dilações indevidas do processo*. Estas, em sua maioria, se referem a *períodos prolongados de paralisia procedimental, nos quais não se praticam atos no processo ou o são fora da previsão legal do tempo em que devem ser realizados – etapas mortas do processo* – (DIAS, 2010, p. 158)

A defesa cega da celeridade⁴² está indo de encontro ao Estado Democrático de Direito, que exige decisões com qualidade e, quanto melhor o espaço de diálogo entre as partes, existindo maiores oportunidades de participação, melhores serão as decisões judiciais. Afinal, *a decisão não se qualifica como justa pelo critério da rapidez, e se a justiça não se apresentar no processo não se poderá, também, na sentença*. (GONÇALVES, 1992, p. 125)

Em verdade, a busca pela celeridade nos processos de tomada de decisão é uma tendência da sociedade moderna. Ocorre, contudo, que a etapa anterior à obtenção da LP, quando são definidas a viabilidade ambiental do empreendimento e sua alternativa técnica e locacional mais adequada, é extremamente importante ao desenvolvimento sustentável. O objetivo dos estudos ambientais, quaisquer que sejam eles, é subsidiar a tomada de decisão quanto à viabilidade ambiental do empreendimento e suas alternativas técnicas e locacionais.

Contrariando a busca atual pelo procedimento simplificado, Juarez Freitas explica que é nítido que *as estratégias sustentáveis*

desafogo dos juízes e tribunais (PASSOS apud DIAS, 2010). Os provimentos jamais poderão ser atos isolados do órgão julgador, ditando ou criando direitos ao seu talante (DIAS, 2010, p. 38).

41 Aqui, citamos Menelick Carvalho Neto (1998): “no paradigma do Estado Democrático de Direito, é preciso requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e as regras do direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto”

42 Não se pode, como preleciona BARACHO (1999, p. 97 e 98), buscar a simplicidade e eficácia processuais com sacrifício das garantias fundamentais do processo, com procura de sistema jurídico menos opressivo e menos gravoso economicamente.

necessariamente aquelas de longa duração, não as governadas por impulsos reptilianos ou pela compulsão da obsolescência programada(grifos nosso).⁴³ E, ma linha de se frear abusos ambientais na busca pelo desenvolvimento, o autor acrescenta que a *irracionalidade conducente à catástrofe nada mais é do que a resultante dos desejos dilapidadores e da ilusão cheia de sofismas do crescimento material ilimitado como solução*.

Entrementes, independentemente de o procedimento simplificado ir ou não de encontro ao crescimento econômico de uma atividade - a mineração - pagadora de um volume alto de tributos, deve ser considerado *insustentável* o desenvolvimento *que se tornar, a longo prazo, negador da dignidade dos seres vivos em geral*⁴⁴. Afinal, a sustentabilidade é que deve *adjetivar, condicionar e infundir as suas características ao desenvolvimento, nunca o contrário*.⁴⁵

6 AAF EM ATIVIDADES MINERÁRIAS: LAVRA ILEGAL POR NULIDADE

Dito isso, conclui-se que a AAF não pode ser entendida como instrumento, legítimo, a autorizar ambientalmente o funcionamento de atividades minerárias.

Ao definir as classes de aplicação do instituto da AAF, o estado de Minas Gerais parte da premissa, equivocada, de que todas as atividades minerárias definidas nas classes 1 e 2, não se enquadrariam na expressão “efetiva e potencialmente poluidores”, bem como não seriam capazes, sob qualquer forma, de causar “degradação ambiental”.

Ora, somente para se ter uma ideia, em Minas Gerais, é possível obter AAFs para autorizar extração de granito ornamental. A jazida é constituída de blocos e blocos retirados das mais variadas camadas da terra, gerando um grande buraco e rejeito no entorno. Como pode este empreendimento ser considerado de impacto ambiental não significativo?

Acrescente-se, a isso, o fato de que a classificação do empreendimento se baseia nas informações prestadas pelo minerador, ou seja, é o empreendedor que classifica o porte de sua atividade. O minerador preenche o Formulário de Caracterização do Empreendimento (FCE) e, a partir dele, o órgão ambiental gera o Formulário de Orientação Básica (FOB), no qual são listados os documentos necessários ao empreendedor para formalização do processo simplificado de emissão da AAF.

43 FREITAS, op. cit., 2012.

44 Idem.

45 Idem.

Ademais, se não houve vistoria prévia, como pode o Estado garantir que o local do empreendimento não se encontra em Área de Preservação Permanente, por exemplo? Por que o minerador assim o garantiu? Corroborando os motivos para não aceitarmos a AAF para atividades minerárias, mais uma vez, citamos informações colhidas no trabalho de Viana⁴⁶ (2007):

Outra prática corriqueiramente observada nos últimos anos, embora não admitida oficialmente, é o falseamento da declaração, por parte do empreendedor, das corretas dimensões do empreendimento, com o objetivo de que ele seja enquadrado em classe inferior à real, portanto com menores exigências, se possível encaixando-se no âmbito da AAF e livrando-se do processo de licenciamento ambiental. Virou motivo de zombaria, por exemplo, o fato de uma conhecida mineradora ter procurado ampliar uma das maiores minas do estado mediante o requerimento de 19 AAFs em áreas contíguas, com o deliberado objetivo de burlar as normas vigentes, o que foi denegado pelo órgão ambiental.

[...]

Outro exemplo de tentativa de burla à legislação, à qual o órgão ambiental também deve estar atento, é a declaração por parte da empresa de que “só haverá lavra”, ou seja, de que não será implantada unidade de beneficiamento, o que levaria o empreendimento ao enquadramento numa classe inferior. Acontece que o beneficiamento por vezes é efetuado em outro local, o que, é evidente, também deve ser considerado para a classificação do empreendimento.

Álvaro Luiz Valery Mirra⁴⁷ ensina:

Assim, o que se conclui é que as normas federais que disciplinam o estudo de impacto ambiental – Lei 6938/1981, Decreto n. 99.274/1990 e Resolução CONAMA 001/1986 do CONAMA – são, efetivamente, em sua integralidade e em todos os seus aspectos, normas gerais e, por se mostrarem compatíveis com a previsão constitucional do art. 24, § 1º. da Constituição de 1988, não podem

⁴⁶ VIANA, op. cit, 2007.

⁴⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Impacto Ambiental*. Aspectos da legislação brasileira. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2008.

ser contrariadas pelas normas dos Estados e Municípios para o fim de reduzir o grau de proteção do meio ambiente.

Desta feita, tendo as Resoluções CONAMA 01/86, 09/90 10/90 e 237/97 exigido, expressamente o licenciamento ambiental clássico, não pode Estado de Minas Gerais se afastar do comando.

Afinal, o Princípio da Legalidade⁴⁸ se impõe aos atos administrativos. Se a norma federal impõe a realização de Avaliação e/ou Estudo Prévio de Impactos Ambientais, não é lícito ao Poder Público Estadual ou Municipal, direta ou indiretamente, dispensá-los.

Exigir ou não a Licença Ambiental às atividades minerárias, longe de ser mera faculdade do administrador, constitui dever *inafastável*⁴⁹ para regularização ambiental das atividades modificadoras do meio ambiente.

Assim, a DN COPAM 74 não deve ser entendida como válida. Afinal, *considerando que a Administração Pública deverá ficar restrita aos limites da lei, rigorosamente atrelada ao princípio da legalidade, um ato administrativo normativo contrário à lei não terá validade*⁵⁰.

Ademais disso, em verdade, a inconstitucionalidade de tal diploma transparece evidente, sendo de se destacar que sobre matéria símile já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

48 Antônio Herman Benjamin diz que o princípio da legalidade, na órbita do licenciamento ambiental, significa que o administrador, em hipótese alguma, pode se desviar da lei ou dos princípios especiais que regem a matéria. É, na palavra de Renato Alessi, a 'conformitã allá legge', ou seja, à lei ambiental. Consubstancia-se na exigência de que o ato sirva à finalidade o objetivo legal. E esse objetivo legal é a proteção do meio ambiente.

O princípio da obrigatoriedade reza que o EIA não se encontra, essencialmente, no âmbito do poder discricionário da Administração. Ou seja, a aprovação do EIA é pressuposto indeclinável para o licenciamento da atividade. A regra é a elaboração do EIA, a exceção sua dispensa.

49 MACHADO, 2001, ressalta que não invade a autonomia dos Estados o estabelecimento dessas normas e critérios pelo CONAMA, pois a proteção do meio ambiente é de competência concorrente da União e dos Estados (art. 24, VI, da CF) e à União está reservado o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 10. da CF). Citando Odete Medauar, o Prof. Paulo Afonso Leme Machado, destaca que se a Constituição Federal atribui competência à União para editar normas gerais sobre certa matéria, determina, em decorrência, que tais disposições fixadas em lei federal não de ser observadas pelos Estados e Municípios, sem que se cogite, no caso, de qualquer interferência ou desrespeito à autonomia dos Estados-membros ou Municípios. A intervenção do Poder Público estadual está integrada na matéria da Administração estadual. Entretanto, a legislação federal – no que concerne às normas gerais – é obrigatória para todos os Estados... Desconhecer ou não aplicar integralmente ou somente aplicar de forma parcial a legislação federal implica para os estados o dever deles mesmos anularem a autorização concedida ou de pedir a tutela do Poder Judiciário para decretar a anulação.

50 RIBEIRO, Carlos Luiz. *Direito Minerário Escrito e Aplicado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CONSTITUCIONAL. MEIO AMBIENTE. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL. EIA.CF art.225, § 1º, IV.Cabe ao Poder Público exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo de impacto ambiental, a que se dará publicidade. Considerando-se a importância do EIA como poderoso instrumento preventivo ao dano ecológico e a consagração, pelo constituinte, da preservação do meio ambiente como valor e princípio, conclui-se que a competência conferida ao Município para legislar em relação a esse valor só será legítima se, no exercício dessa prerrogativa, esse ente estabelecer normas capazes de aperfeiçoar a proteção à ecologia, nunca, de flexibilizá-la ou abrandá-la. (STF AgRg no RE 396.541-7 – RS – Rel. Min. Carlos Veloso. J. 14.06.2005).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 182, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL. CONTRAIEDADE AO ARTIGO 225, § 1º, IV, DA CARTA DAREPÚBLICA. A norma impugnada, ao dispensar a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, cria exceção incompatível com o disposto no mencionado inciso IV do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo constitucional catarinense sob enfoque. (STF - ADI 1086 / SC -SANTA CATARINA - Rel. Min. ILMAR GALVÃO. J. 10/08/2001).

Com efeito, urge a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, em face do art. 2º da DN COPAM 74, com pedido de exclusão do anexo, não somente da extração de ferro⁵¹, mas de todas às atividades minerárias.

É que não se entende como legítima a exigência de, somente, AAF para regularização de atividades minerárias, pelo que o Ato Administrativo que concedeu o título de lavra, seja a Guia Utilização ou a Portaria de Lavra, deve, via de consequência, ser entendido como nulo. Na exata

151 O Ministério Público Estadual obteve o deferimento liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, que, sob o número 0024.10.244.073-2, está em trâmite no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2ª Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte, e, ao julgar o recurso de Embargos de Declaração apresentado pelo Estado de Minas Gerais contra a decisão liminar, *o juízo esclareceu que a suspensão da DN COPAM 74/2004, mormente seu artigo 2º, somente diz respeito às atividades de extração de beneficiamento de minério de ferro, como pedido pelo MPMG*

determinação dos artigos 3º e 16 da Lei nº 7.805/89, o Licenciamento Ambiental prévio é elemento essencial do ato administrativo de concessão de lavra. Com efeito, *não há no ato*, deferimento do *título de lavra*, o pressuposto de validade, qual seja, a licença ambiental prévia. Assim, nulo deve ser entendido o ato que expediu a Guia de Utilização e/ou a Portaria de lavra.

É que, de acordo com a melhor doutrina administrativista, o ato administrativo deve ser compreendido, a partir de toda emanção unilateral de vontade, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir as finalidades assinaladas no sistema normativo (GASPARINI, 2004). Presentes os elementos indispensáveis à formação dos atos administrativos e estando plenamente ajustados às exigências legais, temos o ato perfeito e válido. O ato administrativo perfeito e válido é aquele que reúne elementos essenciais para a sua formação, tem que possuir todos os elementos que a lei exige, e desta maneira se aperfeiçoa e passa a existir no mundo jurídico.

CARVALHO FILHO, 2009, afirma que para o ato administrativo ser considerado válido ele deve ser legal, deve observar os requisitos de validade para que possa produzir normalmente seus efeitos. É que sem eles o ato não poderia ter a eficácia desejada pela administração, sendo, portanto, um ato nulo⁵².

Como efeito, não sendo a Autorização Ambiental de Funcionamento ou Licenciamento Ambiental e, ainda, devido à inexistência de estudos de impactos, não sendo, inclusive, um instrumento constitucional para os fins de regularizar atividades ambientais, entendemos que não foi cumprido pressuposto de validade do ato administrativo de expedição do título de lavra.

Desta feita, devido à nulidade latente do Título de Lavra deferido mediante apresentação de AAFs, existe doutrina⁵³, suficiente, a respaldar

52 Este tipo de ato teria que ter o vício de legalidade. Vício aqui pode ser no elemento competência, que quer dizer a inadequação entre a conduta e as atribuições do agente. Pode ser no elemento finalidade, que consiste na prática de ato diferenciado à interesses privados e não ao interesse público e também no elemento vício, de forma que não atende o procedimento, o meio de exteriorização previsto em lei para a apresentação do ato administrativo.

53 Segundo MELLO (2006), não há acordo doutrinário quanto à existência e caracterização destas várias figuras. Para alguns, no Direito Administrativo todo ato ilegítimo é nulo. Para outros, a distinção entre nulos e anuláveis, usual no Direito Privado, aplica-se, com as devidas adaptações, ao Direito Administrativo. Outros, ainda, acrescentam aos atos nulos e anuláveis os simplesmente irregulares, e há também quem reconheça a categoria dos atos “inexistentes”

como ilegais as lavras decorrentes do ato nulo. Há quem diga, inclusive, que são inexistentes estes atos administrativos, quais sejam, os títulos de lavra.

Entretanto, a bem da razoabilidade, como em Minas Gerais foram expedidos centenas ou milhares de AAFs, para os fins de não causar um caos econômico no setor, a nulidade deverá ser declarada. Para tanto, urge ao DNPM publicar ato com este fim, chamando os feitos a ordem, e exigindo a regularização ambiental legítima.

Pode-se, também, ser declarada a nulidade do título de lavra mediante procedimentos judiciais, propostos por, por exemplo, Ministério Público Federal, Ibama, União ou qualquer pessoa prejudicada pela lavra ilegal.

Nesta linha, as lavras amparadas com títulos precedidos de AAFs, podem e devem ser entendidas⁵⁴, judicialmente ou mediante declaração de nulidade da autarquia, como lavras ilegais, por nulidade do título de lavra expedido.

7 CONCLUSÃO

Finalizando este trabalho, é clarividente que os recursos naturais são extremamente utilizados pelos atores do modelo industrial capitalista, que depende, sobremaneira, da utilização de produtos oriundos da mineração.

Entretanto, sob o viés de uma cidadania ativista, concluímos pela necessidade de se exigir o bom desenvolvimento das atividades minerárias. A significar que se faz mistero crescimento do setor aliado à justiça ambiental.

É que, em verdade, praticamente toda atividade minerária é potencialmente poluidora, sendo frequente a ocorrência de modificações significativas na qualidade do solo e na topografia da superfície local, bem como a deposição de rejeitos sobre a vegetação. Logo impactos ambientais são inerentes a sua existência, o que exige, do Poder Público, uma legislação eficiente e uma fiscalização rigorosa, objetivando fazer cumprir os regramentos balizadores da proteção do meio ambiente.

Nesta linha, existe amplo normativo federal, com fundamento constitucional, que define como necessários os estudos de impacto ambiental para atividades potencialmente poluidoras. Entretanto, a DN COPAM 74/2004 possibilita o funcionamento, com base em mera AAF, de uma série de atividades para as quais a normatização federal exige,

54 O comando de nulidade, a bem da proporcionalidade e razoabilidade, deve ser constitutivo a nulidade do Título de Lavra, pelo que eventuais extrações posteriores serão ilegais.

expressamente, a elaboração de EIA/RIMA e a sujeição ao processo de licenciamento ambiental clássico.

A AAF objetivaria, assim, regularizar, ambientalmente, empreendimentos cujos portes impliquem em impactos não significativos, ao ponto de exigirem a condução, pelo Estado, do já citado processo de tripartição das licenças.

A filosofia, equivocada, de atuação em Minas Gerais é conceder uma autorização, com base em análise de documentos administrativos e declaração de compromisso do empreendedor e do responsável técnico quanto à adequação ambiental da sua atividade. Não são realizadas, previamente, vistoria e, muito menos, uma avaliação ambiental, tampouco são estabelecidas condicionantes, efetuando-se, em tese, somente fiscalizações *a posteriori*, para a verificação da conformidade legal da atividade.

A normatização estadual deve ser revista. Urge a adequação da DN 74/2004 ao princípio da prevenção e sua compatibilização com as normativas federais sobre a matéria são, sem dúvida, medidas essenciais e impostergáveis para a correção e reparação desses sérios equívocos.

Entrementes, devem, também, serem declarados nulos títulos de lavra expedidos mediante apresentação de AAFs, uma vez que não foi cumprindo requisito essencial do ato, qual seja, a apresentação da Licença Ambiental.

Afinal, a realidade de produção sem sustentabilidade das mineradoras não deve balizar a atuação dos órgãos competentes. Somente a fiscalização eficiente e o incremento de ações judiciais impulsionarão a busca pelo cumprimento da legislação e escolha por tecnologias desenvolvidas, que respeitem o meio ambiente e o patrimônio público.

REFERÊNCIAS

ANTÔNIO, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ARAÚJO FILHO, Walter Baere de. Informação CONJUR/MME. in: FERRARA, Marina et al. (Coord.). *Estudos em Direito Minerário*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEDRAN, Elias. *A mineração à luz do Direito Brasileiro*. v. 1, Rio de Janeiro: Alba. limitada, 1957. São Paulo: Fiúza, 2009.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e. Os princípios do Estudo de Impacto Ambiental como limites da discricionariedade administrativa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 317, jan./mar. 1992;

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. Malheiros.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional in: *Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas*, v. 2, n 3. Belo Horizonte: 1999.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito*. Notícia do direito brasileiro, Brasília, v. 6, dez. 1998.

COMISSÃO MUNDIAL, sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

COSTA, Beatriz Souza. *O gerenciamento econômico do minério de ferro com bem mineral no direito constitucional brasileiro*.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRARA, Marina *et al.* (Coord.). *Estudos em Direito Minerário*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da Teoria à Crítica*. Princípio da Proporcionalidade. Uma Visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jurgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

FREIRE, Willian. *Código de Mineração Anotado e legislação complementar mineral e ambiental em vigor*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

- FREIRE, Willian. *Direito ambiental aplicado à mineração*. Belo Horizonte: Mineira de Livros Jurídicos, 2005.
- FREIRE, Willian. *Fundamentos De Direito Minerário Brasileiro*. Disponível em: <http://www.institutowilliamfreire.org.br/?id_pagina=329>. Acesso em: 05 maio 2012.
- FREIRE, Willian. *Natureza Jurídica do consentimento e pesquisa mineral, do consentimento para lavra e do manifesto de minas no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Revista de Direito Minerário, 2005.
- FREITAS, Juez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GANDARA, Leonardo André (et al), coordenadores. *Direito Minerário: Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. Malheiros.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. Saraiva, 2005.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. Malheiros. 2001.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MARTINS, Valkiria Silva Santos. Usurpação Mineral e Defesa do Patrimônio Público: A Lavra Ilegal e a Extensão Da Proteção Dos Direitos Da Sociedade in: FERRARA, Marina *et al.* (Coord.). *Estudos em Direito Minerário*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Impacto Ambiental*. Aspectos da legislação brasileira. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2008.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Instituições de Direito Público e Privado*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. 1. ed. (ano 2008), 2ª reimpressão./uritiba: Juruá, 2010.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- RIBEIRO, Carlos Luiz. *Direito Minerário Escrito e Aplicado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. Malheiros.
- SOARES, Cristiana Nepomuceno de Sousa. Plano de Recuperação de Áreas Degradadas(PRAD), in: FERRARA, Marina *et al.* (Coord.). *Estudos em Direito Minerário*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- _____. Medidas Compensatórias de Natureza Ambiental e Florestal, in: GANDARA, Leonardo André *et al* (Cood.) *Direito Minerário: estudos*. Belo Horizonte: DelRey, 2011.
- SOUZA, Marcelo Gomes de, *Direito Minerário Aplicado*. Coordenador Marcelo Gomes de Souza -Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.
- _____; CARNEIRO, Mineração e Desenvolvimento Sustentável: A possibilidade de lavra em áreas de preservação permanente. in: SOUZA, Marcelo Gomes de. *Direito Minerário Aplicado*. Coordenador Marcelo Gomes de Souza, Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.
- VIANA, Maurício Boratto. *Licenciamento Ambiental de Minerações em Minas Gerais: Novas Abordagens de Gestão*. Maurício Boratto Viana. Brasília, 2007.

TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO

MANAGEMENT ADJUSTMENT TERM

Vanessa Canêdo Pinto Boaventura
Advogada da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 A administração gerencial; 2 Controle de gestão; 3 Termo de ajustamento de gestão – Fundamentos; 3.1. Caso concreto; 3.2 Limites para a aplicação do instituto; 3.3 Profissionalização do servidor público; 3.4 Anteprojeto de Lei orgânica da Administração Pública Federal e Entes de colaboração; 4 Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O modelo burocrático de Administração tornou-se distante da realidade econômica e social vigente e, conseqüentemente, os princípios da administração gerencial, voltada para os resultados, foram adotados pela Constituição de 1988 que, no *caput* do art. 37, fixou os princípios norteadores da nova Administração Pública.

Além dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, o princípio da eficiência surge como característica finalística da Administração e a boa administração passa a ser o foco almejado.

Junto a esta evolução, a gestão pública passa a pleitear novas formas de governança e, por conseguinte, além das formas imperativas e unilaterais predominantes na Administração, formas consensuais começam a ser criadas para proporcionar economicidade e eficiência.

Neste trabalho, será estudado o Termo de Ajustamento de Gestão, um instituto consensual utilizado no controle da administração pública e que se destina a guiar o gestor a bons resultados, de forma que se os órgãos de controle interno ou externo verificarem irregularidades na gestão poderão, consensualmente com o órgão controlado, fixar ações corretivas destinadas ao alcance de um resultado eficiente, ao invés de meramente impor ações sancionatórias.

Este instrumento já encontra disciplina legal nos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Norte, Pernambuco, Sergipe e Goiás, nos quais o Termo pode ser firmado pelos respectivos Tribunais de Contas e, ainda, no Município de Belo Horizonte, no âmbito do controle interno. Ademais, o anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração, apresentado por comissão de juristas constituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, presidida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e composta por Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Sergio de Andréa Ferreira, sugere a introdução do Termo na Administração Pública Federal.

A abordagem deste trabalho incluirá o contexto histórico dentro do qual o instituto está inserido e um exemplo de sua aplicação concreta.

1 A ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL

A partir da década de setenta, o Direito Administrativo vivenciou a transição do modelo burocrático de administração para o modelo

gerencial. O modelo burocrático caracterizava-se pela adequação dos meios e pelo atendimento dos procedimentos, enquanto o novo modelo passava a priorizar a eficiência e os resultados e pretendia atender as novas demandas da Administração Pública.

O apego à formalidade era substituído pelo foco nos resultados e na eficiência, tendo em vista que se percebeu que estes objetivos, basilares nas relações privadas, eram mais eficazes para a prestação dos serviços do que as normas presentes no padrão burocrático weberiano.

O foco passou a ser os serviços destinados à população pelo Estado e não mais o cumprimento das formalidades fixadas em lei e, com isto, a rigidez das normas deu lugar à flexibilidade e, concomitantemente, o Estado instituiu a consensualidade em seus atos.

Jacques Chevallier¹ chamou este fenômeno de evolução pragmática do direito administrativo², tendo em vista que o Estado voltou seus olhos para a atuação sobre o real, ou seja, para a concretização dos direitos públicos subjetivos dos cidadãos.

Para ilustrar as principais tendências do novo modelo gerencial, cabe citar Fernando Luiz Abrúcio, *in verbis*:

Apresento a seguir, de forma sucinta, as principais tendências de modificação no antigo padrão burocrático weberiano, vinculadas a estruturas pós-burocráticas profundamente influenciadas pelo debate em torno do modelo gerencial.

a) Incentivo à adoção de parcerias com o setor privado e com as organizações não governamentais (ONGs);

1 CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-Moderno. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 309p. Título original: L'État post-moderne. ISBN 978-85-7700-227-6. *Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público*, p.161.

2 O direito pós-moderno se apresenta como um direito pragmático sustentado por uma vontade de ação sobre o real; essa preocupação de eficácia modifica a concepção tradicional da normatividade: à rigidez toma lugar a flexibilidade e à estabilidade a adaptabilidade. Esse direito aparece como um "outro direito" (G. TIMSIT, 1996), não tendo mais nada a ver com o "direito regulamentar" clássico; sucedendo ao direito "abstrato, geral e desencarnado", "direito jupiteriano" (F. OST, 1996), exprimindo a transcendência estatal, ele será caracterizado "por sua adaptação ao concreto, sua aproximação aos indivíduos, sua adequação ao contexto das sociedades que ele pretende reger".

Esse pragmatismo influencia as condições de emprego da técnica jurídica: enquanto o espaço do direito convencional experimenta uma constante ampliação, os destinatários são cada vez mais frequentemente associados ao processo de elaboração das normas e os modos de comando tradicionais são substituídos por procedimentos informais de influência e de persuasão.

b) Ampla introdução de mecanismos de avaliação de desempenho individual e de resultados organizacionais, atrelados uns aos outros, e baseados em indicadores de qualidade e produtividade; setores, horizontalizando a estrutura hierárquica;

d) Descentralização política, apoiada no princípio de que quanto mais perto estiver do cidadão do poder de decisão com relação às políticas públicas, melhor será a qualidade da prestação do serviço e, de fundamental importância, maior será o grau de *accountability*. Os governos também têm atuado no sentido de implantar políticas de coordenação entre as várias esferas administrativas;

e) Estabelecimento do conceito de planejamento estratégico, adequado às mudanças no mundo contemporâneo e capaz de pensar, também, as políticas de médio e longo prazo;

f) Flexibilização das regras que regem a burocracia pública, principalmente o Direito Administrativo, com efeitos inclusive em países com modelos extremamente burocratizados, como a Espanha, a França e a Itália (D'ALBERTI, 1992). A negociação coletiva, a introdução de ganhos de produtividade e novos critérios de promoção têm flexibilizado a administração de pessoal no setor público. Como aponta o último relatório do Banco Mundial sobre o mundo do trabalho, a globalização vai obrigar também o Estado a mudar suas políticas de pessoal.

“Muitos governos estão se dando conta de que uma exposição maior à concorrência internacional requer burocracias flexíveis que funcionem bem. Para serem empregadores eficazes e assegurar serviços de alta qualidade, os governos necessitam reformar suas políticas de remuneração, seleção e promoção de pessoal [...]” (RELATÓRIO DO BANCO MUNDIAL, 1995: 109).

g) Mesmo com a flexibilização da política de pessoal, a profissionalização do servidor público continua sendo prioridade, como bem o demonstra o caso italiano, em que 2/3 das reformas administrativas ocorreram na área de Recursos Humanos, sobretudo nos Planos de Carreira (CASSESE, 1989). Robin Butler, alto funcionário da burocracia inglesa, escreveu recentemente que a manutenção do conceito de carreira no serviço público é um dos objetivos primordiais de qualquer governo (BUTLER, 1993: 404).

Além disso, as políticas de motivação têm recebido grande atenção, uma vez que pouca atenção foi dada a esta área no início da implantação do modelo gerencial. Como argumenta Pollitt, o *managerialism* “enfetizava mais o controle de pessoal do que o seu desenvolvimento; mais à avaliação do que o estímulo; mais no (controle) dos recursos do que na formação moral dos funcionários” (POLLITT, 1990: 60).

Atualmente, há também uma revalorização da questão da ética no serviço público (GREEN, 1994; DENHARDT, 1994).

h) Desenvolvimento das habilidades gerenciais dos funcionários, em particular os de nível médio e os do alto escalão burocrático. Neste sentido, os funcionários precisam possuir uma grande versatilidade, atuando em várias funções. As principais funções são a de administrador, vinculada à capacidade de trabalhar com os regulamentos rotineiros; a de produtor, ligada ao aumento da produtividade com qualidade; a de inovador, capaz de encontrar novas respostas e modernizar o fluxo de decisões; e a de integrador, habilitado à congregar seu grupo a atuar em conjunto na busca de um objetivo. Este conceitos são relacionados no quadro abaixo.³

Observe-se que a flexibilização das normas, a negociação coletiva, o aumento da produtividade, a instituição de parcerias, a profissionalização do servidor público, a contratualização, a consensualização, a participação popular e o foco nos resultados surgiram como tendências dessa nova forma de organização da máquina administrativa e, diante desta maior flexibilização das normas jurídicas e o foco na eficiência, surgiu uma nova forma de controle, qual seja, o controle de gestão.

2 CONTROLE DE GESTÃO

Conforme lições de Odete Medaur, em *estudos publicados a partir da década de setenta do século XX, menciona-se, dentre os tipos de controle, o chamado controle de gestão, pelo qual as atividades recebem fiscalização sob os resultados da gestão.*⁴

O controle de gestão, que adveio da gestão por objetivo, foi uma proposta do francês Jean Costet, no seminário franco-mexicano,

3 ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na administração pública - Um breve estudo sobre a experiência internacional recente. *Cadernos ENAP*; n. 10, 1997. p. 36-39.

4 MEDAUR, Odete. *Controle da administração pública*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 15.

realizado no México em 1973, e baseia-se em objetivos de produção ou realização e na possibilidade de fixação de ações corretivas. Cita-se:

A rigidez no funcionamento da estrutura hierarquizada da Administração, a consequente diluição de responsabilidades, os aspectos desfavoráveis do controle hierárquico acarretaram a busca de novos métodos de direção e de novas técnicas de controle. No seminário franco-mexicano sobre a função de controle na Administração Pública, realizado no México em 1973, o francês Jean Costet propôs a chamada gestão por objetivo, do que decorria o controle de gestão, recomendado nas conclusões do simpósio. Em síntese, o referido autor expõe o seguinte: 'A gestão observa três fases: determinação dos objetivos e dos programas; medida dos resultados e verificação dos desvios; execução de ações corretivas. O controle de gestão baseia-se em objetivos de realização ou de produção; o esquema geral desta gestão por objetivo parece simples: definem-se produtos e produções; cada centro de responsabilidade vê fixados, para a realização de certos resultados após diálogo, objetivos de ação relativos ao nível de despesa, qualidade, quantidade, respeito aos programas, para cumpri-los, cada centro de responsabilidade recebe delegações de autoridade; a realização do controle requer a utilização de indicadores de gestão e a execução de um orçamento apoiado por uma análise de custos em nível refinado, quadros periódicos efetuam a síntese das informações, as quais, por comparação com os objetivos, permitem a realização permanente de ações corretivas". Segundo o mesmo autor, a noção de *chefe de projeto* é o corolário desta concepção das relações entre os diferentes escalões da Administração; para um desempenho claramente definido, preferível é a designação de um responsável único (chefe de projeto) a atribuí-lo às estruturas hierárquicas tradicionais que dividem a responsabilidade.⁵

De acordo com o autor, a gestão observa três fases: determinação dos objetivos e dos programas, medida dos resultados e verificação dos desvios e execução de ações corretivas.

Portanto, para permitir o controle da gestão, o ente estatal deve disponibilizar seus programas e metas para que o órgão controlador verifique a eficácia dos atos do Poder Público, a legalidade, a legitimidade

5 MEDAUR, Odete. Controle da administração pública. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 65-66, apud "Le contrôle hiérarchique, *Revista de Administración Pública*, jan./abr. 1973. p. 78.

e a licitude⁶ e então possa aferir se a máquina administrativa está cumprindo sua missão constitucional de proporcionar serviços eficientes aos cidadãos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende que o controle de resultados é um controle de legitimidade da ação político-administrativa que poderá dar um tão esperado basta aos gastos demagógicos dos governos, aos investimentos inúteis, às obras paralisadas, aos projetos mirabolantes, às benesses com recursos públicos, ao assistencialismo inconsequente, que vicia e estimula a passividade e a tantas outras formas degeneradas de falsas e enganosas políticas públicas, que malbaratam os insuficientes recursos a duras penas retirados impositivamente da sociedade.⁷ Destarte, o autor chama este controle de um controle forte de juridicidade pós-moderna, uma vez que atingirá os resultados substanciais da ação.⁸

6 Na dogmática clássica, a característica jurídica de eficácia dos atos do Poder Público não continha em si qualquer apreciação quanto ao resultado concreto da ação, mas, apenas, a de sua aptidão para produzi-lo em abstrato. É evidente que tal característica, tão importante quanto as de existência e da validade, que logicamente a precedem, é insuficiente para a adequada descrição destes atos no atual contexto de um Direito ampliado por uma juridicidade de três dimensões: legalidade, legitimidade e licitude.

Realmente, ao se considerar a importância de se aferir o resultado da ação estatal, notadamente na administração pública, torna-se imprescindível aditar a característica finalística da eficiência. Neste sentido, já em 1948, a Constituição italiana, a pioneira Carta Política europeia moderna do Segundo Pós-guerra, seguindo os passos de uma doutrina que remontava às lições de Raffaele Resta, incluía em seu texto a garantia do bom andamento da administração com vistas à realização do conceito de buona amministrazione, um conceito que trinta anos mais tarde a Constituição da Espanha viria a aperfeiçoar, incluindo-o entre os princípios regeadores da pública administração, com a atual denominação de princípio da eficiência.

[...] Restava, porém, mais um passo com a introdução do conceito de efetividade, ou seja, do atingimento satisfativo geral do interesse público. A destacada consequência dessa despertada preocupação, não apenas com o processo de decisão, como era da tradição administrativa, mais, ainda além, com o resultado do decidido, pode ser bem apreciada na evolução da técnica do controle, pois além dos tradicionais controles de existência, de validade, de eficácia e de eficiência dos atos públicos, acrescentou-se um quinto, o de efetividade, destinado a verificar se a ordem dos fatos reproduz, enfim, a contento, o que foi disposto na ordem jurídica.

Frise-se, portanto, que é este quinto modo de controle ganha especial relevância para a valorização da cidadania, pois é através dele que a legitimidade ganha visibilidade na ação do Estado, sendo precisamente essa qualidade que permite confrontar a ação administrativa com o seu resultado prático, ou seja, a verificação finalística daquilo que de modo tão nítido se averba na Constituição Portuguesa: "A Administração Pública persegue o interesse público, no respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos pelo cidadão." MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, jan./mar. 2003. p. 141.

7 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.189-190.

8 Idem, p. 186.

Com foco neste controle de gestão, a comunidade jurídica vem pensando formas de permitir que a Administração faça um controle de resultados destinado a verificar se o Estado está sendo eficiente e, neste contexto, foi criado o Termo de Ajustamento de Gestão.

3 TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO

O Termo de Ajustamento de Gestão consiste num mecanismo de controle de gestão, baseado no modelo gerencial de administração, que permite que o órgão controlador, no caso de irregularidades detectadas na gestão pública, ao invés de simplesmente punir o gestor trace, de forma consensual, ações corretivas destinadas ao alcance da finalidade pública.

A assinatura do Termo de Ajustamento de Gestão suspende a aplicação de penalidades ou sanções aos gestores para que estes, em prazos e condições preestabelecidos, regularizem atos e procedimentos, sendo que o descumprimento das condições e prazos gera rescisão automática do Termo e a consequente sanção.

O instituto tem por fundamento constitucional o princípio da eficiência, que demanda a substituição do controle-sanção pelo controle-consenso nos casos em que este se demonstrar mais econômico e eficaz. O tema é abordado por Luciano Ferraz, *in verbis*:

A ideia fundamental subjacente ao modelo proposto foi a alteração da lógica dos mecanismos de controle, que deixam de ser visualizados numa vertente estritamente sancionatória – visão típica do Direito concebido como ordem de coerção –, para se afirmar como meio de pacificação negociada das controvérsias na ordem interna, na conformidade do que preceitua o Preâmbulo da Constituição da República de 1988 (CR).

Com efeito, a concepção da atividade de controle exclusivamente como “controle-sanção” pertence ao tempo em que tanto a atividade de administração pública quanto o ordenamento jurídico buscavam sua essência no positivismo: a administração seria eficiente e otimizada se cumprisse fidedignamente os procedimentos traçados pelos regulamentos organizacionais (Escola da Administração Científica), e o Direito restaria respeitado à medida que o Administrador cumprisse à risca os artigos de lei (abstrata e genérica) predispostos pelo Legislador (princípio da legalidade estrita).

[...]

É que na lógica do controle-sanção não há meio termo: ou a conduta do controlado é conforme as regras e procedimentos ou não é: neste último caso, deve-se penalizar o sujeito, independentemente das circunstâncias práticas por ele vivenciadas na ocasião e das consequências futuras, às vezes negativas para o próprio funcionamento da máquina administrativa.

Nesse cenário, restou concebida a ideia de produção de instrumentos consensuais de controle, com o objetivo deliberado de substituir parcialmente o controle-sanção pelo controle-consenso, e o controle-repressão pelo controle-impulso.

A partir dessa premissa, para o âmbito da Corregedoria Geral, o instrumento proposto e implantado foi a SUSPAD – Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar, introduzida pelo artigo 6º da Lei Municipal nº 9.310/06, e regulamentada pelo Decreto nº 12.636/07.

No setor financeiro, orçamentário, patrimonial, operacional e do cumprimento das finalidades sociais da Administração Municipal de Belo Horizonte – área de atuação da Auditoria Geral –, o instrumento de controle consensual proposto e implantado, que será tratado neste artigo, foi o TCG – Termo de Compromisso de Gestão – ou TAG – Termo de Ajustamento de Gestão –, previsto no Decreto nº 12.634/2007.⁹

Além disso, outros dispositivos que fundamentam o instituto são o inciso IX do art. 71 da CR/88, o art. 74 da CR/88 o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública) e o § 1º do art. 59 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Transcrevem-se os dispositivos citados:

Art. 71 - O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

9 FERRAZ, Luciano. Controle interno da administração pública e termos de ajustamento de gestão: experiência do Município de Belo Horizonte. *Revista Finanças dos Municípios Mineiros*, Ano 6, 2010. Disponível em: <<http://www.multiplicidadesonline.com.br/paginasNoticias/noticia.aspx?&id=42>>.

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

Art. 5º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

§ 6º - Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

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

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

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

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

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

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

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

§ 1º - Os Tribunais de Contas alertarão os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 quando constatarem:

I - a possibilidade de ocorrência das situações previstas no inciso II do art. 4º e no art. 9º;

II - que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite;

III - que os montantes das dívidas consolidada e mobiliária, das operações de crédito e da concessão de garantia se encontram acima de 90% (noventa por cento) dos respectivos limites;

IV - que os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei;

V - fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária.

A novidade trazida pelo Termo de Ajustamento de Gestão é a inserção da consensualidade na resolução do problema associada à participação ativa do órgão controlado. Ao invés de as ações corretivas serem impostas de forma unilateral pelo órgão de controle, seja interno, seja externo, são decididas de forma dialógica, conforme asseveram Cláudia Costa Araujo e Marília Souza Diniz Alves:

A solução negociada dos conflitos convida o jurisdicionado a assumir um papel ativo no controle, deixando de ser mero espectador, uma vez que fica evidente que a punição não é tão eficaz para melhorar a gestão.

A construção consensual baseia-se na rememorada técnica grega da dialética, entendida como arte de trabalhar com opiniões opostas, que instaura entre elas um diálogo, confrontando-as, no sentido de um procedimento crítico. Tem por base a prudência, virtude que pondera, sopesa os diversos argumentos para ao final formular um acordo de forma equilibrada. Conforme Viehweg (2008, p. 13), “[...] se trata de reconduzir todo juízo, com apoio em valorações topicamente argumentadas, a uma plausibilidade que se apresenta como racionalidade social evidente.”

O TAG é norteado por três princípios, quais sejam:

1) *Consensualidade*. Impõe à Administração Pública o dever de, sempre que possível, buscar a solução para questões jurídicas e conflitos pela via do consenso. A consensualidade é alternativa fundamental e necessária e, em matéria de controle público representa o novo paradigma, no qual o Direito Administrativo caminha da rigidez autoritária à flexibilidade democrática.

2) *Voluntariedade*. Por esse princípio temos que as partes devem participar do procedimento de forma livre, voluntária, exercendo assim em plenitude a autonomia, sem afetar a discricionariedade do gestor.

3) *Boa-fé*. Se houver indícios de má-fé ou se o dano já tiver ocorrido, o TAG não será cabível. A disseminação dos TAGs ainda é incipiente, mas está acontecendo em nível nacional. Até julho de 2012, dos trinta e quatro Tribunais de Contas, cinco já possuem norma que versa sobre a matéria, quais sejam, os de Minas Gerais, Rio Grande do Norte, Pernambuco, Sergipe e Goiás.

Ressalte-se que a assinatura do TAG não pode limitar a discricionariedade do gestor. Ou seja, a lei confere ao gestor uma série de possibilidades de ação para satisfazer determinada necessidade pública, que ele escolhe tendo em vista o caso concreto. Por ser um instrumento eminentemente consensual, o TAG não pode restringir essa liberdade de escolha.

[...]

Ao firmar-se um TAG, chega-se a uma verdade dialética, que tem como o pressuposto o consenso pelo diálogo.¹⁰

Além do diálogo voltado para a boa administração, a consensualidade evita eventuais litígios judiciais entre exercentes de função pública. Explica-se.

Conforme destaca Marçal Justen Filho¹¹, em princípio, o descumprimento da decisão do Tribunal de Contas não se identifica com

10 ARAUJO, Cláudia Costa; ALVES, Marília Souza Diniz. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito administrativo pós-moderno. *RevistaTCE/MG*, jul./ago./set./2012. p. 87 e 90. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1606.pdf>>.

11 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1004.

o descumprimento de decisão judicial e caracteriza-se apenas como um litígio entre exercentes de função pública, a ser composto por meio do Poder Judiciário ou, eventualmente, do Congresso Nacional (se a conduta do Presidente da República der origem a processo de crime de responsabilidade). Continuando o raciocínio, o autor discorre:

No entanto, essa orientação sofreu forte rejeição em vista da decisão adotada pelo STF no Mandado de Segurança n. 24.510/DF. Foi reconhecida a atribuição pela Constituição em favor do TCU de competências instrumentais implícitas àquelas expressamente enumeradas. Em termos específicos, admitiu-se que o TCU disporia de competência para emitir *medida cautelar* destinada a sustar atos administrativos que reputasse potencialmente aptos a produzir lesão irreparável a interesse sob a sua tutela. Essa orientação não significa, como é evidente, que a medida cautelar produzida pelo TCU apresentaria natureza jurisdicional. Caberia ao interessado (inclusive à própria Administração Pública assujeitada aos efeitos da medida cautelar) invocar a tutela jurisdicional para a defesa de seus próprios interesses.

Com o Termo de Ajustamento de Gestão, a consensualidade é inserida na solução do problema. Ao invés de a decisão ser imposta de forma unilateral pelo órgão de controle, seja interno, seja externo, será tomada de forma dialógica e os órgãos controlados participarão de forma pró-ativa da construção da melhor solução, fato que evitará eventuais litígios na medida em que a experiência do gestor será levada em consideração.

Postas estas considerações sobre o Termo de Ajustamento de Gestão, verifica-se que, na teoria, a criação do instituto está de acordo com a doutrina mais recente sobre a boa administração e sobre a contratualização, de acordo com a qual, conforme assevera Jacques Chevallier¹², encontra-se a racionalidade cooperativa do Estado na função de regulador que deve *privilegiar a contratualização em face do enquadramento pela via regulamentar e o contrato aparece, desse modo, como um instrumento pelo qual os atores públicos procuram atingir seus objetivos*.

Verificar-se-á por meio do estudo de um caso concreto se sua aplicação está observando as limitações constitucionais.

12 CHEVALLIER, op. cit., p. 161-162.

3.1 TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO – CASO CONCRETO

O art. 93-A da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais introduziu o Termo de Ajustamento de Gestão em sua estrutura, conforme se transcreve:

Art. 93-A. Fica instituído, no âmbito do Tribunal de Contas, Termo de Ajustamento de Gestão para regularizar atos e procedimentos dos Poderes, órgãos ou entidades por ele controlados.

§ 1º O Termo de Ajustamento a que se refere o caput poderá ser proposto pelo Tribunal de Contas ou pelos Poderes, órgãos e entidades por ele controlados, desde que não limite a competência discricionária do gestor.

§ 2º A assinatura de Termo de Ajustamento de Gestão suspenderá a aplicação de penalidades ou sanções, conforme condições e prazos nele previstos.

§ 3º É vedada a assinatura de Termo de Ajustamento de Gestão nos casos em que esteja previamente configurado o desvio de recursos públicos e nos casos de processos com decisão definitiva irrecorrível.

§ 4º Nos casos em que o Termo de Ajustamento de Gestão impuser obrigações a particulares, por via direta ou reflexa, estes serão notificados previamente, observado o devido processo legal.

§ 5º Os efeitos decorrentes da celebração de Termo de Ajustamento de Gestão não serão retroativos se resultarem no desfazimento de atos administrativos ampliativos de direito, salvo no caso de comprovada má-fé.

§ 6º O não cumprimento das obrigações previstas no Termo de Ajustamento de Gestão pelas autoridades signatárias enseja sua automática rescisão.

§ 7º Cumpridas as obrigações previstas no Termo de Ajustamento de Gestão, o processo relativo aos atos e procedimentos objeto do termo será arquivado.

§ 8º O Termo de Ajustamento de Gestão será publicado na íntegra no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas.

Art. 93-A e parágrafos - Acrescentado pelo art. 7º da Lei Complementar nº 120/11, de 15.12.2011

Art. 93-B. O Tribunal de Contas regulamentará a aplicação do Termo de Ajustamento de Gestão em ato normativo próprio.

Art. 93-B - Acrescentado pelo art. 7º da Lei Complementar nº 120/11, de 15.12.2011

(LEI ORGÂNICA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - Lei Complementar nº 102 de 17/01/08, alterada pela lei Complementar nº 120/2012)

Com fundamento neste dispositivo, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais firmou, em 2012, um Termo de Ajustamento de Gestão com o Estado de Minas Gerais que, em síntese, permite que o Estado de Minas Gerais aplique um percentual menor do que o percentual fixado constitucionalmente em saúde e educação até o ano de 2014.¹³

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais pediu a anulação deste Termo de Ajustamento de Gestão, por meio do processo

13 Tribunal aprova TAG que ajusta índices de educação e saúde no Estado:

O Tribunal de Contas aprovou, por unanimidade, em Sessão do Pleno do dia 25/04, o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), proposto pelo Governo do Estado, solicitando a adequação de gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. O Conselheiro Mauri Torres é o relator da matéria.

De acordo com o novo instrumento, o Governo do Estado compromete-se a alcançar os índices mínimos constitucionais, de 25% da receita corrente líquida na aplicação na manutenção do ensino e de 12% em ações e serviços públicos da saúde, até o exercício de 2014.

O instrumento aprovado apresenta uma tabela de progressão que indica os índices de investimento na saúde de 9,68% em 2012; 10,84% em 2013 e, finalmente, os 12% em 2014. Na área da educação, os índices ajustados são 22,82% para 2012; 23,91% para 2013 e para 2014, os 25% exigidos pela Constituição Federal.

O Termo de Ajustamento de Gestão será acompanhado pelo Conselheiro Relator, que poderá solicitar informações periódicas e determinar a realização de diligências a fim de apurar o cumprimento das metas pactuadas, com o apoio das unidades técnicas do TCE, em especial da Coordenadoria de Avaliação da Macrogestão Estadual.

Esse foi o primeiro TAG aprovado pelo TCE, desde que o instrumento foi instituído pela Lei Complementar nº 120/11, fruto de projeto de autoria do Tribunal de Contas. Os TAGs permitem que o Tribunal possa ajustar com os jurisdicionados (órgãos e entidades fiscalizados) medidas para sanar irregularidades e suspender a punição nos casos em que não foi comprovada a má-fé e em que não houve desvio de recursos públicos. O Termo de Ajustamento de Gestão foi regulamentado por meio da Resolução nº 01 de 2012, publicada no Diário Oficial de Contas (DOC), em 15/02/2012.

nº 1295901-65.2012.8.13.0024, que tramita na 5ª Vara de Fazenda Estadual, sob o argumento de que, em síntese, o Termo viola o inciso II do artigo 77 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, acrescentado pela EC n. 29/00 e a Lei Complementar nº 141/2012, que preveem que os Estados deverão aplicar 12% do produto da arrecadação de impostos a que se refere o art. 155 em ações e serviços públicos de saúde e, ainda, o art. 212 da CR/88 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), n.º 9.394/96, que dispõem que os Estados deverão aplicar, anualmente, nunca menos que 25% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Diante deste caso, no qual o Termo de Ajustamento de Gestão altera um mandamento constitucional e permite investimentos menores em saúde e educação, pergunta-se se este Termo está dentro dos limites e possibilidades fixados pela doutrina para a aplicação do instituto.

3. 2 LIMITES PARA A APLICAÇÃO DO INSTITUTO

Primeiramente, deve-se ter em mente que o órgão controlador não pode limitar a discricionariedade do gestor, uma vez que não há transferência de competência entre os exercentes de função pública quando da assinatura do Termo de Ajustamento de Gestão e, ainda, que o Termo não poderá ser assinado quando estiver caracterizada a má-fé do dito gestor.

Ademais, conforme leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, jamais se cogita de negociar o interesse público, mas sim os modos de atingi-lo com eficiência. Veja-se:

[...] jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência. É que coexiste com o

Para o Presidente do Tribunal de Contas, Conselheiro Antônio Carlos Andrada, “o TAG visa adequar o funcionamento do TCEMG ao modelo de consensualidade e tem como principal objetivo modernizar os mecanismos de controle à disposição da Instituição”.

O novo instrumento encontra subsídio na Constituição da República de 1988, na Lei de Ação Civil Pública e na Lei de Responsabilidade Fiscal. Ainda vale destacar que instrumentos de mesma natureza já foram ou estão sendo aplicados efetivamente por diversos órgãos públicos de fiscalização em todo o País, na busca da solução ajustada de irregularidades praticadas por gestores. No município de Belo Horizonte, por exemplo, foi editado o Decreto nº 12.634, de janeiro de 2007, regulamentando o chamado Termo de Compromisso de Gestão.

No mesmo sentido, orientaram-se os elaboradores do anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal, cujo artigo 57 prevê o Termo de Ajustamento de Gestão, e também alguns tribunais de contas, que já fazem uso ou, pelo menos, têm ratificado a possibilidade de se utilizarem esses instrumentos, a exemplo dos tribunais dos estados de Roraima, Rio Grande do Sul e Goiás. Disponível em: <<http://www.tce.mg.gov.br/Imprimir.asp?codPagina=1111620189>>.

interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante de compô-lo.¹⁴

Na mesma linha, Daniela de Mello defende que a contratualização garante maior liberdade para os gestores públicos, mas não afasta a submissão à legalidade. Veja-se:

Na nova abordagem de organização administrativa estão presentes instrumentos jurídicos mais flexíveis, como o contrato de gestão que utiliza o controle de resultados, *a posteriori*, em substituição ao método empregado pela Administração burocrática, que prevê o alcance da eficiência a partir da legalidade racional.

[...]

Para Ferrara, os contratos de gestão, denominados acordos de programa, são na verdade pactos em que dois ou mais sujeitos públicos podem livremente dispor sobre normas de atribuição de poder, ou seja, sobre competência, não estando afastada a celebração de contratos de gestão com entidades privadas.

[...]

Indaga-se, portanto, o campo de atuação da manifestação de vontade dos contratantes e da transação dos interesses no âmbito do Direito Público. O instrumento pode prever maior liberdade de atuação às partes contratantes, elastecendo o campo da discricionariedade administrativa, entretanto ao Estado-Administração não é atribuída a competência para criar o Direito, ou seja, para elaborar as regras aplicáveis ao contrato em tela.

A celebração de instrumento particular não pode afastar a submissão à legalidade. Mesmo não estando presentes todas as premissas legais condicionantes da atuação administrativa, a liberdade da Administração nunca é idêntica àquela gozada pelos particulares, pois ainda que sob o regime de Direito Privado, a liberdade conferida ao administrador não pode ser outra que não a prática do fim previsto na norma.

14 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 154, jan./mar. 2003.

Para Bresser, a efetividade do controle de resultados numa administração pública depende da existência de um certo grau de confiança, ainda que limitada, mas permanentemente controlada por resultados e capaz de permitir a delegação, para que o gestor público possa ter liberdade de escolher os meios mais apropriados ao cumprimento das metas prefixadas, não existindo tal confiança na administração burocrática.

Não obstante, tal afirmação parece negar um dos princípios consagradores da Administração burocrática, qual seja, a observância da impessoalidade, que revela a atuação do administrador em consonância com a finalidade legal. A confiança, nesse sentido, advém da lei. Tal consideração enseja, também, a concepção de moralidade pública, pois, no âmbito da atuação da Administração, não se discute a moral subjetiva do agente, mas a moral institucionalizada que reflete os ideais da própria organização, considerada requisito condicionante da validade da conduta administrativa¹⁵.

Qual seria então a limitação a que estariam sujeitos os gestores públicos quando da assinatura do Termo de Ajustamento de Gestão?

Diogo de Figueiredo fixa o primeiro limite e afirma que a legalidade constitucionalmente referida, *ou, simplesmente, a legalidade constitucional, vincula toda a ação político-administrativa dos agentes públicos – aos quais cabe definir a escolha e executá-la concretamente – destinada à realização dos fins da ação administrativa, daí se poder denomina-la, indiferentemente, de legalidade finalística ou de legalidade de resultado.*¹⁶

Onofre Alves Batista aduz que a:

“autonomia pública de contratar” traduz-se na atribuição à Administração Pública de margem de discricionariedade para verificação da conveniência e da oportunidade da celebração do contrato. A “autonomia pública de formação de conteúdo” significa a abertura de margens de discricionariedade que possibilitam a formação do conteúdo do contrato. A “autonomia pública contratual”, assim, evidencia-se diante da ausência de predeterminação exaustiva e integral do conteúdo do contrato

15 COELHO, Daniela Mello. *Administração pública gerencial e direito administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 168-169.

16 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.185.

(discricionariedade de conteúdo) ou da conveniência e oportunidade de contratar (discricionariedade de conclusão).¹⁷

Portanto, o Termo deve se limitar à legalidade *lato sensu*, que inclui não só as leis, como todos os princípios vigentes no ordenamento jurídico. Além disto, não há aumento da competência dos exercentes da função pública, de maneira que o órgão controlador está limitado aos mesmos princípios a que o órgão controlado está quando da instituição das políticas públicas e somente está autorizado a praticar ações corretivas destinadas ao alcance da finalidade pública.

No caso concreto citado no capítulo anterior, o Termo foi firmado em relação a matéria posta na Constituição de forma vinculada sobre a qual não poderia ter qualquer disponibilização, do que ressaia a inconstitucionalidade do documento, atrelada à omissão do dever do órgão de controle de adotar as medidas destinadas à sanção dos responsáveis e correção das medidas.

3.3 PROFISSIONALIZAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO

A nova organização administrativa busca de seus gestores uma postura de administrador, inovador e conhecedor dos regulamentos na busca da finalidade pública. No atual contexto, portanto, a Administração deve atuar como parceira de seus servidores e angariar esforços para que seus quadros sejam ocupados por servidores públicos qualificados.

A capacitação e a profissionalização do servidor são atividades previstas no §2º do art. 39 da CR/88. Transcreve-se:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide ADIN nº 2.135-4)

[...]

§ 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores

17 BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. Quartier Latin, 2007. p. 472-473.

públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

O servidor que irá participar de uma transação deve ser capacitado, ou seja, deve conhecer a finalidade pública, os limites e possibilidades que lhe são permitidos pelo direito administrativo, bem como os objetivos do controle de gestão.

Considerando que o servidor deve estar pronto para gerir o dinheiro público, aquele que se sentir incapacitado para o exercício de atribuições específicas e especiais deve solicitar à chefia a capacitação, tema retratado pelo Decreto Federal nº 5.507, de 23 de fevereiro de 2006. Sobre o assunto, colaciona-se o seguinte excerto:

Para atuar de maneira pró-ativa, a designação do gestor de contratos deve recair sobre o servidor que detenha conhecimentos sobre a visão sistêmica do processo de contratação na Administração Pública, envolvendo todas as etapas desde os instrumentos de planejamento (PPA, LDO, LOA, Decreto de Programação Orçamentária e Financeira).

Conhecer o processo licitatório, a fiscalização e o gerenciamento do contrato, observando as fases da despesa pública (empenho, liquidação e pagamento) e ter conhecimento técnico sobre o objeto contratado, visando o resultado positivo para a instituição, trabalhando em equipe, quebrando os paradigmas de “que sempre foi feito assim”, “mandaram fazer assim...”, ou ainda: “isso é feito há vinte anos...” etc.

Essa postura é de uma administração burocrática, e não de uma administração gerencial, voltada para resultados, onde o servidor deverá ser capacitado, participativo, criativo, pró-ativo, assumindo os seus atos de forma responsável.

Caso o servidor designado para acompanhar o contrato não se sinta capaz para desempenhar essa função e não podendo se negar a desempenhá-la, deverá solicitar à chefia imediata a capacitação, nos termos do Decreto nº 5.507, de 23 de fevereiro de 2006, que estabelece em seu art. 3º a necessidade de capacitação do servidor público, pelo menos uma vez ao ano.

Verifica-se que o serviço contratado deve se enquadrar na atividade-meio da Administração, referir-se à legislação específica e que não exista a personalidade e a subordinação direta. Assim é que está prevista a figura do preposto, na forma do art. 68 da Lei nº 8.666/93, já mencionado.”

(Gestão de contratos de terceirização na Administração Pública: teoria e prática: [planilha de custos: formação de preços e sua composição] / Antonieta Pereira Vieira; Henrique Pereira Vieira; Madeline Rocha Furtado; Monique rafaella rocha Furtado. 2. Ed. Ver. E ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2007. P. 154/155.)

Ainda sobre o tema, são as lições de Benjamin Zymler:¹⁸

Deve se ter em mente, no entanto, que a procedimentalização do Direito Administrativo, por si só, não garante a eficiência da atuação estatal. Ao lado da procedimentalização, deve existir a melhora do nível técnico jurídico dos agentes públicos que irão interagir dentro desse novo cenário. *O domínio dos princípios gerais de Direito Administrativo são imprescindíveis para que estes agentes possam extrair o máximo do “sistema procedimental”. A ausência de embasamento jurídico mínimo, por sua vez, pode levar à ineficiência do sistema, fazendo com que a procedimentalização sirva, tão-somente, para burocratizar a atuação regulatória do novo estado Social, submetendo-a a toda sorte de impugnações perante o Poder Judiciário.*

O Tribunal de Contas da União passou recentemente a atuar no controle de gestão, atividade que se iniciou com a capacitação de seus servidores e com uma parceria com o Reino Unido.

Em 1996, o TCU patrocinou o Projeto de Capacitação em Avaliação de Programas Públicos, desenvolvido com o apoio da Fundação Getúlio Vargas, em parceria com a *Virginia Polytechnic Institute and State University* e a *National Academy of Public Administration*. Um dos principais produtos desse Projeto de Capacitação foi a elaboração do Manual de Auditoria de Desempenho, posteriormente denominado Manual de Auditoria de Natureza Operacional, que trata dos procedimentos básicos adotados pelo corpo técnico do TCU nos trabalhos de auditoria operacional e de avaliação de programa.

18 ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41-42.

Além de apresentar as principais metodologias empregadas em trabalhos dessa natureza, o Manual introduziu um novo instrumento de planejamento dos trabalhos de auditoria, a Matriz de Planejamento, originalmente desenvolvida pelo GAO, e que vem sendo utilizada inclusive nas auditorias de conformidade realizadas pelo TCU.

O treinamento do corpo técnico evidenciou que para a realização de auditorias de natureza operacional seria necessária a utilização de metodologia específica e sofisticadas técnicas de coleta e análise de dados no campo da pesquisa social, em função da complexidade das atividades e dos programas a ser avaliados. Tais exigências eram imprescindíveis para conferir aos trabalhos a qualidade e utilidade desejada, essenciais não apenas para convencimento do público externo, mas, principalmente, dos técnicos e autoridades do TCU responsáveis pela implementação dessa nova modalidade de atuação do órgão.

Essa constatação decorreu da realização de auditorias de natureza operacional, iniciados em meados dos anos 80, cujos resultados denotaram a necessidade de adoção de metodologia que possibilitasse a avaliação da ação governamental quanto a economicidade, eficiência, e efetividade.

Com o intuito de suprir a necessidade de instrumentos adequados para a realização das auditorias dessa natureza e fiel à visão institucional de ser reconhecido como instituição de excelência no controle da administração pública, o TCU implantou, em 1998, o Projeto de Desenvolvimento de Técnicas de Auditoria de Natureza Operacional, com vigência de três anos - de junho de 1998 a junho de 2001-, com o apoio do Reino Unido. Foram realizadas, no âmbito desse Projeto, vinte e quatro auditorias de natureza operacional em programas das áreas de saúde, educação, meio ambiente,

assistência social e agricultura.

Em decorrência dos resultados do Projeto, avaliado positivamente pelo Tribunal e pelo *Department for International Development* – DFID/UK, foi assinada a fase II do acordo, intitulada “Projeto de Aperfeiçoamento do Controle Externo com Foco na Redução da Desigualdade Social – CERDS”, cujo objetivo é intensificar o uso de metodologias de avaliação de programa, focando especialmente

na questão da redução da pobreza e da desigualdade social. Em 2002, foram realizadas cinco auditorias em programas de governo das áreas de saneamento, segurança, assistência social, educação e infra-estrutura. Além dessas, o TCU, numa tentativa de abordar temas relevantes, independentemente de sua vinculação programática ou ministerial, realizou auditoria no Cadastro Único dos Programas Sociais do Governo Federal, que tem como função registrar os beneficiários de programas sociais de transferência de renda, tais como: Bolsa-escola, Bolsa-alimentação, Auxílio-gás, Bolsa-criança-cidadã e Programa Nacional de Agricultura Familiar.

Decorridos cinco anos da assinatura do Acordo de Cooperação Técnica com o Reino Unido, o Tribunal já publicou sete documentos sobre técnicas aplicadas às auditorias de natureza operacional – Análise *SWOT* e Verificação de Risco, *Benchmarking*, Mapa de Produto e Indicadores de Desempenho, Mapa de Processo, Análise *Stakeholder*, Análise RECI, Marco Lógico -, além do Roteiro para Monitoramento das Auditorias de Natureza Operacional e Roteiro para Controle de Qualidade das Auditorias de Natureza Operacional. O TCU está, atualmente, elaborando um documento técnico sobre grupo focal, sobre normas para elaboração de relatório e revisando o Manual de Auditoria de Natureza Operacional.

As iniciativas de treinamento implementadas na área de auditoria de natureza operacional ou auditoria de desempenho denotam o pioneirismo do TCU ao trazer para o Brasil a modalidade de controle que mais se desenvolveu nas últimas décadas e que vem assumindo relevante papel na modernização das instituições públicas em diversos países. Mais do que isso, dotou o Tribunal de Contas da União de capacidade técnica para realizar a fiscalização e a avaliação de programas de governo, num momento em que os sistemas de planejamento e de orçamento do governo federal estão

[...]

O produto final das auditorias de natureza operacional e, em especial as avaliações de programa, são recomendações que visam à melhoria dos programas, diferentemente dos trabalhos que objetivam averiguar aspectos legais, pelo qual o TCU é reconhecido pelos gestores, pela

sociedade civil e pelo Congresso Nacional. Tal constatação, associada ao fato de que há interesse, em nome da transparência das ações governamentais, em que os relatórios de auditoria alcancem o maior número de pessoas e entidades possível, evidenciou a necessidade de uma sistemática de divulgação dos trabalhos realizados. Atualmente, a Assessoria de Imprensa do TCU disponibiliza notas de divulgação de todas auditorias de natureza operacional, logo que apreciadas. Além disso, foram preparadas publicações, denominadas Sumários Executivos, contendo informações resumidas dos trabalhos realizados, as quais são distribuídas para órgãos públicos, organismos internacionais, bibliotecas, parlamentares, organizações não-governamentais e outras entidades relacionadas com os programas/ações auditados.

A última etapa do ciclo das auditorias de natureza operacional é o monitoramento. Essa atividade consiste no acompanhamento da implementação das recomendações constantes do relatório de auditoria e objetiva maximizar a probabilidade de adoção das recomendações exaradas pelo TCU, de modo a garantir uma melhoria no desempenho do programa.

As equipes de auditoria, ao final dos relatórios, recomendam que os gestores dos programas auditados apresentem ao TCU, sessenta dias após a apreciação, plano de trabalho com informações relativas às atividades, os prazos e os responsáveis pela implementação das recomendações exaradas pelo Tribunal. Solicita-se, ainda, que seja indicado um grupo de contato, preferencialmente com a participação de um representante do controle interno, para ser responsável pela prestação das informações necessárias ao monitoramento.¹⁹

A mesma iniciativa de capacitação dos servidores para atuarem no controle de gestão que foi posta em prática no Tribunal de Contas da União deveria ser efetivada nos demais órgãos de controle interno e externo da Administração Pública que irão trabalhar com o controle de resultados, tendo em vista que a matéria exige conhecimento de gestão estratégica e do ordenamento jurídico e somente o conhecimento dos limites e possibilidades

19 NORONHA, Maridel Piloto de. A experiência do Tribunal de Contas da União do Brasil na avaliação de programas de governo. *VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Panamá, 28-31, oct. 2003.

do controle de gestão poderão fazer com que o instituto seja aplicado para os fins a que se destina que é o resultado eficiente dos serviços públicos.

3.4 ANTEPROJETO DE LEI ORGÂNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL E ENTES DE COLABORAÇÃO

O anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração, apresentado por comissão de juristas constituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, presidida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e composta por Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Sergio de Andréa Ferreira, introduz o Termo de Ajustamento de Gestão.²⁰

O anteprojeto, elaborado com fundamento na administração gerencial e sob os paradigmas da governança participativa, lógica emancipatória, cidadania ativa, esfera pública ampliada, consensualidade, arquiteturas organizacionais abertas à participação da sociedade civil, controle social e autonomia da sociedade, prestações públicas como direito subjetivo, processos decisórios como fluxos globais e capitalização das ações, dispõe no parágrafo único do art. 57:

Art. 57 – Os órgãos de controle público podem propor a assinatura de termos de ajustamento de gestão para o efeito de afastar a aplicação de penalidades ou sanções e adequar os atos e procedimentos dos órgãos ou da entidade controlada aos padrões de regularidade.

Parágrafo único – O termo de ajustamento de gestão não pode ter por objeto a limitação de competência discricionária do gestor, nem a imposição de obrigações para os particulares, por via direta ou reflexa.

O anteprojeto de lei orgânica fixa apenas dois limites, quais sejam, o termo não pode ter por objeto a limitação discricionária do gestor, nem a imposição de obrigações para particulares, por via direta ou reflexa.

No que toca à limitação da competência discricionária do gestor, não há dúvidas de que o órgão controlador não poderia assumir as competências do órgão controlado para praticar suas atividades próprias.

20 Disponível em: <<http://www.gespublica.gov.br/biblioteca/pasta.2011-01-11.9930555256/pasta.2009-12-10.6633920350/>> p. 2009-12-10.8036840837/>.

Quanto à limitação de imposição de obrigações para particulares, o tema é divergente.

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, por exemplo, dispõe de forma diversa, fixando que se o Termo de Ajustamento de Gestão impuser obrigações a particulares, por via direta ou reflexa, estes serão notificados previamente, observado o devido processo legal.

Este dispositivo segue a mesma linha da Súmula Vinculante nº 03/2007 do STF que garante o contraditório e a ampla defesa aos particulares em processos que tramitam perante o Tribunal de Contas da União. Veja-se:

Súmula Vinculante do STF nº 03/2007: Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

O TCU, no Acórdão nº 1.531/2003- Plenário, também já analisou a questão da participação de particulares nas decisões, conforme assevera Marçal Justen Filho²¹:

Ou este Tribunal adota o rito verificado no processo em exame, deixando a oitiva dos interessados a cargo do administrador público responsável, caso em que não deverá proferir juízo de mérito sobre a matéria; ou adota o chamamento aos autos interessados antes da decisão definitiva, quando aí sim, poderá se pronunciar conclusivamente sobre o mérito da questão, ainda que os terceiros provocados não compareçam aos autos, hipótese em que a decisão final se presumirá justa...

Havia duas opções para o anteprojeto de lei orgânica no que concerne à imposição de obrigações para particulares por via direta ou reflexa e a opção foi vedar expressamente a imposição de obrigações para os particulares, por via direta ou reflexa. Luciano Ferraz²² critica esta posição:

21 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2009.

22 FERRAZ, Luciano. Controle interno da administração pública e termos de ajustamento de gestão: experiência do Município de Belo Horizonte. *Revista Finanças dos Municípios Mineiros*, Ano 6, 2010. Disponível em: <<http://www.multiplicidadesonline.com.br/paginasNoticias/noticia.aspx?&id=42>>.

[...] Objeta-se apenas a redação da parte final do parágrafo único, que prevê a inaplicabilidade do instrumento quando dele resulte imposição de obrigações por via direta ou reflexa aos particulares.

Isso porque é óbvio que um TAG assinado entre o gestor e o órgão de controle poderá refletir em relações obrigacionais com particulares (v.g., no âmbito contratual) ou em relações unilaterais (atos administrativos) que traduzam obrigações imperativas aos particulares.

A vedação quanto à via direta é justificável no âmbito contratual, porque o particular não participa da assinatura do TAG, conquanto não esteja afastada a possibilidade de se cogitar de sua aquiescência expressa ou tácita.

No âmbito das medidas unilaterais, em razão da imperatividade, os reflexos do TAG para os particulares serão naturais, mas será de rigor o respeito ao princípio da segurança jurídica, seja na observância do efeito *ex nunc* de nova interpretação administrativa (art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei nº 9.784/99), seja no reconhecimento da decadência, quando for o caso (art. 54 da Lei nº 9.784/99).

Quanto à vedação à imposição de obrigações aos particulares por via reflexa, essa será compreensível no âmbito contratual e, assim mesmo, para o efeito de liberá-los (particulares) das obrigações assumidas nos termos originários (anteriores ao TAG), no caso de haver discordância quanto ao respectivo conteúdo.

Em suma, o exitoso modelo de controle interno do Município de Belo Horizonte tem replicado noutras esferas, ao ponto de se ter notícia, por intermédio de palestra assistida do Ministro da Transparência e Controle, Jorge Hage, da gestação no âmbito da Controladoria Geral da União de Decreto que estabelecerá, entre outros, o intitulado TCO (Termos de Compromisso e Orientação), que em tudo se assemelha ao TCG (TAG). O exemplo serve também aos demais municípios que pretendam cumprir a determinação constitucional de instituição do sistema de controle interno (art. 70 c/c art. 74 e 75 da Constituição da República).

Com efeito, as irregularidades imputadas aos gestores podem ser consequências de irregularidades cometidas por particulares, como, por

exemplo, por empresas contratadas pela Administração e a opção pela proibição de se firmar o acordo nestes casos irá inviabilizar o instrumento em muitas controvérsias.

4 CONCLUSÃO

Constata-se, hodiernamente, tendência de a Administração Pública buscar a efetiva implantação do modelo gerencial de gestão, no qual o foco é a eficiência e não mais o mero cumprimento de formalidades. Busca-se a atuação na realidade econômica e social vigente que, por ser complexa, exige normas mais flexíveis e atuações consensuais.

A possibilidade de flexibilização das normas conjugada com a consensualidade demandam do Estado um novo tipo de controle, que é o controle dos objetivos dos programas de governo, e a possibilidade de fixação de ações corretivas para que o resultado pretendido seja sempre o foco da atuação administrativa.

Este controle é denominado controle de gestão e nele está inserido o Termo de Ajustamento de Gestão, mediante o qual o órgão controlador, quando detecta desvios na ação pública, fixa, de forma consensual com o órgão controlado, as ações corretivas a serem atendidas, de modo que o cumprimento dos prazos e condições disciplinados no Termo de Ajustamento de Gestão gera rescisão automática do Termo e a extinção da sanção.

Apesar de o objetivo proposto por este instituto ser a eficiência da máquina administrativa, na prática ele já foi utilizado para fins diversos, como se deu no Estado de Minas Gerais, onde se firmou Termo de Ajustamento de Gestão que dispôs de forma diversa de mandamento constitucional para permitir investimentos menores em saúde e educação até o ano de 2014.

Este é um exemplo de utilização do instituto para fins inconstitucionais, uma vez que o Termo deve se limitar à legalidade *lato sensu*, que inclui não só as leis, como todos os princípios vigentes no ordenamento jurídico.

Além disto, o órgão controlador não pode elastecer sua competência quando assina um Termo de Ajustamento de Gestão. Portanto, quando da assinatura do Termo, os exercentes de funções públicas estão limitados aos mesmos princípios a que o órgão controlado está quando da instituição das políticas públicas, de modo que as ações corretivas destinadas ao alcance da finalidade pública devem observar tais limites.

O conhecimento do novel sistema de gestão é pressuposto de sua adequada aplicação, pelo que se mostra imperiosa a capacitação dos servidores públicos para que o instituto seja aplicado para o fim a que se destina, qual seja, a maior eficiência dos serviços públicos, evitando-se a limitação da competência discricionária do gestor.

A previsão legal sobre a imposição de obrigações para particulares, por via direta ou reflexa, nos termos do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública e Entes de Colaboração ora em trâmite no Congresso Nacional, - ainda grassa divergência da doutrina, eis que as irregularidades imputadas a agentes públicos podem ser decorrência de irregularidades cometidas por particulares.

Não obstante dependente de lapidação, o instrumento em discussão tem grande valia no atual contexto da administração gerencial, uma vez que fomenta o estudo de ações voltadas para a eficiência da máquina administrativa, para o planejamento e para o controle de gestão e busca manter a Administração Pública focada em seu dever de proporcionar aos cidadãos um serviço público eficiente e de qualidade.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na administração pública - Um breve estudo sobre a experiência internacional recente. *Cadernos ENAP*, n. 10, 1997.

ARAUJO, Cláudia Costa; ALVES, Marília Souza Diniz. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito administrativo pós-moderno. *Revista TCEMG*, jul./ago/set./2012. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1606.pdf>>.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativa como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. Quartier Latin, 2007.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-Moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 309p. Título original: L'État post-moderne. ISBN 978-85-7700-227-6. Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público.

COELHO, Daniela Mello. *Administração pública gerencial e direito administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

FERRAZ, Luciano. Controle interno da administração pública e termos de ajustamento de gestão: experiência do Município de Belo Horizonte. *Revista Finanças dos Municípios Mineiros*. ANO 6 – 2010. Disponível em: <<http://www.municipidadesonline.com.br/paginasNoticias/noticia.aspx?id=42>>.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUR, Odete. *Controle da administração pública*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Novos institutos consensuais da ação administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 231, jan./mar. 2003.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VIEIRA, Antonieta Pereira; VIEIRA, Henrique Pereira; FURTADO, Madeline Rocha; FURTADO, Monique Rafaella Rocha. *Gestão de contratos de terceirização na Administração Pública: teoria e prática: [planilha de custos: formação de preços e sua composição]*. 2. ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.